

# **Het kappen van de bomen in het bos der antimisbruikmaatregelen**

*Een onderzoek naar misbruik van recht in de directe belastingen*

**Naam student:** Barbara den Exter  
**Studentnummer:** 426184  
**Begeleider:** Prof. Dr. P. Kavelaars  
**Tweede beoordelaar:** Mr. Y. Vink  
**Datum definitieve versie:** 05-03-2021

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van de begeleider, tweede beoordelaar, Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

## **Inhoudsopgave**

<b>1. Inleiding</b>	<b>7</b>
1.1 Introductie en probleemstelling	7
1.2 Onderzoeksmethode en toetsingskader	11
1.3 Afbakening	12
1.4 Opzet	12
<b>2. Europese antimisbruikmaatregelen</b>	<b>14</b>
2.1 Inleiding	14
2.2 Misbruik-van-recht-concept van het Hof van Justitie	14
2.2.1 Ontwikkeling misbruik-van-recht-concept buiten de fiscaliteit	14
2.2.2 Toepassing misbruik-van-recht-concept in de indirecte belastingen	16
2.2.3 Misbruik bestrijding in de directe belastingen	20
2.2.3.1 Het bestrijden van misbruik als rechtvaardigingsgrond	21
2.2.3.2 Toepassing misbruik-van-recht-concept in de directe belastingen	23
2.2.4 De beoordeling van misbruik van recht	24
2.2.4.1 Objectieve criterium	24
2.2.4.2 Subjectieve criterium	24
2.2.4.3 Gekunsteldheid	25
2.2.5 De bewijslast	26
2.2.6 De gevolgen van aangetoonde rechtsmisbruik	26
2.3 Unierechtelijke voordelen	27
2.4 Antimisbruikbepalingen Moeder-dochter-, Interest- en royalty- en Fusierichtlijn	29
2.4.1 Moeder-dochterrichtlijn	29
2.4.1.1 Algemene antimisbruikbepaling	30
2.4.1.2 Hybride financiering	32
2.4.1.3 Minimumhoudsterperiode	34
2.4.2 Interest- en royaltyrichtlijn	38
2.4.2.1 Algemene antimisbruikbepaling	38
2.4.2.2 Uiteindelijk gerechtigde	40
2.4.2.3 Minimumhoudsterperiode	42

2.4.3 Fusierichtlijn	42
2.4.3.1 Algemene antimisbruikbepaling	43
2.5 Antimisbruikbepalingen ATAD I en ATAD II	46
2.5.1 Specifieke regelingen	46
2.5.2 Algemene antimisbruikbepaling	48
2.6 Deelconclusie	48
<b>3. Nationale antimisbruikmaatregelen</b>	<b>51</b>
3.1 Inleiding	51
3.2 Rechtsvinding	51
3.3 Fraus legis	53
3.3.1 De beoordeling van fraus legis	54
3.3.1.1 Het motiefvereiste (subjectieve criterium)	56
3.3.1.2 Het normvereiste (objectieve criterium)	58
3.3.3 De bewijslast	60
3.3.4 Gevolgen van fraus legis	60
3.3.5 Fraus legis in relatie tot het misbruik-van-recht-concept	61
3.4 Specifieke antimisbruikbepalingen	62
3.4.1 Buitenlandse AB-regeling & antimisbruikbepaling in de inhoudingsvrijstelling	63
3.4.2 Antimisbruikbepaling in de Wet BB 2021	67
3.4.3 Antimisbruikbepalingen in de reorganisatiefaciliteiten	69
3.4.4 Hybride mismatches	73
3.4.5 ATAD I implementaties	75
3.4.6 Overige antimisbruikbepalingen	77
3.4.6.1 Renteaftrekbeperking	78
3.4.6.2 Handel in HIR- en verlieslichamen	79
3.4.6.3 Uiteindelijk gerechtigde	80
3.5 Deelconclusie	80
<b>4. Internationale antimisbruikmaatregelen</b>	<b>83</b>
4.1 Inleiding	83
4.2 Doelstellingen van belastingverdragen	85

4.2.1	Introductie OESO-MV	86
4.2.2	Preambule	87
4.2.3	Commentaar artikel 1 OESO-MV	88
4.2.4	Het voorkomen van verdragsmisbruik	90
4.3	Fraus tractatus	90
4.3.1	Beoordeling van fraus tractatus	90
4.3.1.1	Het motiefvereiste (subjectieve criterium)	91
4.3.1.2	Het normvereiste (objectieve criterium)	91
4.3.2	De bewijslast	93
4.3.3	Gevolgen van fraus tractatus	93
4.3.4	Fraus tractatus in relatie tot het misbruik-van-recht-concept	94
4.4	De PPT	95
4.4.1	De beoordeling van de PPT	96
4.4.1.1	Het motiefvereiste (subjectieve criterium)	97
4.4.1.2	Het normvereiste (objectieve criterium)	99
4.4.2	De bewijslast	100
4.4.3	Gevolgen van de PPT	101
4.4.4	De PPT in relatie tot het misbruik-van-recht-concept	102
4.5	Specifieke antimisbruikbepalingen	104
4.5.1	Beneficial owner	104
4.5.2	Deelnemingsdividenden	107
4.5.3	Overige antimisbruikbepalingen	108
4.5.3.1	Onroerendezaaklichaam	108
4.5.3.2	Vaste inrichting gesitueerd in derde landen	111
4.5.3.3	Hybride mismatches	113
4.6	Deelconclusie	114
<b>5.</b>	<b>Samenvatting en conclusie</b>	<b>117</b>
5.1	Samenvatting	117
5.1.1	Europese antimisbruikmaatregelen	118
5.1.2	Nationale antimisbruikmaatregelen	119
5.1.3	Internationale antimisbruikmaatregelen	121

5.3 Conclusie	123
5.4 Aanbevelingen	125
<b>Literatuurlijst</b>	<b>128</b>
<b>Jurisprudentielijst</b>	<b>139</b>
<b>Regelgeving en parlementaire stukken</b>	<b>142</b>
<b>Internetbronnen</b>	<b>146</b>

## Lijst met gebruikte afkortingen

AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
A-G	Advocaat-Generaal
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BNB	Beslissingen in Belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak
BRK	Belastingregeling voor het Koninkrijk
Btw	Belasting toegevoegde waarde
CFC	Controlled Foreign Company
EC	Europese Commissie
EU	Europese Unie
FF	Forfaitair
GAAR	General Anti Abuse Rule
HR	Hoge Raad
Hfdst.	Hoofdstuk
HvJ	Hof van Justitie
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
MLI	Multilateraal Instrument
Nr.	Nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
NtEr	Nederlands tijdschrift voor Europees recht
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-MV	OESO-Modelverdrag
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
PPT	Principle Purpose Test
Raad	Raad van de Europese Unie
R.o.	Rechtsoverweging
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudie-Nieuws
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet BB 2021	Wet Bronbelasting 2021
Wet DB 1965	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet VpB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

## 1. Inleiding

### 1.1 Introductie en probleemstelling

De belastingmoraal van multinationals houdt al jaren de politiek en de media in Nederland bezig. Ook internationaal en Europees gezien is het een terugkerend agendapunt. In verschillende onderzoeken zoals de Luxembourg Leaks, de Panama papers en de Paradise papers worden multinationals steeds in relatie gebracht met belastingontwijking.<sup>1</sup>

Toch blijkt dat het ontwijken van belastingheffing een gedrag is dat heel lang bestaat. Als namelijk de geschiedenis van belastingheffing gezien wordt, dateren de eerste soort belastingen en belastingontwijking uit de tijd van het Romeinse Rijk.<sup>2</sup> Grondbelasting was destijds de manier om opbrengsten voor het Rijk te vergaren. De grondbelasting was lastig te ontwijken, omdat grond niet mobiel is. Dit lukte beter bij de bezitsbelasting, die vooral bij vermogende Romeinen een rol speelde. De eerste papieren belastingconstructies dateren dan ook uit het Romeinse Rijk.<sup>3</sup> De Romeinen probeerden de belasting over alle bezittingen in verschillende provincies te betalen in de meest gunstige provincie. In de Middeleeuwen werden veelal accijnzen geheven op eerste levensbehoeften zoals graan, veen en tol voor weg- of waterovergangen.<sup>4</sup> Ook diende later belasting te worden betaald over het aantal haarden in woningen. Om het aantal haarden te weten, werd het aantal schoorstenen geteld. Vermogenden die veel haarden hadden, zorgden ervoor dat hierdoor meerdere haarden uitkwamen op dezelfde schoorsteen.<sup>5</sup> Toch is de deur- en vensterbelasting de meest bekende belasting uit het verleden en wel omdat de gevolgen van het invoeren van deze belasting nog altijd zichtbaar zijn. De belasting werd geheven over het aantal ramen en deuren in woningen.<sup>6</sup> Als reactie hierop werden velen ramen en deuren dichtgemetseld; ook deze belasting werd aldus ontweken.

Het ontwijken van belastingen komt dus al jaren voor en is niet enkel een reactie van multinationals in de 21<sup>e</sup> eeuw. Toch is de publiciteit rondom belastingontwijking de afgelopen jaren aanzienlijk toegenomen.<sup>7</sup> Met name de fiscale ethiek en de morele plicht staan hierbij

---

<sup>1</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 2992, p. 3.

<sup>2</sup> Rijksoverheid 2019.

<sup>3</sup> Van Geest, van Kleef & Smits 2014, hfdst. 1.

<sup>4</sup> Rijksoverheid 2019.

<sup>5</sup> Van Geest, van Kleef & Smits 2014, hfdst. 1.

<sup>6</sup> Belasting en Douane Museum 2019.

<sup>7</sup> Zie onder andere Dijkstra, *WFR* 2018/130, p. 1.

centraal. Het betalen van een “fair-share” is een veel gehoorde term en wordt door Happé omschreven als: “de plicht van ieder lid van de samenleving om het zijne bij te dragen<sup>8</sup>”. Het beleid van het huidige kabinet wordt dan ook breed uitgedragen: naast belastingontduiking moet ook belastingontwijking worden tegengegaan.<sup>9</sup> De invoering van de Wet BB 2021 is een van de maatregelen die past bij dit beleid. Ook de Europese Commissie maakt zich expliciet hard voor het tegengaan van belastingontwijking.<sup>10</sup> De recente Anti-ontgaansrichtlijnen moeten hier een bijdrage aan leveren. Ook kennen de Moeder-dochter-, de Interest- en royalty- en de Fusierichtlijn diverse algemene en specifieke antimisbruikbepalingen. De OESO probeert daarnaast met de vijftien actiepunten uit het BEPS rapport de samenhang tussen de verschillende belastingwetgevingen te verbeteren en meer transparantie te bewerkstelligen.<sup>11</sup> Deze voorstellen zijn dus inhoudelijk allemaal verschillend en los van elkaar tot stand gekomen, maar dienen allemaal een en hetzelfde doel: belastingontwijking tegen gaan.

Belastingontwijking en belastingontduiking zijn verschillende gedragingen, die goed uit elkaar gehouden moeten worden. Bij belastingontduiking, ook wel bekend als belastingfraude, staan onrechtmatige handelingen centraal die ook nog eens strafrechtelijk vervolgd kunnen worden.<sup>12</sup> Aangezien belastingontduiking dus sowieso niet is toegestaan, is dit verder voor deze scriptie dan ook niet relevant. Het strafbare feit is het kantelpunt naar belastingontwijking. Bij belastingontwijking wordt namelijk niet in strijd met de tekst van de wet gehandeld, maar wel met het doel en de strekking van de wet om zo de belastinglast te verlagen.<sup>13</sup> Bij belastingplanning is geen sprake van handelingen in strijd met de wet en met doel en strekking van de wet, maar staat wel lastenverlaging centraal.<sup>14</sup> Het staat de belastingplichtige in beginsel dan ook vrij om fiscaal de gunstigste weg te kiezen, maar hier zitten wel grenzen aan. De scheidslijn tussen belastingontwijking en belastingplanning is soms heel dun.<sup>15</sup>

Op belastingontwijking binnen de EU is het door het HvJ ontwikkelde leerstuk van misbruik van recht van toepassing. Het misbruik-van-recht-concept werd door het HvJ ontwikkeld buiten

---

<sup>8</sup> Happé, *WFR* 2015/938, p. 2.

<sup>9</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 25 087, nr. 188.

<sup>10</sup> Zie onder andere richtlijn 2016/1164/EU.

<sup>11</sup> Zie onder andere OESO 2013.

<sup>12</sup> Merks & van Gelder, *FF* 2012/227-06, p. 2.

<sup>13</sup> Kavelaars, *NtFR* 2018/40, p. 4.

<sup>14</sup> Merks & van Gelder, *FF* 2012/227-06, p. 2.

<sup>15</sup> Merks, *MBB* 2006/9, p. 2.



de fiscaliteit en toegepast en verder ingevuld in de indirecte belastingen in het arrest Emsland-Stärke, HvJ 12 december 2000, ECLI:EU:C:2000:695. In dit arrest werd het objectieve element, in strijd met doel en strekking van de wet en het subjectieve element, het verkrijgen van een voordeel door het creëren van kunstmatige voorwaarden, ontwikkeld voor de toets of bepaalde situaties in strijd zijn met het EU-recht. In het bekende Halifax-arrest, HvJ 21 februari 2006, ECLI:EU:C:2006:121, heeft het HvJ een nadere invulling gegeven:

*“R.o. 74: Gelet op deze overwegingen is, om te kunnen vaststellen of er op BTW-gebied sprake is van misbruik, kennelijk ten eerste vereist dat de betrokken transacties, in weerwil van de formele toepassing van de voorwaarden die worden opgelegd door de desbetreffende bepalingen van de Zesde richtlijn en de nationale wettelijke regeling tot omzetting van deze richtlijn, ertoe leiden dat in strijd met het door deze bepalingen beoogde doel een belastingvoordeel wordt toegekend.”*

*R.o. 75: Ten tweede moet uit een geheel van objectieve factoren blijken dat het wezenlijke doel van de betrokken transacties erin bestaat een belastingvoordeel te verkrijgen. ..., geldt het verbod van onrechtmatige praktijken immers niet wanneer er voor de betrokken economische activiteit een andere verklaring bestaat dan de loutere verkrijging van belastingvoordelen.”*

Als gevolg van het Halifax-arrest moet in geval van misbruik van recht in de btw gedaan worden alsof de transactie niet heeft plaatsgevonden. Het was jarenlang onduidelijk of dit misbruik-van-recht-concept ook van toepassing is op de directe belastingen. Tot 26 februari 2019 werd misbruik in de directe belastingen alleen in verband gebracht met de beoordeling van strijdigheid met de vrije verkeersbepalingen in relatie tot rechtvaardigingsgronden zoals in het arrest Cadbury Schweppes, HvJ 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544. Voor die tijd werd namelijk gedacht dat misbruik van recht alleen van toepassing was op fiscale richtlijnen die voldoende concreet zijn en niet bij bijvoorbeeld de vrije verkeersbepalingen. Daar heeft het HvJ in de Danmark-arresten, HvJ 26 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:134 en ECLI:EU:C:2019:135, beter bekend als de doorstroomarresten, schoon schip mee gemaakt. Ondanks dat het HvJ in de Danmark-arresten de antimisbruikbepalingen van de richtlijn aan bod heeft laten komen, heeft het HvJ toch daarbuiten het misbruik-van-recht-concept van toepassing verklaard. Daarmee is het misbruik-van-recht-concept uitdrukkelijk toegepast binnen de directe belastingen.

In Nederland speelt meer algemeen fraus legis een belangrijke rol bij het bestrijden van belastingontwijking. Aangezien fraus legis gezien kan worden als ultimum remedium, dient allereerst te worden gekeken of gewone interpretatiemethoden een oplossing bieden om het door de wet beoogde doel te bereiken.<sup>16</sup> Ook bestaan nog diverse wettelijke regels die zich expliciet richten op het tegengaan van belastingontwijking zoals de artikelen 10a, 17 lid 3 onderdeel b en artikel 20a van de Wet VpB 1969 en artikel 4 lid 3 onderdeel c van de Wet DB 1965. Daarnaast is voor misbruik van verdragen in Nederland door de HR het leerstuk van fraus tractatus ontwikkeld.

Van een eenduidige en gecoördineerde benadering van alle verschillende Europese, nationale en internationale initiatieven om misbruik te bestrijden lijkt geen sprake.<sup>17</sup> Ook inhoudelijk verschillen deze verschillende antimisbruik concepten van elkaar. Aangezien op dit moment dus zowel het misbruik-van-recht-concept van het HvJ, antimisbruikbepalingen in richtlijnen, nationale antimisbruikbepalingen, de door de HR geformuleerde leer van fraus legis en fraus tractatus en de OESO allemaal naast elkaar bestaan, lijkt het overzicht in het misbruikconcept zoek te zijn. Dit doet denken aan het spreekwoord: “door de bomen het bos niet meer zien”. Dit is helemaal het geval aangezien uit het arrest Euro Park Service, HvJ 8 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:17, blijkt dat één Unierechtelijk misbruik concept bestaat en dat dus hetzelfde is voor het secundair EU-recht zoals richtlijnen en het primaire EU-recht. Ook blijkt uit algemene Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik dat lidstaten de voordelen van het EU-recht moeten weigeren indien sprake is van misbruik en hebben hierbij dus geen keuze.<sup>18</sup> Hieruit volgt ook dat het dus niet uitmaakt of de nationale wet of de verdragen voorzien in zo een antimisbruikbepaling. Het voorgaande vormt dan ook de aanleiding voor deze scriptie. De probleemstelling die in dit onderzoek centraal staat, is als volgt geformuleerd:

*“Ten gevolge van het door het Hof van Justitie ontwikkelde misbruik-van-recht-concept zijn algemene en specifieke antimisbruikbepalingen in wet- en regelgeving niet meer noodzakelijk.”*

---

<sup>16</sup> Zie onder andere het Rapport van de Commissie Misbruik van recht, p. 7. en Vries, de, WFR 2010/114, p. 1.

<sup>17</sup> Zie onder andere Kavelaars, WFR 2011/1117, p. 1 en Kavelaars, TFO 2019/161.3, p. 8.

<sup>18</sup> Zie in dit verband ook Zuidhof & Vermeulen, WFR 2020/225, p. 2.

## Deelvragen

Om de probleemstelling te kunnen beantwoorden, worden de volgende deelvragen onderzocht:

1. In hoeverre zijn de antimisbruikbepalingen in richtlijnen door het misbruik-van-recht-concept van het HvJ overbodig geworden?
2. In hoeverre zijn de nationaalrechtelijke leer omtrent misbruik en de nationale specifieke antimisbruikbepalingen door het misbruik-van-recht-concept van het HvJ overbodig geworden?
3. In hoeverre zijn de algemene en specifieke antimisbruikbepalingen in belastingverdragen van de OESO door het misbruik-van-recht-concept van het HvJ overbodig geworden?

## 1.2 Onderzoeksmethode en toetsingskader

Om te beoordelen of het door het HvJ ontwikkelde misbruik-van-recht-concept mondiaal kan worden toegepast, wordt dit onderzoek op een kwalitatieve wijze uitgevoerd. In deze scriptie wordt een driedeling gemaakt tussen Europese, nationale en internationale antimisbruikmaatregelen. Belangrijke kenmerken van de antimisbruikmaatregelen en de bewijslast worden voor elk van deze drie verschillende gebieden middels de literatuur, jurisprudentie van het HvJ en de HR, parlementaire stukken, stukken van de OESO en de EU onderzocht. Aan de hand van deze specifieke kenmerken wordt beoordeeld in hoeverre deze leer en/of antimisbruikbepalingen overbodig zijn geworden sinds de introductie van het misbruik-van-recht-concept van het HvJ. Als toetsingskader zijn de volgende criteria opgenomen:

- **Internationale en Europese inpasbaarheid**

Het nationale misbruik concept moet internationaal inpasbaar zijn. Hiertoe wordt de nationale regelgeving getoetst aan de internationale en Europese regelgeving om strijdigheden te voorkomen.

- **Effectiviteit**

Bij de effectiviteit gaat het over de doeltreffendheid. Kortom, wordt het doel, misbruik bestrijding, door middel van de huidige wetgeving of jurisprudentie wel bereikt?

- **Efficiëntie**

Bij de efficiëntie gaat het over de doelmatigheid. Kent de huidige wetgeving wel de juiste en beste middelen om het gewenste doel, de misbruik bestrijding, te bereiken?

- **Uitvoerbaarheid voor de overheid**

Alle antimisbruikbepalingen en leerstukken moeten voor de Belastingdienst uitvoerbaar zijn. De Belastingdienst moet ook alle constructies kunnen controleren. Om misbruik tegen te gaan, is dit wellicht de belangrijkste factor die meespeelt.

- **Uitvoerbaarheid voor de belastingplichtigen**

Een regeling moet voor belastingplichtigen eenvoudig en begrijpelijk zijn. Is bij een regeling voldoende duidelijk en overzichtelijk wanneer sprake is van misbruik, helemaal omdat de scheidslijn tussen belastingplanning en belastingontwijking dun is?

### **1.3 Afbakening**

Dit onderzoek richt zich op misbruik binnen de Wet VpB 1969, de Wet DB 1965 en de Wet BB 2021. In het verlengde hiervan liggen de bijbehorende richtlijnen van de Europese Raad, de jurisprudentie van het HvJ van de HR. Andere belastingwetten en jurisprudentie kunnen, waar relevant, aan bod komen om het misbruik-van-recht-concept te analyseren. Misbruik in de btw en andere indirecte belastingen valt dus uitdrukkelijk niet onder de reikwijdte van dit onderzoek. Aangezien het misbruik-van-recht-concept van het HvJ allereerst is toegepast in de indirecte belastingen, worden deze arresten wel behandeld.

### **1.4 Opzet**

Om de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden, is de scriptie ingedeeld in vijf hoofdstukken. Op de inleiding en de conclusie na wordt in elk hoofdstuk in boven omschreven volgorde één deelvraag beantwoord.

Volgend op de inleiding wordt in hoofdstuk 2 allereerst het door het HvJ ontwikkelde misbruik-van-recht-concept uiteengezet aan de hand van de jurisprudentie. Hierna wordt onderzocht wat dient te worden verstaan onder EU-rechtelijke voordelen. Vervolgens worden de algemene en specifieke antimisbruikbepalingen van de door de Raad ontwikkelde richtlijnen behandeld en vergeleken met het misbruik-van-recht-concept HvJ.

In hoofdstuk 3 worden allereerst alle verschillende interpretatiemethoden besproken. Hierna wordt het antimisbruik leerstuk dat door de HR ontwikkeld is, behandeld. Het leerstuk van *fraus legis* en de verschillende *wegenleer* worden hier middels de jurisprudentie geanalyseerd. Ook worden de specifieke nationale antimisbruikbepalingen geanalyseerd. De nationale algemene en specifieke maatregelen worden vergeleken met het misbruik-van-recht-concept van het HvJ.

In hoofdstuk 4 staan de maatregelen van de OESO tegen verdragsmisbruik centraal. Hierin worden actiepunten 6 van het BEPS rapport, namelijk de PPT, de Preamble en specifieke antimisbruikbepalingen in het OESO modelverdrag geanalyseerd. Ook wordt het leerstuk van *fraus tractatus* hierbij meegenomen. Aan de hand hiervan wordt weer een vergelijking gemaakt met het misbruik-van-recht-concept van het HvJ.

Hoofdstuk 5 sluit de scriptie af met een samenvatting, conclusie en aanbevelingen.

## **2. Europese antimisbruikmaatregelen**

### **2.1 Inleiding**

In dit hoofdstuk staat allereerst het door het HvJ ontwikkelde misbruik-van-recht-concept middels de gewezen jurisprudentie centraal. Hierna wordt onderzocht wat onder Unierechtelijke voordelen dient te worden verstaan. Vervolgens worden de algemene en specifieke antimisbruikbepalingen van de Moeder-dochter-, de Interest- en royalty- en de Fusierichtlijn onderzocht. Ten slotte worden de antimisbruikbepalingen van de Anti-ontgaansrichtlijnen apart behandeld. De antimisbruikbepalingen in de richtlijnen worden vergeleken met het misbruik-van-recht-concept van het HvJ. In dit hoofdstuk wordt de deelvraag: “In hoeverre zijn de antimisbruikbepalingen in richtlijnen door het misbruik-van-recht-concept van het Hof van Justitie overbodig geworden?” beantwoord.

### **2.2 Misbruik-van-recht-concept van het Hof van Justitie**

Het misbruik-van-recht-concept is door het HvJ ontwikkeld buiten de fiscaliteit en wordt inmiddels al jaren toegepast binnen verschillende domeinen, waaronder de indirecte belastingen.<sup>19</sup> Jarenlang bestond onzekerheid over de toepasbaarheid van dit concept op misbruik op de directe belastingen. Misbruik in de directe belastingen zag tot de Danmark-arresten enkel op de vraag of een betwiste maatregel gerechtvaardigd was als deze beoogde misbruik te bestrijden.

#### **2.2.1 Ontwikkeling misbruik-van-recht-concept buiten de fiscaliteit**

Als bij een nationale rechter twijfel bestaat over de interpretatie of geldigheid van het Unierecht, mag deze rechter op grond van artikel 267 VWEU prejudiciële vragen stellen aan het HvJ.<sup>20</sup> Als tegen de uitspraak van de nationale rechter geen beroep meer kan worden aangetekend, is deze rechter in beginsel verplicht tot het stellen van de prejudiciële vragen aan het HvJ. Hierbij dient de nationale rechter rekening te houden met een *acte clair*<sup>21</sup> en *acte éclairé*<sup>22</sup>. Dat wil zeggen dat het Unierecht al voldoende helder is, zodat geen twijfel kan bestaan over de wijze van toepassing en het feit dat het HvJ zich al heeft gebogen over het desbetreffende punt. Met betrekking tot de directe belastingen worden veelal prejudiciële vragen gesteld over mogelijke

---

<sup>19</sup> Zie Vogenauer 2011, p. 529. De domeinen waarin het HvJ het misbruik-van-recht-concept allemaal heeft toegepast, komen tevens goed naar voren in r.o. 110 van de Danmark-arresten.

<sup>20</sup> Aanbevelingen C-439/1, p. 2.

<sup>21</sup> Maagdenberg, van den, *WFR 2020/5*, p. 2.

<sup>22</sup> Maagdenberg, van den, *WFR 2020/5*, p. 2.

strijdigheid van nationale wet- en regelgeving met de vrijheid van vestiging en vrijheid van kapitaal. Om strijdigheid met een van de verkeersvrijheden, ook wel verdragsvrijheden genoemd, te toetsen hanteert het HvJ een vaste beslisboom aan de hand van vier vragen:

- 1) Is het EU-recht van toepassing?
- 2) Is sprake van een discriminatie of belemmering?
- 3) Is sprake van een objectieve rechtvaardigingsgrond?
- 4) Is de betwiste maatregel noodzakelijk en proportioneel?

Het misbruik-van-recht-concept is door het HvJ voor het eerst geïntroduceerd in de niet fiscale arresten TV10, HvJ 5 oktober 1994, ECLI:EU:C:1994:362, Kefalas, HvJ 12 mei 1996, ECLI:EU:C:1998:222, en Centros, HvJ 9 maart 1999, ECLI:EU:C:1999:126.<sup>23</sup> Het HvJ nam in de beoordeling met name de eerste vraag: “is het EU-recht van toepassing?” mee. De arresten Kefalas en Centros komen in de kern overeen met het TV10-arrest en worden daarom inhoudelijk verder onbesproken gelaten.

Het TV10-arrest staat bekend om de gebruikte U-bocht-constructies om de Nederlandse Mediawet te omzeilen. Door de Nederlandse Mediawet konden nationale omroepinstellingen geen commerciële programma’s uitzenden. Buitenlandse omroepinstellingen hebben deze niet-commerciële eis voor uitzendtijd niet. De U-bocht-constructie bestond uit een naar Luxemburgs recht opgerichte vennootschap waarbij de activiteiten hoofdzakelijk in Nederland plaatsvonden en bedoeld waren voor het Nederlandse publiek. Door deze U-bocht-constructie kon TV10 toch commerciële programma’s in Nederland uitzenden. Doordat volgens Nederland sprake was van misbruik, herkwalficeerde Nederland de Luxemburgse vennootschap als binnenlandse vennootschap. Tevens bestond door deze U-bocht-constructie de mogelijkheid om een beroep te doen op het EU-recht, dat bij een zuiver interne situatie niet had gekund. Omtrent deze arresten bestaat in de literatuur discussie of toegang tot het EU-recht is uitgesloten indien sprake is van misbruik van het EU-recht.<sup>24</sup> Het is volgens de auteurs niet duidelijk of het HvJ de toegang tot het EU-recht in geval van misbruik weigert of niet. Als dit wordt teruggekoppeld naar de vragen van de beslisboom, bestaat discussie over misbruik in relatie tot de eerste en de

---

<sup>23</sup> Vogenauer 2011, p. 529.

<sup>24</sup> Zie onder andere Korving, *TFO 2013/125.3*, p. 2 en HR 23 januari 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AI0739, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N 2004/9.13*, p. 5.

derde vraag. Uit r.o. 15 en 16 van het arrest blijkt dat indien sprake is van misbruik toch in beginsel sprake is van dienstverrichting in de zin van het vrije verkeer van diensten. Hieruit kan, zoals Korving<sup>25</sup> stelt, blijken dat ondanks dat sprake is van misbruik, toch het EU-recht van toepassing is. Als namelijk naar r.o. 26 gekeken wordt, lijkt het HvJ te beargumenteren dat de Nederlandse maatregel om het misbruik te bestrijden toch gerechtvaardigd is. Het HvJ achtte daarom de herkwalificatie niet strijdig met het vrij verrichten van diensten. Mijns inziens blijkt in tegenstelling tot het oordeel van Korving<sup>26</sup> dat het HvJ de toegang tot het EU-recht wel weigert als sprake is van misbruik. Dit blijkt onder andere uit deze verwijzing in het Halifax-arrest, r.o. 68:

*“...dat volgens vaste rechtspraak de justitiabelen in geval van fraude of misbruik geen beroep op het gemeenschapsrecht kunnen doen (zie met name arresten van 12 mei 1998, Kefalas e.a...)”*

In deze arresten komt het doel en de strekking van de nationale antimisbruikmaatregel en van de desbetreffende verdragsvrijheid gedetailleerd aan bod bij deze beoordeling. Als uit de beoordeling blijkt dat de doelstelling van de nationale antimisbruikbepaling heel ruim is, is geen sprake is van misbruik van een verdragsvrijheid. Dan is het EU-recht wel van toepassing en dient de beslisboom verder doorlopen te worden. De subjectieve toets omtrent het doel van de belastingplichtige wordt in de arresten nog onbesproken gelaten.

In HR 23 januari 2004 nr. 38.258, ECLI:NL:PHR:2004:AI0739, is in een fiscale procedure verwezen naar de arresten van het HvJ. Ook hierin komt in r.o. 3.3 expliciet naar voren dat niet met vrucht een beroep kan worden gedaan op het EU-recht als sprake is van misbruik.

### **2.2.2 Toepassing misbruik-van-recht-concept in de indirecte belastingen**

Vervolgens is het concept toepast en zijn de criteria verder ontwikkeld in de indirecte belastingen middels de bekende arresten Emsland-Stärke, ECLI:EU:C:2000:695, en Halifax, ECLI:EU:C:2006:121.

---

<sup>25</sup> Korving, *TFO 2013/125.3*, p. 2.

<sup>26</sup> Korving, *TFO 2013/125.3*, p. 2.



### *Emsland-Stärke*

In de zaak Emsland-Stärke gaat het om misbruik van douanerechten. Emsland-Stärke GmbH voerde producten uit naar Zwitserland en ontving daarvoor uitvoerrestituties. Vervolgens werden de producten Duitsland weer ingevoerd tegen een veel lagere invoerheffing. Wederinvoer werd op deze manier winstgevend. Het HvJ oordeelde dat het aan de nationale rechter is om vast te stellen of sprake is van misbruik. Hierbij dient getoetst te worden aan het objectieve en subjectieve<sup>27</sup> element zoals in r.o. 52 en 53 wordt omschreven als:

*“Om te kunnen vaststellen dat het om een misbruik gaat, zijn enerzijds een geheel van objectieve omstandigheden vereist waaruit blijkt, dat in weerwil van de formele naleving van de door gemeenschapsregeling opgelegde voorwaarden, het door deze regeling beoogde doel niet werd bereikt.*

*Anderzijds is een subjectief element vereist, namelijk de bedoeling om een door de gemeenschapsregeling toegekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat.”*

Over de bewijslast, wat met name bij het subjectieve element lastig is, oordeelt het HvJ dat het aantonen van samenwerkingen tussen de exporteur en de importeur voldoende is als bewijs. Het misbruik-van-recht-concept is met dit arrest zeer algemeen geïntroduceerd in de indirecte belastingen.

### *Halifax*

Het Halifax-arrest is het eerste btw-arrest waarin tot misbruik van recht werd geconcludeerd. De algemeen geformuleerde beschrijving van misbruik, werd in dit arrest nader ingevuld.<sup>28</sup> Dit arrest kan daarom worden gezien als het kern-arrest van misbruik van recht in de indirecte belastingen. De zaak betrof een bank, Halifax, die een constructie had opgezet voor de verwerving van onroerende zaken. Aangezien Halifax als bank met het grootste gedeelte (95%) van haar diensten vrijgesteld presteerde, kon zij maar 5% van haar betaalde voorbelasting aftrekken. Om toch volledige aftrek van voorbelasting te kunnen claimen over de gehele

---

<sup>27</sup> In dit arrest heeft het HvJ voor het eerst ook echt algemene criteria genoemd waaraan getoetst moet worden voor het misbruik-van-recht-concept. Zie specifiek Vogenauer 2011, p. 530.

<sup>28</sup> Zie ook Vogenauer 2011, p. 530.

aankoop van nieuwe onroerende zaken, werden via een samenstel van rechtshandelingen met een aantal dochterondernemingen, die wel belast presteerden, onroerende zaken gekocht. Door deze gehele constructie kon de betaalde btw in zijn geheel worden afgetrokken.

Het HvJ herhaalt in r.o. 68 allereerst vaste rechtspraak van onder andere het Kefalas arrest dat geen beroep op het Unierecht meer mogelijk is als sprake is van misbruik. Expliciet stelt het HvJ vast dat het beginsel van verbod op misbruik ook toepassing vindt in de btw. Als argument hiervoor gaat het HvJ in op de doelen van de Zesde BTW-richtlijn en stelt het vast dat bestrijding van misbruik één van deze doelen is. Ten slotte oordeelt het HvJ dat de belastingplichtige voor de meest gunstige weg mag kiezen en zijn activiteiten zo mag structureren dat de belastingschuld beperkt blijft. In r.o. 74 en 75, gaat het HvJ in op het vaststellen van misbruik:

*“Gelet op deze overwegingen is, om te kunnen vaststellen of er op BTW-gebied sprake is van misbruik, kennelijk ten eerste vereist dat de betrokken transacties, in weerwil van de formele toepassing van de voorwaarden die worden opgelegd door de desbetreffende bepalingen van de Zesde richtlijn en de nationale wettelijke regeling tot omzetting van deze richtlijn, ertoe leiden dat in strijd met het door deze bepalingen beoogde doel een belastingvoordeel wordt toegekend.*

*Ten tweede moet uit een geheel van objectieve factoren blijken dat het wezenlijke doel van de betrokken transacties erin bestaat een belastingvoordeel te verkrijgen. Zoals de advocaat-generaal in punt 89 van zijn conclusie heeft gepreciseerd, geldt het verbod van onrechtmatige praktijken immers niet wanneer er voor de betrokken economische activiteit een andere verklaring bestaat dan de loutere verkrijging van belastingvoordelen.”*

Het HvJ spreekt hier dus niet meer expliciet van een objectief en subjectief element. Toch is de Commissie Misbruik van recht<sup>29</sup> van mening dat de elementen om misbruik aan te tonen hier hetzelfde zijn als bij het arrest Emsland-Stärke. In de kern kan ik mij hier in vinden. Toch ben ik van mening dat het HvJ hier het subjectieve element, zoals vormgegeven in het arrest Emsland-Stärke, objectiveert. In r.o. 80 geeft het HvJ wel nadere invulling aan het objectieve element, namelijk dat een samenstel van rechtshandelingen waardoor een aftrekrecht ontstaat

---

<sup>29</sup> Zie specifiek het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 82.

waar een belastingplichtige volgens normale handelstransacties geen recht op zou hebben, strijdig is met het doel van de Zesde BTW-richtlijn en geïmplementeerde nationale bepalingen. Verder blijkt ook uit r.o. 76 dat de nationale rechter op basis van de nationale bewijsregels vast moet stellen of sprake is van misbruik. Hiervoor geeft het HvJ net zoals in het arrest Emsland-Stärke in r.o. 81 aan dat de nationale rechter hierbij het louter kunstmatige karakter van deze handelingen in aanmerking kan nemen, alsmede de banden van juridische, economische en/of persoonlijke aard tussen de bij de constructie ter verlaging van de belastingdruk betrokken ondernemers. Uit r.o. 94 van het Halifax-arrest blijkt dat indien misbruik vastgesteld is, de transactie dient te worden geherdefinieerd alsof de transactie niet heeft plaatsgevonden. Zo wordt de misbruikconstructie als het ware genegeerd.

#### *Verdere invulling van het misbruik-van-recht-concept in de indirecte belastingen*

Het misbruik-van-recht-concept zoals dit in het Halifax-arrest door het HvJ gewezen is, is in de verdere jaren nog verduidelijkt in de jurisprudentie om de nationale rechters meer richting te geven bij de beoordeling van mogelijke misbruiksituaties. Zo verduidelijkt het HvJ in het arrest Weald Leasing, HvJ 22 december 2010, ECLI:EU:C:2010:804, het oorspronkelijke ‘objectieve criterium’. De zaak Weald Leasing betrof een verzekeringsconcern dat voornamelijk btw vrijgestelde diensten verrichtte. Tevens blijkt uit dit arrest dat ook misbruik middels leaseconstructies onder de Zesde BTW-richtlijn valt en dus het misbruik-van-recht-concept van toepassing is. Middels een leaseconstructie werd de (niet-afrekbare) btw bij verwerving van bedrijfsmiddelen verspreid over de verschillende leasebetalingen en dus uitgesteld. Het HvJ oordeelde in r.o. 45 dat het een onderneming in beginsel vrij staat om te kiezen voor het leasen van een bedrijfsmiddel in plaats van het te verwerven en dat dit geen belastingvoordeel oplevert dat in strijd is met het doel van de desbetreffende bepalingen van de Zesde BTW-richtlijn en de nationale implementatie van die richtlijn. Hierbij maakt het HvJ echter wel de kanttekening dat het contract voor de leasetransacties moet overeenstemmen met normale markvoorwaarden. Dit is niet het geval als de leasevergoeding abnormaal laag is en niet beantwoordt aan enige economische realiteit; kortom als de leasevergoeding niet at arm’s length is.<sup>30</sup> Het is niet relevant of deze leaseactiviteiten een normale handelstransactie van de onderneming betreft. Ten slotte dient de nationale rechter na te gaan of de betrokkenheid van een derde intermediair de toepassing van die bepalingen verhindert. Ook verduidelijkt het HvJ in r.o. 44 van het arrest Part Service, HvJ 21 februari 2008, ECLI:EU:C:2008:108, het subjectieve criterium. Middels

---

<sup>30</sup> Zie ook Merx & Teeuwssen, *WFR 2020/216*, p. 3 & 6.

de eerste prejudiciële vraag wil de Italiaanse rechter duidelijkheid krijgen over de verhouding tussen ‘belastingbesparing als wezenlijk doel’ en ‘loutere verkrijging van een belastingvoordeel’. Het HvJ stelt dat de nationale rechter dient na te gaan of het verkrijgen van een belastingvoordeel het wezenlijke doel was van de transacties. Andere economische argumenten kunnen het bestaan van misbruik dus niet ontkennen. ‘Belastingbesparing als wezenlijk doel’ wordt door het HvJ nog verder uitgekristalliseerd in het arrest RBS Deutschland, HvJ 22 december 2010, ECLI:EU:C:2010:810 in r.o. 51. Van belastingbesparing als wezenlijk doel is sprake als aan de hand van (objectieve) kenmerken en de aard van de verhouding tussen de vennootschappen die deze handelingen hebben verricht, wordt aangetoond dat een kunstmatige constructie is opgezet die geen verband houdt met de economische realiteit.<sup>31</sup> Ten slotte bevestigt en onderbouwt het HvJ in het arrest Cussens, HvJ 22 november 2017, ECLI:EU:C:2017:881, dat het verbod op misbruik een algemeen beginsel van Unierecht is. Hier bestond voor het arrest Cussens in de literatuur toch verschil van mening over. Verscheidene auteurs zagen het verbod van misbruik namelijk meer als een interpretatieregel.<sup>32</sup> Ik ben echter met de Commissie Misbruik van Recht van mening dat al reeds sinds het Halifax-arrest duidelijk is dat het HvJ het verbod van misbruik als een algemeen beginsel beschouwde.<sup>33</sup> Tevens verduidelijkt het HvJ hiermee ook de doorwerking van het verbod op misbruik in de context van nationale antimisbruikmaatregelen, richtlijnen en verdragen. Blokland<sup>34</sup> is hierdoor van mening dat het algemene Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik omgekeerd verticaal werkt en daarmee de EU en haar lidstaten beschermt tegen misbruik van de voordelen van het EU-recht door haar onderdanen. Wel is voor de toepassing van het misbruik-van-recht-concept van belang dat de desbetreffende Unieregeling ook voorziet in de doelstelling om belastingontwijking dan wel misbruik of fraude te bestrijden.<sup>35</sup>

### **2.2.3 Misbruik bestrijding in de directe belastingen**

In tegenstelling tot de HR heeft het HvJ in de directe belastingen tot de Danmark-arresten misbruik enkel in relatie gebracht met de derde vraag van de beslisboom, namelijk of een

---

<sup>31</sup> Zie ook Merx & Teeuwssen, *WFR 2020/216*, p. 3.

<sup>32</sup> Zie specifiek Blokland, *NtEr 2018 - nr. 3/4*, p. 82 & Vogenauer 2011, p. 545.

<sup>33</sup> Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 80.

<sup>34</sup> Blokland, *NtEr 2018 - nr. 3/4*, p. 80.

<sup>35</sup> Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 80.

nationale antimisbruikbepaling op basis van een rechtvaardigingsgrond verenigbaar is met het EU-recht.

### **2.2.3.1 Het bestrijden van misbruik als rechtvaardigingsgrond**

Als een lidstaat bij een nationale antimisbruikmaatregel onderscheid maakt tussen inwoners en niet-inwoners, is in beginsel sprake van een discriminatie of een belemmering. Deze maatregel is onverenigbaar met het EU-recht. Dat op basis van de derde vraag van de beslisboom het bestrijden van misbruik ook een rechtvaardiging voor de in beginsel onverenigbare maatregel kan opleveren, blijkt onder andere uit het kern-arrest Cadbury Schweppes, HvJ 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544. In dit arrest staat de verenigbaarheid van een specifieke antimisbruikbepaling, namelijk Engelse CFC-wetgeving, centraal. Hierin komt heel duidelijk naar voren dat een nationale antimisbruikbepaling, die in beginsel onverenigbaar is met een vrije verkeersbepaling, toch gerechtvaardigd kan zijn. In het arrest Cadbury Schweppes is het HvJ nader<sup>36</sup> in gegaan op volstrekt kunstmatige constructies. In r.o. 55 verwoordt het HvJ een volstrekt kunstmatige constructie als constructies die:

*“geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het grondgebied”.*

Ook gaat het HvJ in Cadbury Schweppes in op twee testen, ook wel elementen genoemd, om vast te stellen of sprake is van zo een volstrekt kunstmatige constructie zoals deze in de indirecte belastingen<sup>37</sup> aan de orde zijn: het objectieve en subjectieve element. Het subjectieve element wordt in r.o. 62 t/m 64 toegelicht als de wil om een belastingvoordeel te verkrijgen. Dit moet het hoofddoel of één van de hoofddoelen van deze constructie geweest zijn. Tevens dient op basis van een geheel van objectieve en door derde controleerbare elementen te worden beoordeeld of naast het bestaan van fiscale beweegredenen ook daadwerkelijk sprake is van vestiging en van het uitoefenen van economische activiteiten aldaar. In r.o. 68 verwijst het HvJ nog specifiek naar ‘brievenbusmaatschappijen’ en ‘schijnvennootschappen’. In de samengevoegde arresten Deister & Juhler, HvJ 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:1009,

---

<sup>36</sup> Nog voor het Cadbury Schweppes arrest heeft het HvJ in het arrest ICI, HvJ 16 juli 1998, ECLI:EU:C:1998:370, r.o. 26 voor het eerst gewezen dat zo een nationale antimisbruikbepaling gerechtvaardigd kan worden als deze specifiek tot doel heeft volstrekt kunstmatige constructies tegen te gaan, maar heeft dit daar verder niet uitgewerkt.

<sup>37</sup> Het HvJ verwijst hierbij ook specifiek naar de arresten Emsland-Stärke en Halifax.

waarin de Duitse Belastingdienst weigerde om bronbelasting op uitgekeerde dividenden vrij te stellen, heeft het HvJ een interessante kanttekening bij een volstrekt kunstmatige constructie gezet. In deze arresten ging het namelijk over een tussengeschoven entiteit waardoor Duitsland de toepassing van de Moeder-dochterrichtlijn weigerde op basis van de daarin opgenomen algemene antimisbruikbepaling. Het HvJ oordeelde in r.o. 73 en 74 dat alle aspecten van de betrokken situatie onderzocht moet worden voor de beoordeling of sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit. Hierbij kan gedacht worden aan organisatorische, economische en andere relevante kenmerken van het concern waartoe de moedermaatschappij behoort, alsmede de structuur en strategie van dat concern. Hieruit blijkt dat voor de vraag of sprake is van misbruik naar het concern en de activiteiten als geheel moet worden gekeken en niet enkel naar de moedermaatschappij.<sup>38</sup>

Op basis van het arrest *Eqiom en Enka*, HvJ 7 september 2017, ECLI:EU:C:2017:641, mag een Belastingdienst vooraf geen vastgestelde algemene criteria toepassen om misbruik te onderzoeken. In elk concreet geval dient de desbetreffende transactie in haar geheel onderzocht te worden. Een algemeen geformuleerde antimisbruikbepaling mag namelijk niet de facto enkel grensoverschrijdende gevallen als misbruik kwalificeren. Ook blijkt uit het arrest *Commissie/België*, HvJ 6 november 2006, ECLI:EU:C:2006:702, in r.o. 35 dat een nationale antimisbruikbepaling niet in overeenstemming is met het EU-recht als deze een algemeen vermoeden van misbruik behelst.

Op basis van de vierde vraag van de beslisboom van het HvJ moet de betwiste regel ook nog noodzakelijk en proportioneel zijn. Daarom dient de belastingplichtige op grond van r.o. 70 van het arrest *Cadbury Schweppes* de mogelijkheid te krijgen om het tegendeel te bewijzen. Uit het arrest *Test Claimants*, HvJ 13 maart 2007, ECLI:EU:C:2007:161, blijkt op grond van r.o. 82 dat voor deze tegenbewijsregeling de belastingplichtige geen buitensporige administratieve moeite moet doen om het bewijs aan te dragen. Aan de tegenbewijsregeling zijn dus wel grenzen verbonden. Ook dient de Belastingdienst volgens het arrest *Eqiom en Enka* r.o. 32 als sprake is van een antimisbruikmaatregel van algemene strekking die bepaalde categorieën van belastingplichtigen automatisch van het belastingvoordeel uitsluit, een begin van bewijs of aanwijzingen van het misbruik te overleggen. Anders is de desbetreffende rechtvaardigingsgrond niet noodzakelijk en proportioneel.

---

<sup>38</sup> Hulten, van, & Korving, *WFR 2019/129*, p. 2.

### 2.2.3.2 Toepassing misbruik-van-recht-concept in de directe belastingen

Op 26 februari 2019 heeft het HvJ in de Danmark-arresten het misbruik-van-recht-concept ook toegepast binnen de directe belastingen. De Danmark-arresten staan ook wel bekend als de doorstroomarresten, aangezien sprake was van een tussengeschoven Luxemburgse vennootschap om verdragsvoordelen te behalen die met enkel de Deense vennootschap niet behaald konden worden. De vijf beleggingsfondsen die via de tussengeschoven Luxemburgse vennootschap een belang voor meer dan 50% in de aandelen van Deense vennootschappen hadden, waren namelijk allemaal gevestigd in landen waarmee Denemarken geen belastingverdrag heeft gesloten. De samengevoegde zaken N Luxembourg 1, X Denmark, C Danmark I en Z Denmark, ECLI:EU:C:2019:134, zagen op rentestromen en dus op de Interest- en royaltyrichtlijn. Ondanks dat de casus soortgelijk was, zagen de samengevoegde zaken T Danmark en Y Denmark, ECLI:EU:C:2019:135, op dividenden en dus op de Moeder- en dochterrichtlijn. Hierbij is nog van belang dat Denemarken geen algemene antimisbruikbepalingen in de nationale wet geïmplementeerd had.

In beide arresten slaat het HvJ een andere weg in dan verwacht. In het Danmark-arrest, dat ziet op de Interest- en royaltyrichtlijn, beredeneert het HvJ niet dat de vrijstelling niet mag worden toegepast, omdat de vennootschap al dan niet de uiteindelijk gerechtigde was, maar gaat het HvJ in op de elementen van rechtsmisbruik zoals voor het eerst zo gewezen in het arrest Emsland-Stärke. Hetzelfde gebeurt bij het Danmark-arrest dat ziet op de Moeder- dochterrichtlijn. Hierbij herhaalt het HvJ allereerst in r.o. 100<sup>39</sup> alle domeinen waarin het HvJ het algemeen beginsel van misbruik allemaal al heeft toegepast. In alle domeinen waarin het misbruik-van-recht-concept is toepast, is dit leerstuk mijns inziens fundamenteel gelijk.<sup>40</sup> Ook blijkt naar mijn mening uit deze opsomming van domeinen duidelijk dat het HvJ het algemeen beginsel van misbruik nog niet had toegepast in de directe belastingen, maar dat hier door deze arresten verandering in komt.

---

<sup>39</sup> Dezelfde r.o. heeft het hof gewezen in de samengevoegde zaken T Danmark en Y Denmark, ECLI:EU:C:2019:135. Om het overzichtelijk te houden wordt enkel de verwijzing naar de r.o. van het arrest omtrent de gevoegde zaken N Luxembourg 1, X Denmark, C Danmark I en Z Denmark, ECLI:C:2019:134, aangehouden, tenzij specifiek aangegeven.

<sup>40</sup> Zie hierbij ook het Rapport van de Commissie Misbruik van recht, p. 133. Hier concludeerden zij al voor de toepassing van het misbruik-van-recht-concept in directe belastingen dat het misbruik-van-recht-concept voor de indirecte en directe belastingen gelijk is.

#### **2.2.4 De beoordeling van misbruik van recht**

Zoals uit de bovenstaande ontwikkeling, toepassing en nadere invulling van het misbruik-van-recht-concept in verscheidenen domeinen blijkt, bestaan voor de beoordeling van het misbruik-van-recht-concept in beginsel twee onafhankelijke, onderscheiden en cumulatieve<sup>41</sup> criteria, namelijk het objectieve en het subjectieve criterium.<sup>42</sup> Toch ben ik van mening dat uit het subjectieve criterium ook nog de voorwaarde van gekunsteldheid voortvloeit en bestaan mijns inziens drie criteria voor de beoordeling van misbruik van recht. Of de elementen van misbruik aanwezig en aangetoond zijn, moet door de nationale rechter zelf beoordeeld worden middels een onderzoek van alle feiten.

##### **2.2.4.1 Objectieve criterium**

Volgens het objectieve criterium dient uit een geheel van objectieve omstandigheden te blijken dat de voorwaarden van de Unieregeling weliswaar formeel zijn nageleefd, maar dat het door deze regeling nagestreefde doel niet wordt bereikt.<sup>43</sup> Kortom, naar de letter is de regeling dus van toepassing, maar het daardoor gerealiseerde voordeel is strijdig met het doel van het desbetreffende EU-recht.<sup>44</sup> Bij de beoordeling van dit criterium merkt A-G Bobek aan de hand van andere arresten omtrent misbruik van recht op dat het doel van specifieke bepalingen van de desbetreffende richtlijn in aanmerking moet worden genomen om te beoordelen of aan het objectieve criterium voldaan is.<sup>45</sup>

##### **2.2.4.2 Subjectieve criterium**

Het subjectieve criterium kijkt naar het doel van transacties of constructies.<sup>46</sup> Om te voldoen aan het subjectieve criterium dient het het hoofddoel of één van de hoofddoelen te zijn om een uit de Unieregeling voortvloeiend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder dat voordeel ontstaat.<sup>47</sup> Volgens A-G Bobek moet het subjectieve criterium

---

<sup>41</sup> Conclusie van A-G Bobek – Zaak C-251/16, punt 60.

<sup>42</sup> Zie hierbij ook specifiek het Rapport van de Commissie Misbruik van recht, p. 82.

<sup>43</sup> Zoals blijkt uit de vaste rechtspraak van het HvJ (zie bijvoorbeeld het arrest Emsland-Stärke), maar ook onder andere het Rapport van de Commissie Misbruik van recht, p. 82.

<sup>44</sup> Rapport van de Commissie Misbruik van recht, p. 71.

<sup>45</sup> Conclusie van A-G Bobek – Zaak C-251/16, punt 70.

<sup>46</sup> Blokland, *NtEr 2018 - nr. 3/4*, p. 82.

<sup>47</sup> Zie onder andere Vogenauer 2011, p. 538, maar ook zoals blijkt uit vaste rechtspraak van het HvJ (zie bijvoorbeeld het arrest Emsland-Stärke).



restrictief worden toegepast.<sup>48</sup> Indien dus andere economische rechtvaardigingen bestaan dan de verkrijging van een belastingvoordeel, is niet aan het criterium voldaan. Mijns inziens klopt dit niet. Andere economische argumenten kunnen het bestaan van misbruik namelijk niet ontkennen. Van belastingbesparing als wezenlijk doel, en dus niet het enige doel<sup>49</sup>, is sprake als aan de hand van (objectieve) kenmerken en van de aard van de verhouding tussen de vennootschappen die deze handelingen hebben verricht, wordt aangetoond dat een kunstmatige constructie is opgezet. Hierbij speelt het bestaan van een kunstmatige constructie, ook wel gekunsteldheid genoemd, dus een grote rol. Dit kan in mijn optiek eigenlijk als aparte voorwaarde worden gezien. Ook de Commissie Misbruik van Recht beargumenteert dat de rechter de economische realiteit, en daarmee dus de toets of sprake is van een kunstmatige constructie, nodig heeft bij de beoordeling of sprake is van misbruik van recht.<sup>50</sup>

### 2.2.4.3 Gekunsteldheid

Van een kunstmatige constructie is sprake als deze geen verband houdt met de economische realiteit. Hiervoor moet dus gekeken worden naar geldige zakelijke redenen om de opzet van zo een (reeks aan) constructie(s) te verklaren.<sup>51</sup> Indien deze zakelijke redenen de economische realiteit niet weerspiegelen, is sprake van een gekunsteldheid. Kunstmatigheid van transacties of constructies wordt ook wel aangeduid als transacties of constructies zonder economische inhoud<sup>52</sup> of die niet reëel of materieel zijn.<sup>53</sup> Volgens de Commissie Misbruik van Recht kent het begrip ‘economische realiteit’ meerdere betekenissen. Zij concludeert dat het in geval van rechtsmisbruik enkel ziet op kunstmatige situaties.<sup>54</sup> Het HvJ geeft in de Danmark-arresten<sup>55</sup> voor de invulling van de voorwaarde economische realiteit en dus kunstmatigheid in het licht van doorstroomvennootschappen de volgende criteria: relevante gegevens betreffende het beheer van de onderneming, de boekhoudkundige balans, de kostenstructuur en de werkelijk gemaakte kosten, de werknemers, alsook de kantoren en de uitrusting. Voor de beoordeling of sprake is van zo een kunstmatige constructie moet het gehele complex aan rechtshandelingen

---

<sup>48</sup> Conclusie van A-G Bobek – Zaak C-251/16, punt 101.

<sup>49</sup> Blokland, *NtEr 2018 - nr. 3/4*, p. 82.

<sup>50</sup> Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 95 & 96.

<sup>51</sup> Blokland, *NtEr 2018 - nr. 3/4*, p.

<sup>52</sup> Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 70.

<sup>53</sup> Conclusie van A-G Bobek – Zaak C-251/16, punt 76.

<sup>54</sup> Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 98.

<sup>55</sup> Zie specifiek r.o. 131.

in beschouwing worden genomen.<sup>56</sup> Opvallend is dat het HvJ niet meer spreekt van een volstrekt kunstmatige constructie, zoals gewezen in het arrest Cadbury Schweppes. Het woord ‘volstrekt’ lijkt het HvJ bewust achter zich te laten bij de beoordeling van de kunstmatigheid van een constructie. Hierdoor zal mijns inziens sneller voldaan kunnen worden aan dit criterium. Desondanks spreekt het HvJ in het recente arrest Lexel, HvJ 20 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:34, waarin centraal stond of het bestrijden van misbruik ook een rechtvaardiging vormt voor een in beginsel onverenigbare maatregel, wel weer van een volstrekt kunstmatige constructie. Mij is echter niet aanstonds duidelijk of op dit moment ook daadwerkelijk een wijziging is beoogd ten aanzien van de Danmark-arresten.<sup>57</sup>

### **2.2.5 De bewijslast**

De bewijslast speelt bij rechtsmisbruik een belangrijke rol. Om het misbruik-van-recht-concept toe te passen moet feitelijk vast komen te staan dat voldaan is aan de criteria voor rechtsmisbruik.<sup>58</sup> Onder andere uit het Danmark-arrest<sup>59</sup> blijkt dat, indien een belastingautoriteit de voordelen van het EU-recht wil (en moet) weigeren op grond van rechtsmisbruik, aangetoond moet worden dat aan de bestanddelen van misbruik voldaan is. Voor het bewijs dienen alle relevante gegevens meegenomen te worden. Als de belastingautoriteit rechtsmisbruik aangetoond heeft, moet de belastingplichtige altijd de mogelijkheid hebben om tegenbewijs te leveren.

### **2.2.6 De gevolgen van aangetoonde rechtsmisbruik**

Indien misbruik is aangetoond, is het natuurlijk de vraag hoe dit wordt hersteld.<sup>60</sup> Hiervoor is allereerst van belang hoe de omvang van het misbruik wordt bepaald.<sup>61</sup> Of het hierbij enkel gaat om de transacties/constructies die rechtstreeks leiden tot een belastingvoordeel (segmentmethode) of juist het grotere geheel aan rechtshandelingen/de reeks van constructies die samen

---

<sup>56</sup> Zie Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 101 & en r.o. 73 en 74 uit het arrest Deister & Juhler.

<sup>57</sup> Zie ook Wisman 2021.

<sup>58</sup> Zie specifiek Vogenauer 2011, p. 530 & het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 74.

<sup>59</sup> In het Danmark-arrest is zeer specifiek ingegaan op de bewijslast van rechtsmisbruik bij doorstroomvennootschappen. Zie hiervoor r.o. 140 t/m 145.

<sup>60</sup> Vogenauer 2011, p. 542.

<sup>61</sup> Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 97.

leiden tot een belastingvoordeel (complex-methode), is niet aanstonds duidelijk.<sup>62</sup> Mijns inziens dient de omvang van het misbruik te worden vastgesteld middels de segment-methode, aangezien zo wel economisch reële rechtshandelingen, waar dus eigenlijk niks mis mee is, ook niet hersteld hoeven te worden. Het herstel kan plaatsvinden middels de substitutie<sup>63</sup>- of wegdenkgedachte<sup>64</sup>.<sup>65</sup> In mijn optiek kan de methode van herstel per casus verschillen.

Zoals uit het arrest Cussens, maar ook uit de Danmark-arresten<sup>66</sup> gebleken is, vormt het misbruik-van-recht-concept een algemeen Unierechtelijk beginsel van verbod van misbruik. Kortom, als een belastingautoriteit misbruik kan aantonen, moet hij de voordelen van het Unierecht weigeren, ook als de nationale wet of de verdragen niet voorzien in zo een antimisbruikbepaling. Indien misbruik kan worden vastgesteld wordt de toegang tot het EU-recht dus geweigerd. Een belangrijke conclusie volgt nog uit het arrest Euro Park Service, namelijk dat één Unierechtelijk misbruik concept bestaat. Dit is dus hetzelfde voor het secundair EU-recht zoals richtlijnen en het primaire EU-recht.

### **2.3 Unierechtelijke voordelen**

De vraag kan opkomen in welke gevallen sprake is van Unierechtelijke voordelen die dus geweigerd moeten worden indien sprake is van misbruik. Het HvJ heeft dit niet nader aangegeven. Naar aanleiding van de Danmark-arresten is in de literatuur met name discussie ontstaan over de eventuele doorwerkingen hiervan naar de Nederlandse deelnemingsvrijstelling.<sup>67</sup> Meer algemeen dient gekeken te worden wanneer nationale en verdragsrechtelijke voordelen als Unierechtelijke voordelen dienen te worden aangemerkt. Uit vaste jurisprudentie van het HvJ, zoals onder andere het arrest Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA, HvJ 13 november 1990, ECLI:EU:C:1990:395, volgt dat de rechter nationale wetgeving die als omzetting van richtlijnbevestigingen geldt, zo veel mogelijk richtlijnconform dient uitleggen indien een richtlijn niet, onjuist of te laat is geïmplementeerd.

---

<sup>62</sup> Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 100 t/m 102.

<sup>63</sup> De transacties of constructie(s) die leiden tot de conclusie misbruik van recht dienen te worden vervangen door een andere element die wel zakelijk is en beantwoordt aan de economisch realiteit.

<sup>64</sup> De transacties of constructie(s) die leiden tot de conclusie misbruik van recht dienen te worden weggedacht en worden dus als het ware genegeerd.

<sup>65</sup> Kavelaars, *NLFW 2019/2*, p. 8.

<sup>66</sup> Zie specifiek r.o. 111.

<sup>67</sup> Zie onder andere Marres & Groot, de, *WFR 2020/209*, Zuidhof & Vermeulen, *WFR 2020/225* & Ravelli, *WFR 2020/150*.

Om van Unierechtelijke voordelen te kunnen spreken is het mijns inziens niet relevant dat een nationale bepaling van eerdere datum is dan een in een EU-richtlijn opgenomen bepaling. Wellicht ten overvloede spreek ik hier enkel over nationale bepalingen die uitvoering geven aan het EU-recht. Een nationale bepaling moet immers in overeenstemming zijn met de bepaling in de richtlijn en wordt anders, zoals uit de hiervoor genoemde vaste jurisprudentie blijkt, richtlijn conform uitgelegd. Ook blijkt uit het arrest Leur-Bloem, HvJ 17 juli 1997, ECLI:EU:C:1997:369, waarin sprake was van een zuiver nationale situatie, dat ook sprake kan zijn van EU-rechtelijke interpretatie indien voor de invulling van de nationale regeling wordt aangesloten bij een EU-rechtelijke uitleg van een vergelijkbare regeling. Met Zuidhof en Vermeulen ben ik het eens dat het EU-conform interpreteren van een nationaal voordeel in feite hetzelfde gevolg heeft als het aanmerken van een nationaal voordeel als Unierechtelijk voordeel.<sup>68</sup> Zoals zij stellen, dient in beide situaties immers de toekenning van het nationale voordeel in overeenstemming met EU-recht te geschieden. Samenvattend is in mijn optiek dus sprake van een EU-rechtelijk voordeel indien een nationale bepaling (al dan niet eerder) tot stand is gekomen op basis van een EU-rechtelijke verplichting of anders gezegd indien deze nationale bepaling dus ziet op specifieke materie waarvoor ook een EU-rechtelijke regeling bestaat.<sup>69</sup> Hierbij dient dus de aard en de doelstelling van regelingen vergeleken te worden. Hierbij merk ik nog op dat het niet relevant is of de grondslag van de voordelen afkomstig is uit EU-rechtelijke richtlijnen, verdragen dan wel verordeningen en spreek ik over intra-EU situaties.<sup>70</sup> Desalniettemin lijkt het mij onwaarschijnlijk dat bij de interpretatie van nationale antimisbruikmaatregelen onderscheid zal worden gemaakt tussen wel of geen EU-rechtelijke situatie.<sup>71</sup> Ik sluit mij verder aan bij Marres en De Groot dat er vanuit Unierechtelijk perspectief in beginsel geen wezenlijk verschil bestaat tussen belastingverdragen en nationale wetten.<sup>72</sup> Ondanks dat onder andere uit het arrest Gilly, HvJ 12 mei 1998, ECLI:EU:C:1998:221, blijkt dat belastingverdragen maar marginaal getoetst kunnen worden aan het EU-recht, lijkt het mij niet verdedigbaar dat de verplichting tot het weigeren van misbruik wordt nageleefd indien equivalente verdragsvoordelen gewoon verleend worden.<sup>73</sup> Voor bepalingen in verdragen tussen lidstaten die betrekking hebben op de Moeder-dochterrichtlijn of de Interest- en

---

<sup>68</sup> Zie Zuidhof & Vermeulen, *WFR 2020/225*, p. 3.

<sup>69</sup> Zie ook Marres & Groot, de, *WFR 2020/209*, p. 8.

<sup>70</sup> Marres & Groot, de, *WFR 2020/209*, p. 8.

<sup>71</sup> Zie ook Zeldenrust, *WFR 2021/26*, p. 3 &

<sup>72</sup> Marres & Groot, de, *WFR 2020/209*, p. 9.

<sup>73</sup> Zie ook Marres & Groot, de, *WFR 2020/209*, p. 9.

royaltyrichtlijn kan, en zo sluit ik mij aan bij Marres en De Groot, verdedigd worden dat de desbetreffende verdragsvoordelen aangemerkt kunnen worden als Unierechtelijke voordelen.<sup>74</sup> Deze voordelen moeten dan dus geweigerd worden indien sprake is van misbruik. Voor andere verdragen dan intra-EU of verdragsbepalingen die niet zien op de door de Moederdochterrichtlijn en Interest- en royaltyrichtlijn bestreken gevallen, geldt dit uiteraard niet.

## **2.4 Antimisbruikbepalingen Moeder-dochter-, Interest- en royalty- en Fusierichtlijn**

Nu de ontwikkeling en toepassing van het misbruik-van-recht-concept en de daarbij behorende criteria onderzocht zijn, worden in deze paragraaf de algemene en specifieke antimisbruikbepalingen van de Moeder-dochter-, Interest- en royalty- en Fusierichtlijn in die specifieke volgorde behandeld. Allereerst wordt steeds kort stil gestaan bij de richtlijn in het algemeen en de antimisbruikbepalingen die daarin opgenomen zijn. Vervolgens worden alle antimisbruikbepalingen vergeleken met het misbruik-van-recht-concept. Aan de hand van de specifieke kenmerken, het doel en de strekking en de bewijslast wordt beoordeeld of de algemene en specifieke antimisbruikbepalingen overbodig zijn geworden sinds de toepassing van het misbruik-van-recht-concept. Indien de antimisbruikbepaling geen specifieke aanvullende rol speelt op het misbruik-van-recht-concept, kan deze mijns inziens vervallen.

### **2.4.1 Moeder-dochterrichtlijn**

Uit de preambule van 2011 blijkt dat Richtlijn 2011/96/EU, beter bekend als de Moederdochterrichtlijn, ertoe sterkt om dividenden en andere winstuitkeringen van dochterondernemingen aan hun moedermaatschappijen vrij te stellen van bronbelasting en dus economische dubbele belastingheffing te voorkomen.<sup>75</sup> Uiteindelijk neemt de Moederdochterrichtlijn dus de belemmering voor concerns om in meer dan één lidstaat te opereren weg.<sup>76</sup> Misbruik van de verleende voordelen middels de toepassing van de Moederdochterrichtlijn ligt echter op de loer. De bewustwording van het bestaan van misbruik en het toezien op het misbruik komt sterk naar voren in de Preambule van 2015. Daarom is dan ook een algemene antimisbruikbepaling ingevoerd middels de laatste wijziging van de Moeder-

---

<sup>74</sup> Ik verwijs graag voor een complete uitwerking naar Marres & Groot, de, *WFR 2020/209*, p. 9.

<sup>75</sup> Het percentage in het aandelenbelang dat de moeder in de dochter moet hebben voor de toepassing van de richtlijn, is de afgelopen jaren gedaald tot 10 procent.

<sup>76</sup> Zie specifiek overweging 4 van de Preambule van Richtlijn 2011/96/EU.

dochterraichtlijn<sup>77</sup>. Ook is in 2014 aandacht besteed aan oneigenlijk gebruik van de richtlijn middels hybride financiering, waardoor mismatches die bestonden omtrent de kwalificatie van betalingen tussen lidstaten geëlimineerd werden.<sup>78</sup> De derde antimisbruikbepaling die de Moeder-dochterraichtlijn kent, bestaat al sinds de Moeder-dochterraichtlijn tot stand kwam en is de specifieke minimumhoudsterperiode die noodzakelijk is voor de toepassing van de richtlijn.<sup>79</sup> De lidstaten hebben zelf de keuze om deze antimisbruikbepaling te implementeren. De vraag bestaat of deze drie antimisbruikbepalingen sinds de toepassing van het misbruik-van-recht-concept in de directe belastingen nog noodzakelijk zijn.

#### **2.4.1.1 Algemene antimisbruikbepaling**

Uit de Preambule van 2015 blijkt dat het nuttig werd geacht om een algemene antimisbruikbepaling op te nemen in de Moeder-dochterraichtlijn.<sup>80</sup> Sommige lidstaten hadden namelijk geen nationale of verdragsrechtelijke bepalingen ter bestrijding van misbruik of indien zij deze wel hadden, waren deze bepalingen veelal niet strikt genoeg.<sup>81</sup> Uit overweging 5 van de Preambule van 2015 blijkt dat het opnemen van een algemene antimisbruikbepaling het oogmerk had om te voorzien in een consistente toepassing van antimisbruikbepalingen door lidstaten. De algemene antimisbruikbepaling is opgenomen in artikel 1 lid 2 en 3.

Bij de lezing van de algemene antimisbruikbepaling kunnen mijns inziens drie cumulatieve elementen onderscheiden worden waaraan voldaan moet zijn om de voordelen van de richtlijn niet toe te kennen. Allereerst dient sprake te zijn van een constructie of reeks van constructies die kunstmatig is. Vervolgens moet die constructie opgezet zijn met als (een van de) hoofddoel(en) om een belastingvoordeel te verkrijgen. Ten slotte moet ook het doel of de toepassing van de richtlijn met die constructie ondermijnd worden. Als de elementen vergeleken worden met de criteria van het misbruik-van-recht-concept, zie ik geen discrepantie. Ten eerste komt het objectieve element van het misbruik-van-recht-concept goed naar voren in deze algemene antimisbruikbepaling. Naar de letter kan immers voldaan zijn aan de voorwaarden om de richtlijn toe te passen, maar als het doel of de toepassing van de richtlijn

---

<sup>77</sup> Richtlijn 2015/121 van de Raad van 27 januari 2015.

<sup>78</sup> Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014.

<sup>79</sup> Deze eis is opgenomen in artikel 3 lid 2 onderdeel b Richtlijn 2011/96/EU, maar geldt al sinds de eerste totstandkoming van de Moeder-dochterraichtlijn, namelijk Richtlijn 90/435/EEG.

<sup>80</sup> Zie specifiek overweging 2.

<sup>81</sup> Zie specifiek overweging 3.

ondermijnd wordt door een bepaalde constructie, dienen de voordelen op basis van dit element alsnog niet verleend te worden. Hierbij is ook van belang dat deze bepaling eerst objectief moet worden toegepast.<sup>82</sup> Ook het subjectieve criterium van het misbruik-van-recht-concept komt mijns inziens exact overeen met het element dat de constructie moet zijn opgezet met als (een van de) hoofddoel(en) om een belastingvoordeel te verkrijgen. Als laatst dient voor zowel de algemene antimisbruikbepaling als het misbruik-van-recht-concept sprake te zijn van gekunsteldheid. In lid 3 wordt dit exact zo uitgelegd zoals is beslist door het HvJ, namelijk dat sprake is van een kunstmatige constructie voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. In mijn optiek kan de algemene antimisbruikbepaling dan ook gezien worden als een codificatie van het misbruik-van-recht-concept van het HvJ.

Bij dit oorspronkelijke voorstel is nog expliciet aangegeven dat de wijziging van de algemene antimisbruikbepaling onder andere tot doel had om het gebruik van in de EU gevestigde tussengeschoven lege vennootschappen om de Moeder-dochterrichtlijn toe te passen, tegen te gaan.<sup>83</sup> Middels deze in de EU gevestigde tussengeschoven lege vennootschappen kon namelijk gebruik worden gemaakt van een gunstiger belastingverdrag. Mijns inziens komt het doel en de strekking van de algemene antimisbruikbepaling overeen met doel van het misbruik-van-recht-concept.

Ook de bewijslast verschilt mijns inziens niet. Uit overweging 7 van de Preambule van 2015 blijkt immers dat de belastingautoriteiten, indien zij op basis van de algemene antimisbruikbepaling de voordelen van de richtlijn willen weigeren, allereerst misbruik aan dienen te tonen. De bewijslastverdeling verschilt mijns inziens dus niet met het misbruik-van-recht-concept. Bij de beoordeling of voldaan is aan de algemene antimisbruikbepaling van de Moeder-dochterrichtlijn dienen ook alle relevante feiten en omstandigheden te worden meegenomen.

---

<sup>82</sup> Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 66.

<sup>83</sup> COM(2013)814 definitief, p. 3, Kavelaars, *NLFW 2019/2*, p. 7 & het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 66.

Opvallend is nog dat de algemene antimisbruikbepaling in tegenstelling tot de het voormalige artikel 1 lid 2<sup>84</sup> dwingend is geformuleerd.<sup>85</sup> Aangezien lidstaten ook op basis van het algemene Unierechtelijke verbod van misbruik verplicht zijn om de voordelen van het EU-recht te weigeren indien sprake is van misbruik, is deze formulering wel logisch en bestaat dus ook hierin geen verschil tussen het misbruik-van-recht-concept en de algemene antimisbruikbepaling. Aangezien alle lidstaten op dezelfde manier dus verplicht zijn de voordelen van het EU-recht te weigeren, houdt het doel van de opname van de algemene antimisbruikbepaling voor de consistente toepassing van antimisbruikbepalingen door lidstaten mijns inziens dan ook geen stand. Aangezien sinds het arrest Euro Park Service ook expliciet blijkt dat één Unierechtelijk misbruik concept bestaat voor zowel primair als secundair EU-recht, is de algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn in mijn optiek overbodig. Het misbruik-van-recht-concept is naar mijn mening net zo effectief.

Aangezien het misbruik-van-recht-concept en de algemene antimisbruikbepaling dezelfde open normen kennen om misbruik aan te tonen, verschilt de efficiëntie ook niet. Beide bereiken namelijk tegen dezelfde kosten hetzelfde effect. Ook de uitvoerbaarheid verschilt door het generieke karakter van beide in mijn optiek niet. Voor belastingplichtigen is een algemeen geformuleerde maatregel of het concept onduidelijker en minder overzichtelijk, maar dat geldt in dit geval dus voor zowel de algemene antimisbruikbepaling als het misbruik-van-recht-concept. Hetzelfde geldt voor de overheid. Aangezien beide algemeen geformuleerd zijn, geeft dit de overheid wel flexibiliteit om misbruik te bestrijden. Aangezien de algemene antimisbruikbepaling dus net zo effectief, efficiënt en uitvoerbaar is als het misbruik-van-recht-concept, is het mijns inziens van belang om onnodige bepalingen die hetzelfde doel en resultaat als het misbruik-van-recht-concept bereiken, te schrappen. Kortom, de algemene antimisbruikbepaling van de Moeder-dochterrichtlijn kan naar mijn mening dan ook vervallen.

#### **2.4.1.2 Hybride financiering**

Middels de wijziging van 2014 is artikel 4 lid 1 onderdeel a van de Moeder-dochterrichtlijn aangepast. Uit overweging 2 van de Preambule van 2014 blijkt dat de voordelen van Richtlijn 2011/96/EU niet mogen leiden tot situaties waarin dubbele niet-heffing ontstaat. Het primaire

---

<sup>84</sup> Artikel 1 lid 2 luidde voor de wijziging: “Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken.”

<sup>85</sup> Rapport Commissie Misbruik van Recht, p. 66.



doel van deze bepaling is dan ook om het ongelijke speelveld tussen grensoverschrijdende ondernemingen en binnenlandse ondernemingen tegen te gaan.<sup>86</sup> Grensoverschrijdende ondernemingen kunnen immers gebruik maken van de mismatches tussen belastingregels van lidstaten. Louter binnenlands opererende ondernemingen kunnen dit, wellicht overbodig, niet. Op basis hiervan dienen lidstaten de voordelen van de Moeder-dochterrichtlijn te ontzeggen indien de winst aftrekbaar is bij de dochtermaatschappij van de moeder.<sup>87</sup> Tevens dienen zij aanvullend dus belasting te heffen over de winstuitkering.<sup>88</sup> Kortom, indien de winstuitkering in de lidstaat van de dochter gekwalificeerd wordt als rentebetaling en dus aftrekbaar is, mag deze winstuitkering bij de moedermaatschappij niet onbelast blijven. Zo dienen incongruenties in de fiscale behandeling van winstuitkeringen tussen lidstaten worden tegengegaan.<sup>89</sup> Het doel van deze bepaling is dat de Moeder-dochterrichtlijn niet in de weg mag staan om als lidstaat doeltreffend op te treden tegen dubbele niet-heffing.<sup>90</sup> Het eenzijdig optreden van de lidstaten werd, mijns inziens terecht, niet effectief geacht.<sup>91</sup>

Deze antimisbruikbepaling kent als specifiek element van misbruik de aftrekbaarheid van de winst bij de dochtermaatschappij. Kortom, indien de geldverstrekking hybride is, worden de voordelen van de richtlijn niet toegekend.<sup>92</sup> De drie criteria van het misbruik-van-recht-concept zijn dus ook niet terug te lezen in deze bepaling. Tevens hoeft naar mijn mening in de structuren waarbij sprake is van hybride financiering lang niet altijd sprake te zijn van misbruik of kunstmatige constructies die wellicht de economische realiteit niet weerspiegelen. Mijns inziens verhoudt deze specifieke antimisbruikbepaling zich als een welkome aanvulling op het misbruik-van-recht-concept. In mijn optiek verschilt het doel van deze specifieke antimisbruikbepaling, namelijk het creëren van een gelijk speelveld voor grensoverschrijdende en niet grensoverschrijdende ondernemingen, met het doel van het misbruik-van-recht-concept. Ook dient voor de toepassing van deze specifieke antimisbruikbepaling niet aangetoond te worden dat aan de elementen van misbruik voldaan is en hoeft al helemaal niet sprake te zijn

---

<sup>86</sup> Zie specifiek overweging 2 van de Preambule van 2014.

<sup>87</sup> Zie specifiek overweging 3 van de Preambule van 2014.

<sup>88</sup> Marres & Groot, de, *WFR 2015/1185*, p. 1

<sup>89</sup> *PbEU C 226/40* van 16 juli 2014, p. 40.

<sup>90</sup> *PbEU C 226/40* van 16 juli 2014, p. 41.

<sup>91</sup> *PbEU C 226/40* van 16 juli 2014, p. 41.

<sup>92</sup> Rapport Commissie Misbruik van Recht, p. 124.

van kunstmatigheid. Het enkel bestaan van een mismatch is al voldoende om de voordelen van de richtlijn niet te verlenen.<sup>93</sup>

Aangezien lidstaten door het Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik enkel de voordelen moeten weigeren indien sprake is van misbruik van EU recht, kan zonder het bestaan van deze specifieke antimisbruikbepaling niks op EU-niveau geregeld worden voor mismatches waarbij geen sprake is van misbruik. Door deze specifieke antimisbruikbepaling wordt door implementatie hiervan op nationaal niveau de mismatch tegengegaan. Het doel van deze regeling, die dus breder is dan enkel het bestrijden van misbruik, kan mijns inziens niet bereikt worden middels de toepassing van het misbruik-van-recht-concept. Kortom, de specifieke antimisbruikbepaling is effectiever voor de bestrijding van misbruik middels hybride financiering. Ondanks dat ik algemeen van mening ben dat het gebruik van een open norm bij misbruik de voorkeur verdient, gaat dat in dit geval niet op. Omdat deze regeling verder gaat dan enkel situaties van misbruik, is deze specifieke antimisbruikbepaling nodig om tot uitvoer te kunnen komen. Inherent hieraan is dus de specifieke antimisbruikbepaling ook efficiënter. Het misbruik-van-recht-concept dekt immers lang niet alle situaties en de kosten die gemaakt moeten worden om misbruik aan te tonen liggen veel hoger door de algemene norm. De specifieke antimisbruikbepaling dekt ook meer situaties. Voor belastingplichtigen geeft deze antimisbruikbepaling ook meer duidelijkheid; als sprake is van hybride financiering worden de voordelen op het niveau van de moeder niet verleend. Artikel 4 lid 1 onderdeel a is voor belastingplichtigen, maar ook voor belastingautoriteiten uitvoerbaarder. Mijns inziens vormt deze specifieke antimisbruikbepaling voor hybride financiering dan ook een welkome aanvulling op het misbruik-van-recht-concept en dient deze bepaling niet te vervallen.

#### **2.4.1.3 Minimumhoudsterperiode**

De eis dat de deelneming ten minste twee jaar moet worden gehouden, is opgenomen in artikel 3 lid 2 onderdeel b. Het staat de lidstaten vrij om een bepaling zoals deze op te nemen:

*“deze richtlijn niet toe te passen op de vennootschappen van die lidstaat die niet gedurende een ononderbroken periode van ten minste twee jaren een deelneming behouden welke recht geeft op de hoedanigheid van moedermaatschappij of op de vennootschappen waarin een*

---

<sup>93</sup> Zie specifiek overweging 3 van de Preambule van 2014.

*vennootschap van een andere lidstaat niet gedurende een ononderbroken periode van ten minste twee jaren een dergelijke deelneming behoudt.”*

Het HvJ heeft in het Denkvit I-arrest, HvJ 17 oktober 1996, ECLI:EU:C:1996:387, bepaald dat de bezitseis ruim moet worden uitgelegd. De voordelen van de richtlijn dienen meteen verleend te worden. Mocht achteraf blijken dat de deelneming toch niet gedurende twee jaar<sup>94</sup> ononderbroken gehouden is, dienen de verleende voordelen met terugwerkende kracht gecorrigeerd te worden.<sup>95</sup>

Om aan te tonen dat sprake is van misbruik volgens het misbruik-van-recht-concept als de aandelen in een deelneming kort gehouden worden, moet voldaan zijn aan het objectieve en subjectieve criterium. Tevens volgt uit het subjectieve criterium dat sprake moet zijn van een kunstmatige constructie. Deze criteria zijn niet terug te lezen in de minimumhoudsterperiodebepaling. Dit komt omdat deze bepaling echt ziet op specifieke situaties. Mijns inziens is het wel aannemelijk dat het kort houden van aandelen niet in lijn ligt met het doel en de strekking van deze richtlijn, namelijk om economische dubbele belasting binnen moeder-dochter verhoudingen te voorkomen. Dit blijkt tevens uit r.o. 31 van het Denkvit I-arrest waarin het HvJ beargumenteerde dat enkel duurzame relaties tussen moeder- en dochtermaatschappijen onder de richtlijn dienen te vallen. Als de bedoeling voor die duurzame relatie niet bestaat, is volgens het HvJ sprake van misbruik van de Moeder-dochterrichtlijn. Hierbij legt het HvJ artikel 3 lid 2 zo uit dat de minimumhoudsterperiode dient te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van de voordelen van de richtlijn doordat enkel op basis van fiscale redenen deelnemingen tijdelijk worden verworven. Stel dus dat de aandelen in een deelneming binnen twee jaar worden vervreemd en een dividenduitkering heeft plaatsgevonden na één jaar na de verwerving van de aandelen. Formeel was tijdens de dividenduitkering aan de voorwaarden (de bezitseis) voldaan. De relatie tussen de moeder- en de dochtermaatschappij was echter niet duurzaam. In mijn optiek is deze specifieke antimisbruikbepaling op basis van het objectieve element dan ook overbodig.

Voor het subjectieve criterium dient door de inspecteur aangetoond te worden dat het de wil/het verlangen van de belastingplichtige is om het voordeel van de richtlijn, namelijk het onbelast

---

<sup>94</sup> Tevens mogen lidstaten een korte termijn hanteren.

<sup>95</sup> Hiervoor mogen de lidstaten wel een enige zekerheid voor bedingen.

uitkeren van dividenden of andere winsten, en dat de voorwaarden hiervoor kunstmatig vervuld zijn. Mijns inziens kan het verwerven van een deelneming, het onbelast uitkeren van dividenden of andere winsten en vervolgens het vervreemden van de deelneming in korte tijd duiden op een kunstmatige constructie. Toch kunnen in mijn optiek situaties bestaan waar de deelneming binnen twee jaar na verwerving vervreemd wordt en waarbij misbruik op basis van het subjectieve element van het misbruik-van-recht-concept niet aangetoond kan worden.<sup>96</sup>

De specifieke antimisbruikbepaling kan dus naar mijn mening een aanvullende rol spelen. Door de specifieke antimisbruikbepaling komt immers goed naar voren hoelang de aandelen gehouden moeten worden om in lijn met het doel en de strekking van de richtlijn te handelen. Mijns inziens komt dit de uitvoerbaarheid voor lidstaten en belastingplichtigen ten goede. Het is namelijk heel duidelijk wanneer sprake is van misbruik en hoe dan herstel plaats moet vinden. Voor de belastingautoriteiten is deze specifieke antimisbruikbepaling dan ook goed te controleren. Ook geeft het meer rechtszekerheid voor een belastingplichtige dat indien de aandelen minimaal twee jaar gehouden worden, de voordelen van de richtlijn worden verleend.<sup>97</sup> Het HvJ merkt in r.o. 31 van het Denkavit-I tevens op dat artikel 3 lid 2 expliciet een specificering van artikel 1 lid 2 van de richtlijn.<sup>98</sup>

Tevens bestaat in mijn optiek een discrepantie tussen de bewijslast van de minimumhoudsterperiode en het misbruik-van-recht-concept. De belastingautoriteit die de vrijstelling wil<sup>99</sup> weigeren, moet op grond van rechtsmisbruik aantonen dat aan alle bestanddelen van misbruik voldaan is. Voor de beoordeling of sprake is van formele of kunstmatige transacties met als voornaamste doel een wederrechtelijk voordeel te verkrijgen, dienen ook andere economische of commerciële overwegingen mee te worden genomen. Kortom, de inspecteur dient alle relevante gegevens mee te nemen. Tevens dient de belastingplichtige de mogelijkheid te hebben om tegenbewijs te leveren. Als naar de bewijslast

---

<sup>96</sup> Namelijk in een situatie waarin de aandelen in een deelneming binnen twee jaar na verwerving worden vervreemd op grond van zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Denk bijvoorbeeld aan een heel gunstig overnamebod van een derde of een crisis of andere marktverandering waardoor het gunstiger is om de deelneming weer te vervreemden.

<sup>97</sup> Tenzij natuurlijk op een andere manier sprake is van misbruik.

<sup>98</sup> Zie ook het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 67.

<sup>99</sup> Lidstaten zijn op grond van het Unierechtelijk verbod van misbruik daarnaast ook verplicht om de voordelen van het EU-recht te weigeren indien rechtsmisbruik aangetoond kan worden.

gekeken wordt van de specifieke antimisbruikbepaling, lijkt het enkel achteraf niet voldoen aan de minimumhoudsterperiode voor de inspecteur voldoende om de voordelen van de richtlijn met terugwerkende kracht te weigeren. Hieruit volgt mijns inziens ook dat indien geen sprake is van misbruik volgens het misbruik-van-recht-concept, omdat de transacties de economische realiteit weerspiegelen, toch de voordelen van de richtlijn op basis van artikel 3 lid 2 geweigerd kunnen worden indien de aandelen voor de tweejaarsperiode worden vervreemd. Samenvattend dekt de minimumhoudsterperiode van artikel 3 lid 2 naar mijn mening alle situaties waarin de aandelen in de deelneming binnen twee jaar worden vervreemd en de deelneming dus niet duurzaam gehouden is. Het misbruik-van-recht-concept kan dit niet.

In beginsel ben ik van mening dat een algemene norm zoals het misbruik-van-recht-concept op het gebied van misbruikbestrijding effectiever is. Lidstaten kunnen immers bij het misbruik-van-recht-concept ook nog 'ingrijpen' in situaties waarin de aandelen bijvoorbeeld na twee jaar en 1 dag vervreemd worden. Daarentegen is het niet in lijn met het doel van deze richtlijn om voordelen te verlenen aan niet-duurzame moeder- en dochtermaatschappij relaties. In dat geval is de minimumhoudsterperiode dan ook effectiever dan het misbruik-van-recht-concept. Ook is de minimumhoudsterperiode mijns inziens efficiënter dan het misbruik-van-recht-concept. De verhouding tussen de kosten en de effecten<sup>100</sup> van het gebruik van een minimumhoudsterperiode is mijns inziens immers gunstiger dan bij het gebruik van het misbruik-van-recht-concept. De kosten liggen in mijn optiek namelijk lager en het effect is groter. Zoals aangegeven is, is de specifieke antimisbruikbepaling naar mijn mening voor belastingplichtigen en de overheid uitvoerbaarder dan het misbruik-van-recht-concept. Alles tezamen genomen heeft de specifieke antimisbruikbepaling een aanvullende rol ten aanzien van het misbruik-van-recht-concept. De minimumhoudsterperiode dient in mijn optiek dan ook niet vervallen.

De Commissie Misbruik van Recht werpt naar mijn mening terecht de vraag op of het misbruik-van-recht-concept nog kan worden toegepast indien de aandelen niet binnen twee jaar vervreemd zijn en dus de specifieke antimisbruikbepaling geen toepassing vond.<sup>101</sup> In beginsel is het niet wenselijk als misbruik bestrijding via een open norm nog kan worden toegepast naast

---

<sup>100</sup> Het bestrijden van het verlenen van de voordelen van de richtlijn aan niet-duurzame deelnemingsrelaties.

<sup>101</sup> Rapport van de Commissie van Recht, p. 67.

de specifieke antimisbruikbepaling.<sup>102</sup> Aangezien de minimumhoudsterperiode-bepaling enkel ziet op misbruik middels niet-duurzame moeder-dochterrelaties, kan in mijn optiek ook nog op basis van andere manieren misbruik worden gemaakt van de voordelen van de richtlijn. Een doorstroomvennootschap waarin de aandelen langer dan twee jaar worden gehouden, kan dus niet worden bestreden middels artikel 3 lid 2, maar wel middels het misbruik-van-recht-concept. Indien het misbruik-van-recht-concept echter situaties zou kunnen bestrijden waarin de aandelen vervreemd worden na bijvoorbeeld twee jaar en een paar dagen, druist dit in tegen de rechtsbescherming.<sup>103</sup>

## **2.4.2 Interest- en royaltyrichtlijn**

Richtlijn 2003/49/EG heeft ten doel dat grensoverschrijdende rente- en royaltyuitkeringen niet minder gunstig worden behandeld als soortgelijke binnenlandse transacties.<sup>104</sup> Uit overwegingen 5 en 6 van de Preambule van 2003 blijkt dat de regelingen uitsluitend van toepassing dienen te zijn op o- en royaltybetalingen die zonder een bijzondere verhouding tussen de betaler en de uiteindelijk gerechtigde zijn overeengekomen. Tevens mag de richtlijn lidstaten niet beletten om passende maatregelen te treffen indien sprake is van misbruik van de richtlijn.<sup>105</sup> De Interest- en royaltyrichtlijn kent een algemene antimisbruikbepaling en twee specifieke antimisbruikbepalingen die al sinds de totstandkoming van de richtlijn ongewijzigd zijn gebleven. De algemene antimisbruikbepaling is opgenomen in artikel 5 van de richtlijn. De specifieke antimisbruikbepalingen zijn de opgenomen in artikel 1 lid 1, die een uiteindelijk gerechtigde-eis bevat, en artikel 1 lid 10, waarin een specifieke minimumhoudsterperiode is opgenomen.

### **2.4.2.1 Algemene antimisbruikbepaling**

Uit de algemene antimisbruikbepaling van artikel 5 blijkt dat lidstaten de voordelen van de richtlijn kunnen ontzeggen of weigeren indien de voornaamste of een van de voornaamste beweegredenen van transacties belastingfraude, belastingontwijking of misbruik zijn. In deze antimisbruikbepaling is naar mijn mening dus enkel een element te lezen dat vergelijkbaar is met het subjectieve criterium van het misbruik-van-recht-concept, namelijk dat het (een van de)

---

<sup>102</sup> Zie Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, p. 4. Als voorbeeld geeft Kavelaars artikel 10a en *fraus legis* zoals gewezen in HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638.

<sup>103</sup> Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, p. 4.

<sup>104</sup> Zie overweging 1 van de Preambule van 2003.

<sup>105</sup> Zie overweging 6 van de Preambule van 2003.

hoofddoel(en) moet zijn om een belastingvoordeel te verkrijgen.<sup>106</sup> Alhoewel in de algemene antimisbruikbepaling dus niet expliciet een objectief element is opgenomen, blijkt dit wel uit de verwijzing naar de relevante jurisprudentie. De EC heeft namelijk opgemerkt dat artikel 5 moet worden uitgelegd aan de hand van de relevante jurisprudentie van het HvJ.<sup>107</sup> Hierdoor dienen antimisbruikmaatregelen passend en proportioneel te zijn. Ook dient dus sprake te zijn van een kunstmatige constructie.

Mijns inziens wordt het doel en de strekking van de algemene antimisbruikbepaling gedekt door het misbruik-van-recht-concept. Het strookt immers ook niet met het doel van de richtlijn om financiële constructies, die enkel tot doel hebben om te profiteren van de richtlijn, toe te staan.<sup>108</sup> De bewijslast verschilt mijns inziens ook niet met het misbruik-van-recht-concept. Derhalve dient de inspecteur alle feiten en omstandigheden bij de vaststelling van misbruik mee te nemen en moet sprake zijn van de mogelijkheid tot tegenbewijs voor de belastingplichtige.<sup>109</sup>

In tegenstelling tot de algemene antimisbruikbepaling van de Moeder-dochterrichtlijn is deze antimisbruikbepaling niet dwingend geformuleerd. Toch zijn lidstaten sinds het Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik verplicht om de voordelen van het EU-recht te weigeren indien misbruik aangetoond kan worden. Aangezien tevens nog expliciet geldt dat het misbruik concept voor primair en secundair EU-recht hetzelfde is, kan mijns inziens deze algemene antimisbruikbepaling dan ook vervallen.

Niet anders dan bij de algemene antimisbruikbepaling van de Moeder-dochterrichtlijn acht ik deze algemene antimisbruikbepaling net zo effectief, efficiënt en uitvoerbaar als het misbruik-van-recht-concept. Aangezien de algemene antimisbruikbepaling dus geen specifiek aanvullende rol speelt ten opzichte van het misbruik-van-recht-concept, is deze bepaling naar mijn mening dan ook overbodig.

---

<sup>106</sup> Zie ook specifiek Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, p. 6. Kavelaars noemt het element een motiefvereiste.

<sup>107</sup> COM(2009) 179 definitief, p. 9.

<sup>108</sup> Zoals algemeen gewezen in r.o. 107 van het Danmark-arrest.

<sup>109</sup> Ook dit volgt uit de vaste jurisprudentie omtrent antimisbruikbepalingen.

### 2.4.2.2 Uiteindelijk gerechtigde

Door de uiteindelijk gerechtigde-eis mogen de voordelen van de Interest- en royaltyrichtlijn alleen worden verleend indien de ontvanger ook daadwerkelijk de uiteindelijk gerechtigde is.<sup>110</sup> Op grond van artikel 1 lid 4, maar ook r.o. 88 van het Danmark-arrest, blijkt dat het begrip “uiteindelijk gerechtigde” ziet op een entiteit die daadwerkelijk het genot heeft van de aan haar uitgekeerde rente of royalty en dit tevens ten eigen gunste ontvangt.

De uiteindelijk gerechtigde-eis beoogt te voorkomen dat door het tussenschuiven van een kunstmatige constructie ten onrechte voordelen van de richtlijn worden verleend.<sup>111</sup> In het Danmark-arrest<sup>112</sup> heeft het HvJ beargumenteerd dat voor de uitleg van het begrip “uiteindelijk gerechtigde” aansluiting dient te worden gezocht bij artikel 11 van het OESO-MV en het daarbij behorende commentaar. Hieruit blijkt ook dat doorstroomvennootschappen dus niet onder het begrip “uiteindelijk gerechtigde” vallen.

Mijns inziens valt het doel van de uiteindelijk gerechtigde-eis samen met doel van het misbruik-van-recht-concept. Beide beogen zij namelijk om kunstmatige constructies, waardoor ten onrechte voordelen ten aanzien van het EU-recht kunnen worden behaald,<sup>113</sup> te bestrijden. Ondanks dat de criteria van het misbruik-van-recht-concept niet te lezen zijn in de uiteindelijk gerechtigde-eis, is het interessant om het toch te bekijken. Op basis van het objectieve criterium kan naar de letter wel voldaan zijn aan de voorwaarden voor de toepassing van de richtlijn<sup>114</sup>, maar ligt het ook niet in lijn met het doel en strekking van de richtlijn om voordelen te verlenen aan entiteiten die de rente- dan wel royaltybetalingen niet eens ten eigen gunste ontvangen hebben. Voor het subjectieve criterium dient door de inspecteur aangetoond te worden dat het de wil/het verlangen van de belastingplichtige is om het voordeel van de richtlijn, namelijk het onbelast uitkeren van rente dan wel royalty's en dat de voorwaarden hiervoor kunstmatig vervuld zijn. Als de criteria van het misbruik-van-recht-concept vergeleken worden met het de uiteindelijk gerechtigde-eis, wordt aan het criterium van gekunsteldheid voldaan indien aangetoond kan worden dat sprake is van een doorstroomentiteit in de structuur.<sup>115</sup> Hiermee

---

<sup>110</sup> Zie overweging 5 van de Preambule van 2003.

<sup>111</sup> COM(2009) 179 definitief, p. 4 en het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 68.

<sup>112</sup> Zie hiervoor r.o. 90 & 91 van het Danmark-arrest.

<sup>113</sup> OM(2009) 179 definitief, p. 4 en het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 68.

<sup>114</sup> Onder andere de voorwaarden van artikel 3 van de richtlijn.

<sup>115</sup> Zie hiervoor r.o. 127 van het Danmark-arrest.



wordt ook het subjectieve element al snel bewezen geacht. Hieruit volgt dan ook dat de uiteindelijk gerechtigde-eis sinds de toepassing van het Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik in de directe belastingen naar mijn mening dan ook overbodig geworden is. Kortom, indien sprake is van een doorstroomvennootschap en dus geen entiteit die daadwerkelijk het genot heeft van de aan haar uitgekeerde rentes of royalty's en dit dus ook niet ten eigen gunste ontvangt, kan dit dus ook bestreden worden met het misbruik-van-recht-concept. Sterker nog lidstaten zijn dit door het Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik verplicht. De uiteindelijk gerechtigde-eis en het misbruik-van-recht-concept zijn naar mijn mening dus net zo effectief.

Als naar de bewijslast gekeken wordt, blijkt uit artikel 1 lid 11 dat de bronstaat van de ontvangende vennootschap (mogelijk een doorstroomvennootschap) mag eisen dat zij aantoonde uiteindelijk gerechtigde tot rentes of royalty's te zijn. Indien dit niet wordt aangetoond, mag de lidstaat de voordelen van de richtlijn weigeren. Als een belastingautoriteit het voornemen heeft om de voordelen van de richtlijn te weigeren op grond van rechtsmisbruik, dient aangetoond te worden dat voldaan is aan alle de bestanddelen van misbruik. Hiervoor moet de belastingautoriteit alle relevante gegevens in aanmerking nemen en dan met name het feit dat de onderneming waaraan de rentes of royalty's zijn uitgekeerd niet de uiteindelijk gerechtigde tot deze uitkeringen is.<sup>116</sup> De belastingautoriteiten zijn niet verplicht om de uiteindelijke gerechtigde dan wel aan te wijzen.<sup>117</sup> Het vertrekpunt van de bewijslast ligt bij het misbruik-van-recht-concept in tegenstelling tot artikel 1 lid 11 in mijn optiek dus precies andersom. Toch ben ik van mening dat de uitwerking hetzelfde moet zijn én indien sprake is van misbruik, zijn lidstaten toch verplicht om de voordelen van het EU-recht te weigeren. Aangezien ook artikel 1 specifiek tot doel heeft kunstmatige tussengeschoven vennootschappen te bestrijden, kan mijns inziens eigenlijk ook geen sprake meer zijn van een kunstmatige constructie indien de ontvanger heeft aangetoond de uiteindelijk gerechtigde te zijn. Andersom geldt dit in mijn optiek ook. Als sprake is van een kunstmatige constructie kan de ontvangende vennootschap niet aantonen wel de uiteindelijk gerechtigde te zijn.<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> Het HvJ heeft dit specifiek zo gewezen in r.o. 142 van het Danmark-arrest.

<sup>117</sup> Zie specifiek r.o. 143 van het Danmark-arrest.

<sup>118</sup> COM(2009) 179 definitief, p. 9 en het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 68.

Als gekeken wordt naar de efficiëntie, ben ik van mening dat het de uiteindelijk gerechtigde-eis in vergelijking met het misbruik-van-recht-concept efficiënter is. De kosten om misbruik middels het tussenschuiven van kunstmatige constructies te bestrijding liggen bij het gebruik van het misbruik-van-recht-concept hoger door het algemene karakter, terwijl het effect mijns inziens hetzelfde is. Voor zowel de overheid als de belastingplichtige verandert de uitvoerbaarheid ook, aangezien de overheid bij het aantonen van misbruik volgens het misbruik-van-recht-concept als eerst aan zet is en een algemene norm toch minder duidelijk is. Toch ben ik van mening dat het bestaan van een specifieke antimisbruikbepaling terwijl een algemene antimisbruikbepaling hetzelfde effect heeft, onwenselijk is. Gezien bovenstaande ben ik van mening dat de uiteindelijk gerechtigde-eis kan vervallen, omdat deze casussen exact gedekt worden door het misbruik-van-recht-concept. Hierbij prefereer ik dus een algemene norm boven een specifieke antimisbruikbepaling.

#### **2.4.2.3 Minimumhoudsterperiode**

Naast de Moeder-dochterrichtlijn kent ook de Interest- en royaltyrichtlijn de optionele bepaling voor lidstaten om de richtlijn niet toe te passen indien ondernemingen niet langer dan twee jaar ononderbroken met elkaar verboden zijn zoals opgenomen in artikel 3 onderdeel b van de richtlijn. Het doel van deze bepaling in de Interest- en royaltyrichtlijn komt overeen met het doel van dezelfde bepaling in de Moeder-dochterrichtlijn, namelijk het voorkomen van misbruik van de voordelen van de richtlijn door het houden van tijdelijke deelnemingen.<sup>119</sup>

Aangezien op de vraag of deze specifieke antimisbruikbepaling in de Interest- en royaltyrichtlijn dezelfde analyse en uitkomst op van toepassing is als bij de minimumhoudsterperiode in de Moeder-dochterrichtlijn, verwijs ik naar de analyse van de minimumhoudsterperiode in de Moeder-dochterrichtlijn. Op basis van die analyse dient mijns inziens de minimumhoudsterperiode in de Interest- en royaltyrichtlijn dan ook niet te vervallen.

#### **2.4.3 Fusierichtlijn**

Richtlijn 2009/133/EG is de codificatie van Richtlijn 90/434/EEG.<sup>120</sup> Uit overweging 2 van de Preambule van 2009 blijkt dat het doel van de Fusierichtlijn is dat ook grensoverschrijdende reorganisaties zonder belemmeringen plaats moeten kunnen vinden. Dit is namelijk cruciaal

---

<sup>119</sup> COM(2009) 179 definitief, p. 5.

<sup>120</sup> Zie overweging 1 van de Preambule van 2009.

voor de goede werking van de interne markt. Uit overweging 3 van de Preambule van 2009 blijkt namelijk dat voor de Fusierichtlijn over het algemeen enkel binnenlandse reorganisaties fiscaal gefaciliteerd werden. Door de Fusierichtlijn moeten grensoverschrijdende fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa of aandelenruil zonder het heffen van belasting plaats kunnen vinden.<sup>121</sup> In artikel 15 van de richtlijn is een algemene antimisbruikbepaling opgenomen. Uit de Preambule van 2009 volgt immers dat lidstaten de voordelen van de richtlijn moeten kunnen weigeren indien grensoverschrijdende reorganisaties belastingontwijking tot doel hebben. Bij de totstandkoming van de oorspronkelijke richtlijn en codificatie en wijziging van de huidige richtlijn is verder niet veel stilgestaan bij misbruik van de Fusierichtlijn.

#### **2.4.3.1 Algemene antimisbruikbepaling**

Op grond van artikel 15 lid 1 onderdeel a van de richtlijn kunnen de lidstaten de voordelen van de richtlijn (gedeeltelijk) weigeren als de rechtshandeling:

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

Opvallend is dat de antimisbruikbepaling tekstueel is toegespitst op de Fusierichtlijn zelf.<sup>122</sup> Boulogne<sup>123</sup> heeft uitgebreid onderzoek gedaan naar de Fusierichtlijn en concludeert dat deze algemene antimisbruikbepaling een subjectief en objectief element kent. Het subjectieve element ziet op belastingontwijking of -fraude als het hoofddoel of een van de hoofdoelen van een rechtshandeling.<sup>124</sup> Volgens hem is de formulering van het subjectieve element van de algemene antimisbruikbepaling in de Fusierichtlijn breder dan in de gewezen rechtspraak.<sup>125</sup> Mijns inziens is dit niet het geval. Ook in de rechtspraak is het subjectieve element uiteindelijk

---

<sup>121</sup> Zie overweging 5 van de Preambule van 2009.

<sup>122</sup> Zie ook Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, p. 6.

<sup>123</sup> Boulogne 2016, p. 267.

<sup>124</sup> Boulogne 2016, p. 267.

<sup>125</sup> Boulogne verwijst specifiek naar de zaken Cadbury Schweppes (de wil), Emsland-Stärke (de bedoeling) en Halifax (wezenlijk doel).

ingevuld als wezenlijk doel, en dus niet het enige doel<sup>126</sup> en komt dit naar mijn mening overeen met het hoofddoel of een van de hoofddoelen. Ook leest hij in ‘*niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen*’ het objectieve criterium.<sup>127</sup> Daarnaast is opvallend dat in de algemene antimisbruikbepaling niet gesproken wordt over een kunstmatige constructie. Boulogne stelt daarentegen dat ook indien sprake is van een kunstmatige constructie de voordelen van de richtlijn niet geweigerd mogen worden, omdat het doel van de fusierichtlijn daar te ruim voor is opgezet.<sup>128</sup> Ten aanzien van deze analyse, lijkt de algemene antimisbruikbepaling in beginsel dus beperkter dan het misbruik-van-recht-concept.

Ondanks dat in de totstandkoming en wijzigingen van de Fusierichtlijn niet veel gesproken is over misbruik van de richtlijn, heeft het HvJ zich wel verschillende malen gebogen over vraagstukken omtrent de algemene antimisbruikbepaling. In het arrest Leur-Bloem, HvJ 17 juli 1997, ECLI:EU:C:1997:369, heeft het HvJ bepaald dat de nationale rechter voor de beoordeling of een rechtshandeling als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingontwijking heeft, de rechtshandeling in haar geheel onderzocht moet worden. Mijns inziens volgt hieruit dat alle feiten en omstandigheden moeten worden meegenomen. Het voldoen aan algemene criteria kan een belastingplichtige niet automatisch de voordelen van de richtlijn doen weigeren. Wel heeft het HvJ in r.o. 42 aanwijzingen gegeven voor de beoordeling of sprake van belastingontwijking.<sup>129</sup>

In het arrest Kofoed, HvJ 5 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:408, heeft het HvJ in r.o. 38 geoordeeld dat de algemene antimisbruikbepaling het algemene Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik en daarmee dus het misbruik-van-recht-concept weerspiegelt. Het HvJ verwijst hierbij ook onder andere specifiek naar de arresten Centros en Halifax. Mijns inziens vormt deze beargumentering van het HvJ de sleutel voor de beoordeling of deze algemene antimisbruikbepaling sinds de toepassing van het misbruik-van-recht-concept in de directe belasting overbodig is geworden. Mijns inziens is dit op basis van deze rechtsoverweging het geval en kan deze algemene antimisbruikbepaling daarom ook vervallen. In punt 67 van de

---

<sup>126</sup> Blokland, *NtEr 2018 - nr. 3/4*, p. 82.

<sup>127</sup> Boulogne 2016, p. 267.

<sup>128</sup> Boulogne 2016, p. 279.

<sup>129</sup> Specifiek namelijk of de overnemende houdster een onderneming drijft; voor en na herstructurering sprake is van eenzelfde uiteindelijke aandeelhouder; uitsluitend sprake is van een juridische herstructurering omdat reeds voor de fusie sprake was van een eenheid in financieel en economisch opzicht en de fusie plaatsvindt voor een beperkte periode.

conclusie bij de zaak Kofoed<sup>130</sup> stelt A-G Kokott dat een rechtstreeks beroep op het algemene Unierechtelijke verbod van misbruik ongeoorloofd is als in de richtlijn ook een algemene antimisbruikbepaling opgenomen is. Volgens de A-G is het misbruik-van-recht-concept namelijk gespecificeerd en de geconcretiseerd in de richtlijn. Uit het arrest Euro Park Service, dat specifiek zag op artikel 15 van de Fusierichtlijn, blijkt immers dat één Unierechtelijk misbruik concept bestaat voor zowel secundair als primair EU-recht. Ik ben dan ook van mening dat deze algemene antimisbruikbepaling geen specifieke aanvulling op het misbruik-van-recht-concept is. De bewijslast omtrent misbruik kan gezien bovenstaande hierbij ook geen verschil opleveren. Kortom, beide zijn in mijn optiek even effectief. Ook Pancham<sup>131</sup>, Douma<sup>132</sup> en Wattel<sup>133</sup> zijn van mening dat de algemene antimisbruikbepaling niet noodzakelijk meer is voor misbruikbestrijding. Zij zien deze algemene antimisbruikbepaling als een (gedeeltelijke) codificatie van het misbruik-van-recht-concept van het HvJ. Douma<sup>134</sup> is echter van mening dat de lidstaten wel een nationaalrechtelijke basis moeten hebben om misbruik te bestrijden. Mijns inziens volgt uit het algemene Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik dat dit niet noodzakelijk is.

Het HvJ heeft na het arrest Kofoed in het arrest Zwijnenburg, HvJ 20 mei 2010, ECLI:EU:C:2010:282, gewezen dat de algemene antimisbruikbepaling in de richtlijn eng moet worden uitgelegd. Hierdoor mogen de voordelen van de richtlijn niet geweigerd worden indien een andere belasting, zoals in de casus de overdrachtsbelasting, ontweken wordt. Mijns inziens gaat deze strikte argumentatie sinds de toepassing van het misbruik-van-recht-concept in de directe belasting echter niet meer op. Indien bijvoorbeeld dividendbelasting wordt ontweken middels een grensoverschrijdende reorganisatie, is het misbruik-van-recht-concept van toepassing en moeten de lidstaten de voordelen van het EU-recht weigeren. Hierdoor mogen ook de voordelen van de Fusierichtlijn dus niet alsnog verleend worden.

Ondanks dat de algemene antimisbruikbepaling in beginsel beperkter is dan het misbruik-van-recht-concept, concludeer ik op basis van het arrest Kofoed dat de algemene antimisbruikbepaling in relatie tot het misbruik-van-recht-concept geen aanvullende functie

---

<sup>130</sup> Conclusie van A-G Kokott – Zaak C-321/05, punt 67.

<sup>131</sup> Pancham, *Cursus Belastingrecht - EBR.8.2.8*, p. 2.

<sup>132</sup> Douma, *TFO 2013/125.4*, p. 5 & het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 65.

<sup>133</sup> Wattel, Marres & Vermeulen 2012, paragraaf 10.13.7.

<sup>134</sup> Douma, *TFO 2013/125.4*, p. 5 & het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 65.

vervult. Aangezien zowel artikel 15 als het misbruik-van-recht-concept generiek van aard zijn, bestaat naar mijn mening geen verschil in effectiviteit, efficiëntie en uitvoerbaarheid.<sup>135</sup> De algemene antimisbruikbepaling kan dan ook vervallen.

## **2.5 Antimisbruikbepalingen ATAD I en ATAD II**

De ATAD, ook wel Anti-ontgaansrichtlijn genoemd, is een nieuwe richtlijn die belastingontwijking moet bestrijden. De richtlijn borduurt onder andere voort op het BEPS-project van de OESO en op het actieplan van de EC voor een eerlijke en doeltreffende vennootschapsbelasting.<sup>136</sup> De Anti-ontgaansrichtlijnen is opgesteld in 2016 en in 2017 gewijzigd ten aanzien van hybride mismatches met derde landen. Uit de Preambule van 2016 blijkt dat de Anti-ontgaansrichtlijn ten doel heeft de interne markt beter te wapenen tegen grensoverschrijdende belastingontwijking. Deze richtlijn dient te zorgen voor een gemeenschappelijke aanpak van het probleem via een gemiddeld en minimum niveau voor het tegengaan van agressieve tax planningen.<sup>137</sup> De richtlijn kent vier specifieke regelingen, namelijk ten aanzien van aftrekbaarheid van rente, exitheffingen, CFC's en hybride mismatches. Zoals Kavelaars<sup>138</sup> opmerkt is een deel van deze regelingen erop gericht om de voorwaarden van fiscale regelgeving aan te scherpen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de renteaftrekbeperking. De CFC-regeling kan volgens Kavelaars daarentegen wel aangemerkt worden als specifieke anti-ontwijkingsregel.<sup>139</sup> Mijns inziens is ook de exitheffing een specifieke antimisbruikbepaling. Ook kent de ATAD een algemene antimisbruikbepaling, namelijk de GAAR.

### **2.5.1 Specifieke regelingen**

Het misbruik-van-recht-concept, waardoor de voordelen van het EU-recht geweigerd moeten worden indien sprake is van misbruik, biedt mijns inzien geen soelaas voor de specifieke regelingen van de Anti-ontgaansrichtlijn. ATAD is namelijk een compleet andere richtlijn dan de Moeder-dochter-, Rente en royalty-, en Fusierichtlijn en biedt geen voordelen. Tevens is de toepassing van de artikelen uit de Anti-ontgaansrichtlijnen niet beperkt tot EU-situaties, maar

---

<sup>135</sup> Zie hierbij voor meer uitleg de analyse bij de algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn.

<sup>136</sup> *PbEU* C 264/93 van 20 juli 2016, p. 93.

<sup>137</sup> Zie specifiek overweging 16 van de Preambule van 2016.

<sup>138</sup> Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, p. 4.

<sup>139</sup> Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, p. 4.

gelden zij ook ten aanzien van derde landen en binnenlandse situaties.<sup>140</sup> De richtlijn voorziet louter in maatregelen die misbruik moeten voorkomen. Het feit dat bijvoorbeeld veelvuldig rentekosten in lidstaten (relatief hoog belastende landen) van de winst worden afgetrokken en de ATAD zorgt voor een maximum van aftrekbare rente, kan deze (aanscherpende) fiscale regeling niet vervangen worden door het misbruik-van-recht-concept. De belastingontwijking middels excessieve renteaftrek vloeit namelijk niet voort uit een voordeel van het EU-recht dat ten alle tijden geweigerd moet worden indien sprake is van misbruik. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld ook bij de maatregel die voorziet in exitheffingen.

Dit kan anders zijn bij hybride financieringen die tevens bestreden worden door de Moeder-dochterrichtlijn. Sterker nog indien sprake is van een EU-situatie gaat de bestrijding ten aanzien van hybride mismatches van de Moeder-dochterrichtlijn voor op de Anti-ontgaansrichtlijn. Uit mijn analyse bij hybride financiering in de Moeder-dochterrichtlijn blijkt dat deze bepaling niet kan vervallen zelfs nu het misbruik-van-recht-concept van toepassing is in de directe belastingen.

Alles tezamen genomen ben ik van mening dat de specifieke antimisbruikbepalingen en aanscherping van reeds bestaande fiscale regelgeving in geen geval vervangen kunnen worden door het misbruik-van-recht-concept. De regelingen uit de Anti-ontgaansrichtlijn zijn in tegenstelling tot het misbruik-van-recht-concept immers wel effectief.<sup>141</sup> Als een misbruikmaatregel niet effectief is, kan het eigenlijk ook niet efficiënt zijn. De kosten om het misbruik aan te tonen via het misbruik-van-recht-concept zijn sowieso al hoger door de generieke norm. Kortom, de kosten om misbruik aan te tonen zijn bij het misbruik-van-recht-concept hoog en het effect is nihil. De regelingen van de ATAD zijn daarentegen wel efficiënt. De kosten om de ongewenste situaties tegen te gaan zijn laag en de effecten hoog. Ook is het naar mijn mening voor belastingplichtigen duidelijk en overzichtelijk wanneer de regelingen van toepassing zijn. Tevens hoeven belastingautoriteiten misbruik niet aan te tonen en kunnen misbruikconstructies goed gecontroleerd worden. Kortom, de specifieke regelingen van de ATAD zijn in mijn optiek ook goed uitvoerbaar.

---

<sup>140</sup> Zie ook overweging 11 van de Preambule van 2016.

<sup>141</sup> Dit komt dus omdat de maatregelen op specifieke gebieden echt een bepaald doel hebben die dus niet bereikt kan worden middels de toepassing van het misbruik-van-recht-concept.

### 2.5.2 Algemene antimisbruikbepaling

Zoals reeds aangegeven is, kent de ATAD een algemene antimisbruikbepaling. Het is interessant om te bekijken hoe de algemene antimisbruikbepaling (GAAR)<sup>142</sup> van artikel 6 van de ATAD<sup>143</sup> zich verhoudt tot het misbruik-van-recht-concept. Ondanks dat de algemene antimisbruikbepalingen in de Moeder-dochter-, Rente en royalty- en Fusierichtlijn qua bewoording veelal uiteenlopen, komt de algemene antimisbruikbepaling van de ATAD inhoudelijk overeen met die van de Moeder-dochterrichtlijn.<sup>144</sup> Aangezien uit mijn analyse blijkt dat de elementen die in de algemene antimisbruikbepaling van de Moeder-dochterrichtlijn worden genoemd, overeen komen met de elementen van het misbruik-van-recht-concept, komt het misbruik-van-recht-concept dus ook overeen met de GAAR van de ATAD.

De gevolgen indien misbruik is vastgesteld, verschillen mijns inziens ook niet. Als misbruik op basis van het misbruik-van-recht-concept aangetoond kan worden, is de wegdenkgedachte van toepassing. Hetzelfde volgt uit artikel 6 lid 3 van de Anti-ontgaansrichtlijnen. In situaties waar een lidstaat misbruik van EU-recht wil (en moet) tegen gaan, is door de toepassing van het misbruik-van-recht-concept implementatie van een GAAR niet noodzakelijk. Daarentegen ziet de ATAD en dus ook deze algemene antimisbruikbepaling ook op situaties met derde landen of louter binnenlandse situaties.<sup>145</sup> Aangezien misbruik in die situaties niet kan worden tegen gegaan op basis van het algemene Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik, kan artikel 6 ondanks dat de criteria van misbruik overeenkomen dan ook niet vervallen.

### 2.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is de deelvraag: “In hoeverre zijn de antimisbruikbepalingen in richtlijnen door het misbruik-van-recht-concept van het HvJ overbodig geworden?” beantwoord. Sinds de Danmark-arresten is dit concept van toepassing in de directe belastingen. Het bestrijden van misbruik werd door het HvJ tot de Danmark-arresten in de directe belastingen enkel gebruikt als rechtvaardigingsgrond voor een nationale antimisbruikbepaling. Het arrest Cadbury Schweppes kan hierbij worden gezien als kern-arrest. In tegenstelling tot de directe belastingen is het misbruik-van-recht-concept in de indirecte belastingen al jaren van toepassing en ook verder ontwikkeld.

---

<sup>142</sup> Zie hiervoor ook specifiek Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, p. 6.

<sup>143</sup> Zie voor een uitgebreide analyse van artikel 6 Weber, *FEB 2016/110*.

<sup>144</sup> Zie ook Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, p. 6.

<sup>145</sup> Overweging 11 van de Preambule van 2016.



Om misbruik te bestrijden middels een beroep op het misbruik-van-recht-concept moet de inspecteur alle bestanddelen van misbruik aan kunnen tonen en hierbij alle relevante informatie meenemen. Uit de jurisprudentie van het HvJ heb ik drie criteria, ook wel elementen genoemd, gedestilleerd die hierbij van belang zijn, namelijk het objectieve element, het subjectieve element en eigenlijk als losse aanvulling op het subjectieve element moet sprake zijn van een kunstmatige constructie. Het is hierbij van belang dat gekeken wordt naar de economische realiteit. Opvallend is dat het woord ‘volstrekt’, zoals wel nog geweest is in het Cadbury Schweppes arrest, niet wordt gebruikt en dit wekt de indruk dat sneller voldaan zal zijn aan een kunstmatige constructie. Als de inspecteur alle bestanddelen van misbruik aangetoond heeft, moet de belastingplichtige wel de mogelijkheid krijgen om tegenbewijs te leveren.

Doordat het algemene Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik nu dus ook van toepassing is in de directe belastingen, moet de inspecteur de voordelen van het Unierecht weigeren (de toegang tot het EU-recht wordt dus geweigerd). Geconcludeerd is dat sprake is van EU-rechtelijke voordelen indien een nationale of een verdragsrechtelijke bepaling (al dan niet eerder) tot stand is gekomen op basis van een EU-rechtelijke verplichting of anders gezegd indien deze bepaling dus ziet op specifieke materie waarvoor ook een EU-rechtelijke regeling bestaat. Uit het algemene Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik volgt dat het niet noodzakelijk is dat de nationale wet of de verdragen voorzien in zo een antimisbruikbepaling. Uit het arrest Euro Park Service blijkt tevens nog dat één Unierechtelijk misbruik concept bestaat.

Als dit concept wordt vergeleken met de algemene en specifieke antimisbruikbepalingen van de Moeder-dochter-, Interest- en royalty- en Fusierichtlijn onderzocht blijkt uit bovenstaande analyse dat de algemene antimisbruikbepalingen kunnen vervallen. Zij vervullen geen speciale rol naast het misbruik-van-recht-concept en zijn dus overbodig geworden. Het is dus effectiever en efficiënter om enkel het misbruik-van-recht-concept te gebruiken indien sprake is van misbruik. Voor de uitvoerbaarheid voor belastingplichtige en belastingautoriteiten maakt het vervallen van de algemene antimisbruikbepalingen ook geen verschil. Ook de uiteindelijk gerechtigde-eis uit de Interest- en royaltyrichtlijn kan naar mijn mening vervallen. De minimumhoudsterperiode van zowel de Moeder-dochter-, als de Interest- en royaltyrichtlijn zijn mijns inziens niet overbodig en vervullen dan ook aanvullende rol ten opzichte van het misbruik-van-recht-concept. De bepaling voor hybride financiering is mijns inziens ook niet

overbodig, aangezien het bereik van deze bepaling breder is dan enkel de situaties van misbruik. Deze bepaling is dus effectiever, efficiënter en uitvoerbaarder dan het misbruik-van-recht-concept.

Ook is gekeken naar de bepalingen van de Anti-ontgaansrichtlijnen. ATAD bevat een algemene antimisbruikbepaling, aanscherpingen van de voorwaarden van reeds bestaande fiscale regelgeving en specifieke antimisbruikbepalingen. De Anti-ontgaansrichtlijnen zijn ook van toepassing ten aanzien van derde landen en binnenlandse situaties en geeft zelf eigenlijk geen ‘voordelen van het EU-recht’. De regelingen van de Anti-ontgaansrichtlijnen zijn mijns inziens niet overbodig geworden sinds de toepassing van het misbruik-van-recht-concept. Samengevat zijn deze regelingen uit de ontgaansrichtlijn mijns inziens dus effectiever, efficiënter en uitvoerbaarder voor de situaties waarop de Anti-ontgaansrichtlijnen zien. Het misbruik-van-recht-concept kan hierin geen rol spelen. De criteria van het misbruik-van-recht-concept komen wel overeen met artikel 6 (GAAR). Ik zie enkel een rol weggelegd voor het misbruik-van-recht-concept in plaats van de algemene antimisbruikbepaling van artikel 6 indien een lidstaat misbruik van EU-recht wil (en moet) tegen gaan. Alles tezamen genomen kan de eerste deelvraag als volgt beantwoord worden:

<b>Richtlijn</b>	<b>Bepaling</b>	<b>Artikel</b>	<b>Overbodig</b>
<b>Moeder-dochterrichtlijn</b>	Algemene antimisbruikbepaling	1 lid 2 & 3	Ja
	Hybride Financiering	4 lid 1 (a)	Nee
	Minimumhoudsterperiode	3 lid 2 (b)	Nee
<b>Interest- en royaltyrichtlijn</b>	Algemene antimisbruikbepaling	5	Ja
	Uiteindelijk gerechtigde	1 lid 1	Ja
	Minimumhoudsterperiode	1 lid 10	Nee
<b>Fusierichtlijn</b>	Algemene antimisbruikbepaling	15	Ja
<b>Anti-ontgaansrichtlijnen</b>	Renteaftrekbeperking	4	Nee
	Exitheffingen	5	Nee
	CFC-regeling	7 & 8	Nee
	Hybride mismatches	9	Nee
	Algemene antimisbruikbepaling	6	Nee <sup>146</sup>

<sup>146</sup> Tenzij sprake is van misbruik van een voordeel van het EU-recht.

### 3. Nationale antimisbruikmaatregelen

#### 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt geanalyseerd hoe het misbruik-van-recht-concept van het HvJ zich verhoudt tot de nationale antimisbruikmaatregelen. In Nederland speelt meer algemeen het door de HR ontwikkelde leerstuk van *fraus legis* een belangrijke rol bij belastingontwijking. Aangezien *fraus legis* gezien kan worden als laatste redmiddel<sup>147</sup>, worden allereerst de gewone rechtsvindingsmethoden behandeld. Vervolgens worden na het leerstuk van *fraus legis* de specifieke antimisbruikbepalingen zoals artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet VpB 1969 vergeleken met misbruik-van-recht-concept van het HvJ. Zijdelings wordt het leerstuk van *fraus legis* ook nog vergeleken met de specifieke antimisbruikbepalingen. In dit hoofdstuk wordt de deelvraag: “In hoeverre zijn de nationaalrechtelijke leer omtrent misbruik en de nationale specifieke antimisbruikbepalingen door het misbruik-van-recht-concept van het HvJ overbodig geworden?” behandeld.

#### 3.2 Rechtsvinding

Om in concrete gevallen recht te spreken, heeft de rechter verschillende rechtsvindingsmethoden tot haar beschikking. Al op 27 februari 1935 heeft de HR in het arrest B. nr. 5801 gewezen dat de in het algemene recht ontwikkelde rechtsvindingsmethoden ook van toepassing zijn op het fiscale recht. De Werd<sup>148</sup> omschrijft rechtsvinding als: “*het geheel van werkzaamheden dat bestaat uit het opsporen van de feiten, het opsporen van de rechtsnormen en de waardering van die feiten in het licht van die normen.*” In deze definitie zijn drie fases te lezen, namelijk de feitenfase (minor), de rechtsnormfase (maior) en waarderingsfase (conclusie).<sup>149</sup> De rechtsvindingsmethoden kunnen onderscheiden worden in interpretatiemethoden en andere methoden, namelijk schijnhandelingen en *fraus legis*. Met schijnhandelingen dient de rechter al rekening te houden in de feitenfase.<sup>150</sup> Dit zijn rechtshandelingen waarbij de schijn wordt gewekt dat zij overeengekomen zijn, maar dit is niet het geval (absoluut) of wordt civielrechtelijk iets anders overeengekomen dan in de werkelijkheid het geval is (relatief).<sup>151</sup> Aangezien deze vorm van rechtsvinding nog enkel in de

---

<sup>147</sup> Vries, de, *WFR 2010/114*, p. 1.

<sup>148</sup> Werd, de, *Cursus Belastingrecht - FBR.7.1.0*.

<sup>149</sup> Werd, de, *Cursus Belastingrecht - FBR.7.1.0*.

<sup>150</sup> Werd, de, *Cursus Belastingrecht - FBR.7.2*.

<sup>151</sup> Zie IJzerman 1991, p. 77 & Werd, de, *Cursus Belastingrecht - FBR.7.2*.

feitenfase plaatsvindt, wordt het recht toegepast aan de hand van de werkelijke rechtshandeling<sup>152, 153</sup>.

Indien de rechtsfeiten door de rechter zijn vastgesteld, dient een betekenis en uitleg gegeven te worden aan de letterlijke wettekst in die concrete gevallen.<sup>154</sup> Dit gebeurt aan de hand van interpretatiemethoden. De meest voorkomende interpretatiemethoden<sup>155</sup> zoals ontwikkeld in de jurisprudentie zijn:

- **Grammaticale (taalkundige) interpretatie;** middels deze interpretatiemethode wordt aansluiting gezocht bij de woorden, ook wel de letter, van de wet. Dit gebeurt dan via een beroep op het gewone maatschappelijke of juridisch-technische taalgebruik.
- **Wetshistorische interpretatie;** bij wetshistorische interpretatie wordt gekeken naar de bedoeling van de wetgever op het moment van totstandkoming van de regeling. Dit gebeurt meestal aan de hand van parlementaire stukken.
- **Teleologische interpretatie;** middels teleologische interpretatie wordt gekeken naar het doel en de strekking of de ratio van een regeling. Hierbij wordt gekeken naar het doel of belang van die regeling op dat moment. Dit is dus breder dan bij wetshistorische interpretatie.
- **Wetssystematische interpretatie;** middels deze interpretatiemethode wordt gekeken naar de plaats in het grote geheel die de regeling inneemt. Kortom, bij voor interpretatiemethode wordt gekeken naar het hele stelsel of systeem.

Ook bestaan de interpretatiemethoden van rechtshistorische interpretatie, rechtsvergelijkende interpretatie, anticiperende interpretatie, interpretatie op basis van een rechtsbeginsel en interpretatie op basis van precedenten.<sup>156</sup> Tevens kan een regeling EU-conform geïnterpreteerd worden. Indien EU-richtlijnen zijn geïmplementeerd in de nationale wet en nationale interpretatie van deze regeling leidt tot strijdigheid met het EU-recht, dient de nationale interpretatie achtergesteld te worden ten opzichte van de EU-conforme interpretatie.<sup>157</sup> Middels

---

<sup>152</sup> Of in geval van absolute schijn zonder die rechtshandeling.

<sup>153</sup> Bruijsten 2016, paragraaf 5.2.4. .

<sup>154</sup> Kloosterhuis 2016, p. 204.

<sup>155</sup> Werd, de, *Cursus Belastingrecht - FBR. 7.2.*

<sup>156</sup> Aangezien deze interpretatiemethoden minder vaak gebruikt worden, verwijs ik hiervoor naar Kloosterhuis 2016, p. 204 t/m 2012.

<sup>157</sup> Marchal, *NDFR - commentaar bij 'Fiscale rechtsvinding'*, p. 31 en Rapport van de Commissie Misbruik van recht, p. 78.

EU-conforme interpretatie moet de nationale rechter regelingen conform de bewoordingen en het doel van de desbetreffende richtlijn uitleggen.<sup>158</sup>

Volgens De Werd kan noch uit de wet, noch uit de rechtspraak een rangorde voor de interpretatiemethoden worden vastgesteld.<sup>159</sup> Toch blijkt de rechter meestal eerst de grammaticale interpretatiemethode toe te passen waarna indien noodzakelijk de wetshistorische interpretatiemethode volgt.<sup>160</sup> Hierna worden meestal pas de andere interpretatiemethoden gebruikt. Ook beschrijven verscheidene auteurs hun wenselijke rangorde van interpretatiemethoden. Onder andere Lubbers<sup>161</sup> en Geppart<sup>162</sup> zijn van mening dat inderdaad grammaticale interpretatie en wetshistorische interpretatie altijd als eerst toegepast moeten worden.

### 3.3 Fraus legis

Algemeen speelt fraus legis in Nederland een belangrijke rol bij bestrijding van belastingontwijking. Een ander rechtsmiddel om belastingontwijking te bestrijden, die in tegenstelling tot fraus legis wel in 1925 gecodificeerd is, is opgenomen in artikel 31 e.v. van de AWR. Artikel 31 e.v. van de AWR wordt ook wel ‘richtige heffing’ genoemd. Aangezien in de jaren '80 van de vorige eeuw het leerstuk van fraus legis verder werd ontwikkeld en de uitgangspunten overeenkomen met de criteria van fraus legis, besloot de Minister van Financiën in 1987<sup>163</sup> geen machtigingen voor de toepassing van richtige heffing meer af te geven. Niessen concludeerde in 1984 al dat de richtige heffing inhoudelijk niet verschilt van fraus legis.<sup>164</sup> Hierdoor kan artikel 31 e.v. van de AWR naar mijn mening gezien worden als de codificatie van fraus legis. Mijns inziens fungeert richtige heffing ten aanzien van het leerstuk van fraus legis al jaren als een dode letter en dient deze bepaling dus te vervallen. Aangezien richtige heffing inhoudelijk niet verschilt van fraus legis en niet meer wordt toegepast, wordt richtige heffing verder onbesproken gelaten in de vergelijking met het misbruik-van-recht-concept.

---

<sup>158</sup> Zie hierbij ook expliciet het Silhouette-arrest, HvJ 16 juli 1998, ECLI:EU:C:1998:374, r.o. 36.

<sup>159</sup> Werd, de, *Cursus Belastingrecht - FBR. 7.2.*

<sup>160</sup> Werd, de, *Cursus Belastingrecht - FBR. 7.2.*

<sup>161</sup> Lubbers, *WFR 2011/62.*

<sup>162</sup> Geppart 1965, p. 118 t/m 119.

<sup>163</sup> Zie specifiek de brief van de Minister van Financiën van 26 juli 1987, nr. 87/222.

<sup>164</sup> Niessen, *WFR 1984/1661*, p. 2.

Aan *fraus legis* kan pas worden toegekomen indien de ‘gewone’ rechtsvindingsmethoden doorlopen zijn.<sup>165</sup> Het leerstuk van *fraus legis* kan daarom gezien worden als een bijzonder rechtsmiddel.<sup>166</sup> De gewone rechtsvindingsmethoden hebben immers geleid tot een onaanvaardbare uitkomst, namelijk dat het doel en de strekking van de wet gefrustreerd wordt.<sup>167</sup> Hierdoor worden de vastgestelde feiten aangepast, zodat de frustratie van de wet opgelost wordt.<sup>168</sup> Aangezien bij deze rechtsvindingsmethode dus afgeweken wordt van de civielrechtelijke uitleg en overgegaan wordt tot herkwalificatie, moet deze methode gezien worden als laatste redmiddel.<sup>169</sup> Dit geldt in mijn optiek dus ook voor het misbruik-van-recht-concept.

Ondanks dat de Nederlandse wet ook specifieke antimisbruikbepalingen kent zoals artikel 10a en artikel 17 lid 3 onderdeel b van de Wet VpB 1969, blijkt uit HR 21 april 2017, 15/05278, ECLI:NL:HR:2017:638, dat ook een beroep kan worden gedaan op het algemene leerstuk van *fraus legis* indien de specifieke antimisbruikbepaling geen soelaas geboden heeft. Met Kavelaars<sup>170</sup> ben ik het eens dat dit niet wenselijk is. Indien een specifieke antimisbruikbepaling, die dus echt ziet op die concrete gevallen van misbruik, geen uitkomst geboden heeft en *fraus legis* dit wel zou kunnen bieden, kan namelijk afgevraagd worden wat de toegevoegde waarde is van zo een specifieke antimisbruikbepaling. Ook komt de rechtsbescherming naar mijn mening hiermee in het geding en worden belastingplichtigen, zoals Kavelaars<sup>171</sup>, stelt niet goed beschermd tegen een ‘niet goed wetgevende’ overheid.

### 3.3.1 De beoordeling van *fraus legis*

Oorspronkelijk stamt *fraus legis* af van het Romeinse recht<sup>172</sup>, maar in 1926 heeft de HR het leerstuk in Nederland geïntroduceerd middels het ‘driedagen-arrest’, *NJ* 1926/723.<sup>173</sup> Het

---

<sup>165</sup> Marchal, *NDFR - commentaar bij ‘Fiscale rechtsvinding’*, p. 14, Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia, *WFR* 2013/1492, p. 127 & Vries, de, *WFR* 2010/114, p. 1.

<sup>166</sup> Marchal, *NDFR - commentaar bij ‘Fiscale rechtsvinding’*, p. 14.

<sup>167</sup> Marchal, *NDFR - commentaar bij ‘Fiscale rechtsvinding’*, p. 14.

<sup>168</sup> Kors 2017, paragraaf 2.5.4.3.

<sup>169</sup> Marchal, *NDFR - commentaar bij ‘Fiscale rechtsvinding’*, p. 14, Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia, *WFR* 2013/1492, p. 127 & Vries, de, *WFR* 2010/114, p. 1.

<sup>170</sup> Kavelaars, *TFO* 2019/161.3, p. 4.

<sup>171</sup> Kavelaars, *TFO* 2019/161.3, p. 4.

<sup>172</sup> Zie bijvoorbeeld Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia, *WFR* 2013/1492, p. 125 & Niessen, *NTR* 2011/6, p. 1.

<sup>173</sup> Zie ook specifiek het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 6.

‘driedagen-arrest’ had betrekking op artikel 11 Successiewet 1859 dat zag op bevoordelingen onder het beding van een periodieke uitkering ten gunste en tot het overlijden van de schenker.<sup>174</sup> Deze periodieke uitkeringen werden geacht te zijn verkregen uit de boedel van de schenker. Aangezien de belastingplichtige in deze zaak de periodieke uitkeringen drie dagen voor het overlijden van de schenker of wel de erflater stop wilde zetten, trachtte de belastingplichtige de werking van artikel 11 te ontlopen. De HR ontwikkelde het leerstuk van *fraus legis* en wel aan de hand van de volgende cumulatieve criteria<sup>175</sup>:

1. *“Geen ander belang en geen andere bedoeling dan de vrijdeling van de belastingheffing.*
2. *De door partijen geschapen rechtstoestand is praktisch op één lijn te stellen met de door de wet aan belasting onderworpen toestand.*
3. *Doel en strekking van de wet zouden worden miskend, indien de handeling van partijen niet evenzeer als de in de wet voorziene verrichting door de belasting werd getroffen.”*

Het leerstuk van *fraus legis* werd tot half jaren '80 nauwelijks toegepast.<sup>176</sup> Hier kwam door het arrest van de HR gewezen op 21 november 1984, nr. 22092, ECLI:NL:PHR:1984:AC8603, waarin de criteria verduidelijkt werden, verandering in. Dit arrest had betrekking op de inkomstenbelasting en wel specifiek op belastingontwijking bij emigratie. De HR paste de volgende cumulatieve criteria<sup>177</sup> toe om te toetsen of voldaan was aan *fraus legis*:

1. *“Voor de belastingplichtige is het bereiken van een aanzienlijke belastingbesparing het enige, althans volstrekt overwegende, motief geweest voor het sluiten van de transacties.*
2. *De transacties hadden voor de belastingplichtige buiten het daarmee beoogde fiscale voordeel geen reële, praktische betekenis.*
3. *Doel en strekking van de wet zouden worden miskend, indien de verlangde aftrek zou worden verleend.”*

Zoals uit bovenstaand arrest blijkt, kende de beoordeling of sprake is van rechtsmisbruik op basis van *fraus legis* in deze casu drie criteria. De eerste twee voorwaarden worden in de

---

<sup>174</sup> Werd, de, *Cursus Belastingrecht - FBR.7.4.2.*

<sup>175</sup> Zie hiervoor ook specifiek Werd, de, *Cursus Belastingrecht FBR.7.4.2.*

<sup>176</sup> Niessen, *NTFR-B 2011/6*, p. 1.

<sup>177</sup> Zie specifiek r.o. 2.1 & 2.2, maar ook Werd, de, *Cursus Belastingrecht FBR.7.4.2.*

literatuur en ook in de latere jurisprudentie vaak samengevat als één vereiste, namelijk het motiefvereiste.<sup>178</sup> In mijn optiek kan uit de jurisprudentie<sup>179</sup>, literatuur<sup>180</sup>, maar ook kamerstukken<sup>181</sup> dus worden afgeleid dat *fraus legis* twee cumulatieve toepassingsvereisten kent, namelijk het motief en het normvereiste. Hoe *fraus legis* zich verhoudt tot het misbruik-van-recht-concept van het HvJ wordt aan de hand van deze criteria geanalyseerd.

### 3.3.1.1 Het motiefvereiste (subjectieve criterium)

Het eerste element van *fraus legis* is het motiefvereiste. Hierbij is van belang dat belastingverijdeling de doorslaggevende beweegreden is voor het verrichten van de handeling(en).<sup>182</sup> Dit vereiste staat daarom ook wel bekend als het ontgaansmotief, verijdelingsoogmerk of het subjectieve criterium. Het moet dus de wil van een belastingplichtige zijn om een belastingvoordeel te behalen die niet door de wetgever bedoeld is. Zoals ook uit het Rapport van de Commissie van Misbruik van Recht<sup>183</sup> wordt het motiefvereiste het best samengevat als:

*“Het verijdelingsoogmerk is een subjectieve en een feitelijke (niet-rechtskundige) voorwaarde: het gaat om hetgeen in de geest van de belastingplichtige omging.”*<sup>184</sup>

Belastingverijdeling dient hierbij naar mijn mening breed te worden uitgelegd. Zowel het ontgaan van belastingheffing als het besparen van belastingheffing valt hier onder.<sup>185</sup> Indien belastingbesparing niet het volstrekt overwegende motief is voor de rechtshandeling en dus andere meer dan enkel bijkomstige zakelijke motieven bestaan, is niet voldaan aan dit motiefvereiste.<sup>186</sup>

---

<sup>178</sup> Kemmeren, van, *TFO 1994/21*, p. 1 & IJzerman 1991, p. 100.

<sup>179</sup> Zie bijvoorbeeld HR 17 juni 1987, nr. 24 535 & HR 10 augustus 2001, nr. 35 890, ECLI:NL:HR:2001:AB3138.

<sup>180</sup> Zie onder andere het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 7. Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia, *WFR 2013/1492*, p. 127.

<sup>181</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35 030, nr. 3, p. 15.

<sup>182</sup> Zie onder andere het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 7.

<sup>183</sup> Het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 11.

<sup>184</sup> Wattel 1999, p. 64.

<sup>185</sup> Kemmeren, van, *TFO 1994/21*, p. 5.

<sup>186</sup> Niessen, *NFR-B 2011/6*, p. 2.



Bij het motiefvereiste speelt de vrijheid van een belastingplichtige om de meest gunstige weg te kiezen een grote rol.<sup>187</sup> Deze vrijheid kan echter ingeperkt worden door de door de HR in het arrest van 11 juli 1990, nr. 26 306, ontwikkelde verschillende wegen-leer, ook wel het noodzakelijkheids criterium genoemd. Indien immers de gekozen route met een samenstel van rechtshandelingen op zichzelf staand zakelijk is, wil dit nog niet zeggen dat de transacties onderling ook zakelijk zijn.<sup>188</sup> Als bij een samenstel van rechtshandelingen onnodige (niet noodzakelijke) handelingen hebben plaatsgevonden, die louter ingegeven zijn door fiscale motieven, kan alsnog voldaan zijn aan het motiefvereiste. Gekeken moet dus worden of de onderlinge transacties allemaal een bijdrage leveren aan het zakelijke einddoel. Hierbij is van groot belang dat de rechtshandelingen een voldoende reële betekenis hebben en dus niet kunstmatig zijn.<sup>189</sup>

Ondanks dat het misbruik-van-recht-concept een apart vereiste kent omtrent gekunsteldheid<sup>190</sup>, kent *fraus legis* hier tegenwoordig geen apart criterium voor. Uit de oudere, hiervoor genoemde, jurisprudentie blijkt dit vroeger wel een afzonderlijk criterium geweest te zijn. Naar mijn mening, en zo blijkt ook uit de kamerstukken<sup>191</sup>, is het kunstmatigheidsvereiste onderdeel van het motiefvereiste. Indien immers sprake is van een samenstel van rechtshandeling waarbij het einddoel wellicht zakelijk is, maar bij de transacties onderling de economische realiteit ontbreekt, is immers sprake van gekunsteldheid en voldaan aan het motiefvereiste.<sup>192</sup> Ook indien geen sprake is van een samenstel van rechtshandelingen speelt de kunstmatigheid van een rechtshandeling een rol bij het aantonen of voldaan is aan het motiefvereiste.<sup>193</sup> Mijns inziens speelt de voorwaarde van gekunsteldheid dus zowel bij *fraus legis* als bij het misbruik-van-recht-concept een grote rol bij de beoordeling of sprake is van rechtsmisbruik en wordt dit voor beide ingevuld aan de hand van de economische realiteit.

Ten slotte volgt onder andere uit HR van 10 maart 1993, nr. 28.139, ECLI:NL:HR:1993:ZC5286, nog dat een compenserende heffing een rol kan spelen bij de

---

<sup>187</sup> Zie specifiek het Rapport van de Commissie van Misbruik van Recht, p. 9 & 10.

<sup>188</sup> Zie Nieuwenhuizen, *WFR 1999/159*, p. 4 & Vakstudie, commentaar bij ‘*artikel 3.8 Wet IB, aant. 15.28.19*’.

<sup>189</sup> Rapport Commissie Misbruik van Recht, p. 83.

<sup>190</sup> Vloeit wel voort uit het subjectieve criterium.

<sup>191</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35 030, nr. 3, p. 15.

<sup>192</sup> Vakstudie, commentaar bij ‘*artikel 3.8 Wet IB, aant. 15.28.19*’.

<sup>193</sup> Het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 12.

beoordeling motiefvereiste.<sup>194</sup> Als sprake is van een compenserende buitenlandse heffing, moet deze heffing naar Nederlandse maatstaven redelijk zijn.<sup>195</sup>

Naar mijn mening is het subjectieve vereiste voor de beoordeling van *fraus legis* dus ook van feitelijke aard en daarmee geobjectiveerd. Als het motiefvereiste vergeleken wordt met het misbruik-van-recht-concept komt dit mijns inziens overeen met het subjectieve vereiste en het kunstmatigheidsvereiste van het misbruik-van-recht-concept. Daar geldt immers ook dat van belastingbesparing als wezenlijk doel, en dus niet het enige doel<sup>196</sup>, sprake is als aan de hand van (objectieve) kenmerken wordt aangetoond dat een kunstmatige constructie is opgezet. Hierbij heeft ook het HvJ beslist dat een belastingplichtige in beginsel voor de fiscaal gunstigste weg mag gaan, maar hier wel grenzen aan zitten. Andere economische redenen, zakelijke motieven, voor een rechtshandeling kunnen ook bij *fraus legis* het misbruik niet ontkennen. Enkel als de belastingplichtige aantoont dat de zakelijke motieven meer dan bijkomstig zijn, kan mijns inziens voor zowel voor het misbruik-van-recht-concept als *fraus legis* belastingbesparing niet meer het wezenlijke doel van een handeling worden aangemerkt. Kortom, in mijn optiek bestaat geen discrepantie tussen het subjectieve criterium en het criterium omtrent gekunsteldheid van het misbruik-van-recht-concept en het motiefvereiste van *fraus legis*.

### **3.3.1.2 Het normvereiste (objectieve criterium)**

Het tweede element van *fraus legis* is het normvereiste. Dit houdt in dat voor de toepassing van *fraus legis* de belastingverrijdelende handeling(en) in strijd moet(en) zijn met doel en de strekking van de wet.<sup>197</sup> Aangezien het normvereiste betrekking heeft op het recht, kan dit dus gezien worden als een objectief criterium. Ook het misbruik-van-recht-concept kent een objectief criterium die naar mijn mening overeenkomt met het normvereiste. Ook hiervoor wordt immers gekeken naar strijdigheid met het doel en de strekking van de regeling.

---

<sup>194</sup> Kemmeren, van, *TFO 1994/21*, p. 4 & 5.

<sup>195</sup> Zie onder andere HR 20 september 1995, nr. 29.737, ECLI:NL:HR:1995:AA1682.

<sup>196</sup> Blokland, *NtEr 2018 - nr. 3/4*, p. 82.

<sup>197</sup> Zie onder andere het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 7. Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia, *WFR 2013/1492*, p. 127.

Uit het onderzoek van Chin-Oldenziel en Belkaid-Koubia<sup>198</sup> blijkt dat de HR dit criterium in zowel de directe als de indirecte belastingen toetst middels de wetssystematische interpretatiemethode. Ook IJzerman<sup>199</sup> is van mening dat vooral de wetssystematische interpretatiemethode bij het normvereiste een grote rol speelt, omdat het doel en de strekking van een regeling het best bepaald kan worden als naar het grotere systeem gekeken wordt. Ook de wetshistorische methode speelt met name in de directe belastingen een grote rol.<sup>200</sup> Middels deze interpretatiemethoden tracht de HR net zoals het HvJ te achterhalen wat het doel en de strekking van een desbetreffende regeling is.

Verder speelt bij zowel het motiefvereiste als het normvereiste ook de reële betekenis van rechtshandelingen (economische realiteit) een rol.<sup>201</sup> Belastingplichtige mogen, zoals reeds eerder is genoemd, in beginsel voor de fiscaal gunstigste weg gaan. Indien echter gebruik gemaakt wordt van kunstmatige constructies om belastingvoordelen te behandelen, wordt in strijd gehandeld met het doel en de strekking van de wet.<sup>202</sup> Ook blijkt uit HR 10 maart 1993, nr. 28 484, dat in de directe belastingen ook voor het normvereiste van belang kan zijn of sprake is van een eventuele compenserende heffing.<sup>203</sup>

Ten slotte is voor de beoordeling of in strijd met het doel en de strekking van de wet gehandeld wordt nog van belang of de wetgever de ontgaansmogelijkheid expliciet geaccepteerd heeft.<sup>204</sup> Indien uit de parlementaire behandeling blijkt dat dit het geval is, kan de belastingontwijkende situatie niet middels de toepassing van *fraus legis* worden bestreden. Dit is eveneens het geval indien de mogelijkheid tot het ontgaan van belastingen inherent is aan de gekozen wetssystematiek of indien de ontgaansmogelijkheid zo duidelijk is dat de wetgever hier redelijkerwijs rekening mee had moeten houden, maar dit heeft nagelaten.<sup>205</sup>

---

<sup>198</sup> Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia, *WFR 2013/1492*, p. 143.

<sup>199</sup> IJzerman 2006, p. 75.

<sup>200</sup> Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia, *WFR 2013/1492*, p. 143.

<sup>201</sup> Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia, *WFR 2013/1492*, p. 137.

<sup>202</sup> Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia, *WFR 2013/1492*, p. 138 & IJzerman 1991, p. 135.

<sup>203</sup> Zie bijvoorbeeld Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia, *WFR 2013/1492*, p. 140 & Kemmeren, van, *TFO 1994/21*, p. 4 & 5.

<sup>204</sup> Zie specifiek HR 11 mei 1988, nr. 25 006.

<sup>205</sup> IJzerman 1991, p. 139 t/m 144 & Marres 2020, paragraaf 3.3.4.

### 3.3.3 De bewijslast

Net zoals bij het misbruik-van-recht-concept speelt de bewijslast ook bij *fraus legis* een belangrijke rol. Aangezien middels de toepassing van *fraus legis* buiten de gewone betekenis van de letter van de wet getreden wordt, staat het *fraus legis* op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid.<sup>206</sup> Dientengevolge dient zeer terughoudend met dit bijzondere rechtsmiddel om te worden gegaan. Het is daarom logisch dat de bewijslast in beginsel bij de inspecteur ligt.<sup>207</sup> Het is aan de inspecteur om aannemelijk te maken dat de rechtshandelingen de doorslaggevende beweegredes hadden om een belastingvoordeel te behalen. Indien de inspecteur dit aangetoond heeft, moet de belastingplichtige altijd de mogelijkheid krijgen om tegenbewijs te leveren.<sup>208</sup> Hierbij kan gedacht worden aan andere zakelijke motieven die aan de desbetreffende rechtshandeling ten grondslag lagen. Hieruit blijkt in mijn optiek dat ook de bewijslastverdeling bij de toepassing van *fraus legis* ten opzichte van het misbruik-van-recht-concept niet verschilt.

### 3.3.4 Gevolgen van *fraus legis*

Indien aan de voorwaarden voor de toepassing van *fraus legis* voldaan wordt, dient net zoals bij het misbruik-van-recht-concept herstel plaats te vinden. Dit kan middels twee methoden, namelijk via eliminatie (terzijde stellen) en via substitutie (in de plaats stellen). Van eliminatie is sprake als aan de rechtshandelingen geen enkele economische betekenis toekomt en die dus enkel tot doel had om belastingvoordelen te behalen.<sup>209</sup> In die gevallen worden de rechtshandelingen dus genegeerd. Indien de rechtshandelingen kunnen worden getransformeerd naar of vervangen worden door vergelijkbare rechtshandelingen, waardoor de belastingvoordelen niet behaald kunnen worden en wel overeenkomstig met het doel en de strekking gehandeld wordt, is sprake van substitutie en verdient dit de voorkeur.<sup>210</sup> Hieruit kan worden afgeleid dat, indien *fraus legis* van toepassing is, in de rechtsnormfase een andere *maior* (*fraus legis* regel) wordt toegepast en de conclusie dus ook anders is.<sup>211</sup> Ook bij *fraus legis* dient mijns inziens dus van geval tot geval gekeken te worden hoe de belastingontwijkende situatie

---

<sup>206</sup> IJzerman 1991, p. 110.

<sup>207</sup> Koopman 1996, p. 41 & 48.

<sup>208</sup> Koopman 1996, p. 41.

<sup>209</sup> IJzerman 1991, p. 20.

<sup>210</sup> Werd, de, *Cursus Belastingrecht - FBR. 7.5.5.A.*

<sup>211</sup> Werd, de, *Cursus Belastingrecht - FBR. 7.5.1.*

moet worden hersteld. Bij deze herstel mogelijkheden zie ik geen wezenlijk verschil met de substitutie- of wegdenkgedachte van het misbruik-van-recht-concept.

### **3.3.5 Fraus legis in relatie tot het misbruik-van-recht-concept**

Nu de toepassingsvereisten, de bewijslastverdeling en de rechtsgevolgen van het misbruik-van-recht-concept en fraus legis expliciet met elkaar vergeleken zijn, kan ik concluderen dat deze twee algemene concepten niet wezenlijk van elkaar verschillen. Uit HR 29 juni 2012, nr. 10/00786, ECLI:NL:HR:2012:BR4525, volgt ook dat de HR geen onderscheid maakt tussen misbruik van recht en fraus legis.<sup>212</sup> Ten slotte is ook de Commissie Misbruik van Recht<sup>213</sup> deze mening toegedaan en gaat zij expliciet in op de vraag of implementatie van het misbruik-van-recht-concept in nationaal recht noodzakelijk is. Ik deel de mening van de Commissie Misbruik van Recht dat dit niet het geval is. Dit blijkt immers ook uit het arrest Cussens en de Danmark-arresten.<sup>214</sup> Aangezien lidstaten door het algemene Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik verplicht zijn om misbruik te bestrijden en het niet uitmaakt of nationaal- of verdragsrechtelijk hier iets voor geregeld is, kan deze vraag dus ontkennend beantwoord worden.

Uit bovenstaande blijkt naar mijn mening duidelijk dat het misbruik-van-recht-concept en fraus legis net zo effectief zijn in het bestrijden van misbruik. Aangezien het misbruik-van-recht-concept en fraus legis mijns inziens niet wezenlijk verschillende open normen kennen om misbruik aan te tonen, verschilt de efficiëntie ook niet. Beide bereiken immers tegen dezelfde kosten hetzelfde effect. Ook de uitvoerbaarheid verschilt door het generieke karakter van beide naar mijn mening niet. Voor belastingplichtigen is een algemeen geformuleerde maatregel of het concept onduidelijker en minder overzichtelijk, maar dat geldt in dit geval dus voor zowel het leerstuk van fraus legis als het misbruik-van-recht-concept. Dit geldt dus ook voor de overheid. Aangezien beide algemeen geformuleerd zijn, heeft de overheid bij beide de flexibiliteit om misbruik te bestrijden. Het misbruik-van-recht-concept is in de gevallen dat sprake is van misbruik van (in de nationale wet geïmplementeerd) EU-recht dus net zo effectief, efficiënt en uitvoerbaar. Omdat het verbod van misbruik van recht een Unierechtelijk beginsel is, kan op de vraag in hoeverre het leerstuk van fraus legis door het misbruik-van-recht-concept

---

<sup>212</sup> Zie ook specifiek het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 84.

<sup>213</sup> Zie specifiek het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 82.

<sup>214</sup> Deze arresten zijn pas later geweest dan de totstandkoming van het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht.

van het HvJ overbodig is geworden dan ook worden geantwoord dat dit in inderdaad het geval is indien sprake is van bestrijding van misbruik van EU-recht.

Ook is van belang dat *fraus legis* internationaal en Europees inpasbaar is om misbruik te bestrijden. Hiervoor dient gekeken te worden naar mogelijke strijdigheden met internationale en Europese regelgeving. Uit de parlementaire behandeling<sup>215</sup> blijkt allereerst dat de rechtsmiddelen *fraus legis* en *fraus tractatus*<sup>216</sup> inderdaad toepassing kunnen vinden indien handelingen worden verricht die in strijd zijn met het gezamenlijke doel en strekking van de bepalingen van het belastingverdrag.<sup>217</sup> *Fraus legis* is in de toepassing ook niet beperkt tot binnenlandse situaties.<sup>218</sup> Toch is *fraus legis* tot op heden niet toegepast in verdragsrechtelijke situaties.<sup>219</sup> Naar mijn mening is *fraus legis* gezien bovenstaande ook niet in strijd met het EU-recht. Tijdens de implementatie van de Anti-ontgaansrichtlijnen blijkt ook expliciet dat naar mening van de wetgever de GAAR van artikel 6 niet geïmplementeerd hoefde te worden, omdat Nederland al het algemene leerstuk van *fraus legis* kent.<sup>220</sup> Ondanks dat de GAAR van artikel 6 wel expliciet het gekunsteldheidsvereiste kent, heeft de wetgever, zoals eerder is vermeld, mijns inziens terecht gesteld dat *fraus legis* enkel een norm- en motiefvereiste kent, maar dat het vereiste van gekunsteldheid onderdeel is van het motiefvereiste.<sup>221</sup> Door de keuze van de wetgever is in mijn optiek wel alle jurisprudentie van het HvJ die wellicht in de toekomst over de GAAR gewezen wordt, ook direct van toepassing op het leerstuk van *fraus legis*. Kortom, het leerstuk van *fraus legis* is mijns inziens internationaal en Europees inpasbaar.

Verder is het mijns inziens van groot belang dat consistentie bestaat omtrent de manier hoe misbruik bestreden wordt. Het is dan ook wenselijk dat de conclusie kan worden getrokken dat *fraus legis* en het misbruik-van-recht-concept niet wezenlijk van elkaar verschillen.

### **3.4 Specifieke antimisbruikbepalingen**

De Wet VpB 1969 is de afgelopen jaar veel veranderd en naar mijn mening ook aanzienlijk complexer geworden. Naast het behouden van een gunstig vestigingsklimaat, stond het

---

<sup>215</sup> *Kamerstukken II* 2001/02 28 259, nr. 6, p. 26.

<sup>216</sup> Zie hierover meer in paragraaf 4.2.

<sup>217</sup> Vakstudie, *bij Kern & Inleiding - Aant. 1.15.2.*

<sup>218</sup> Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, p. 5.

<sup>219</sup> Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, p. 5.

<sup>220</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 15.

<sup>221</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 15.

bijstellen van het Nederlandse imago als belastingparadijs hierbij op de agenda.<sup>222</sup> Als gevolg hiervan, maar ook door de implementatie van de antimisbruikbepalingen uit de Europese richtlijnen en de nieuwe Anti-ontgaansrichtlijnen, kent Nederland ook een breed scala aan specifieke antimisbruikbepalingen in de Wet VpB 1969. Ook de Wet DB 1965 kent om dezelfde redenen verscheidene antimisbruikbepalingen. Op 1 januari 2021 is de Wet BB 2021 in werking getreden. Deze wet voorziet in een bronbelasting op rente- en royaltybetalingen in gelieerde verhoudingen en moet voorkomen dat Nederland nog langer als doorstroomland gebruikt wordt.<sup>223</sup> Ook deze wet kent een antimisbruikbepaling. In de volgende paragrafen wordt onderzocht in hoeverre deze antimisbruikbepalingen sinds het misbruik-van-recht-concept overbodig geworden zijn. Allereerst worden de Nederlandse implementaties van de antimisbruikbepalingen die opgenomen zijn in de EU-richtlijnen behandeld. Hierna worden overige Nederlandse antimisbruikbepalingen geanalyseerd. Hierbij wordt kort gekeken naar de verhouding tussen *fraus legis* en de nationale antimisbruikbepaling.

### **3.4.1 Buitenlandse AB-regeling & antimisbruikbepaling in de inhoudingsvrijstelling**

Artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet VpB 1969 (buitenlandse AB-regeling) en artikel 4 lid 3 onderdeel c Wet DB 1965 (antimisbruikbepaling in de inhoudingsvrijstelling) zijn de Nederlandse implementatie van de algemene antimisbruikbepaling van de Moederdochterrichtlijn.<sup>224</sup> De oude antimisbruikbepaling van artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet VpB 1969 maakte onderscheid tussen belangen die wel en die niet tot het ondernemingsvermogen (ondernemingstoets) van de onderneming behoorden<sup>225</sup> en is daarom per 1 januari 2016 aangepast en meer in lijn gebracht met de terminologie van artikel 1 lid 2 en 3 van de Moederdochterrichtlijn.<sup>226</sup> Doordat sprake moet zijn van samenhang tussen de antimisbruikbepaling in de Wet DB 1965 en artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet VpB 1969, ziet artikel 17 lid 3 Wet VpB 1969 als gevolg hiervan enkel nog op het ontgaan van de aanmerkelijkbelangheffing in de inkomstenbelasting.<sup>227</sup> De wijzigingen en aanscherpingen van de nationale antimisbruikbepalingen zijn gepaard gegaan met de verruiming van de inhoudingsvrijstelling

---

<sup>222</sup> Een goed voorbeeld hiervan is de Wet BB 2021.

<sup>223</sup> *Kamerstukken II 2019/20*, 35 305 nr. 3, p. 2.

<sup>224</sup> *Kamerstukken II 2015/16*, 34 306, nr. 3, p. 7.

<sup>225</sup> Zie hierbij ook Bosman & Pötgens 2019, p. 188.

<sup>226</sup> *Kamerstukken II 2015/16*, 34 306, nr. 3, p. 5.

<sup>227</sup> *Kamerstukken II 2015/16*, 34 306, nr. 3, p. 4 & Bosman & Pötgens 2019, p. 188.

richting derde landen waarmee Nederland een belastingverdrag gesloten heeft.<sup>228</sup> De nationale antimisbruikbepalingen komen qua bewoordingen overeen met elkaar.

Zowel *fraus legis*, het misbruik-van-recht-concept als deze nationale antimisbruikbepalingen (SAAR's) kennen alle drie een subjectieve bepaling die naar mijn mening niet wezenlijk verschillen van elkaar.<sup>229</sup> In essentie trachten ze allemaal de wil van de belastingplichtige om belasting te besparen te toetsen. Indien dit het hoofddoel, ook wel wezenlijke doel genoemd, is van een bepaalde transactie, handeling of constructie wordt aan de voorwaarde voldaan. Of bij de nationale implementaties voldaan is aan het subjectieve element, wordt onder andere getoetst middels 'de wegdenkgedachte'.<sup>230</sup> Middels de wegdenkgedachte wordt een vergelijking gemaakt tussen de situatie met de buitenlandse ab-houder en de situatie indien de achterliggende participanten het belang rechtstreeks hadden gehouden. In de literatuur is verschillende malen opgekomen dat de wegdenkgedachte mogelijk niet in overeenstemming is met artikel 1 lid 2 van de Moeder-dochterrichtlijn indien er vanuit wordt gegaan dat voldaan is aan het subjectieve element als de tussenkomst van een tussenschakel tot een gunstigere belastingclaim leidt.<sup>231</sup> Uit het onderzoek van Zeldenrust blijkt echter dat de wegdenkgedachte, mede in samenhang met de parlementaire behandeling van de antimisbruikbepaling in de Wet BB 2021 die tekstueel hetzelfde is, alsmede met de door de HR gewezen jurisprudentie, slechts een middel is om het fiscale motief vast te stellen.<sup>232</sup> Dit is mijns inziens ook de enige juiste toepassing van een wegdenkgedachte. Dat de uitkomst van de wegdenkgedachte zou leiden tot een belastingvoordeel, wil namelijk nog niet zeggen dat dit ook daadwerkelijk het hoofddoel van een constructie is geweest.<sup>233</sup>

Het objectieve vereiste wordt in artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet VpB 1969 en artikel 4 lid 3 onderdeel c Wet DB 1965 getoetst aan de hand van een kunstmatige (reeks van) constructie(s) of een (samenstel van) transactie(s).<sup>234</sup> Uit de uitspraak van de Rb. Noord-Holland 26 juni 2020, nr. 19/862, ECLI:NL:RBNHO:2020:5137 en nr. 19/879, ECLI:NL:RBNHO:2020:5138, blijkt dat de beoordeling of sprake is van een kunstmatige constructie plaatsvindt aan de hand van

---

<sup>228</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 2.

<sup>229</sup> Zie ook Zeldenrust, *WFR* 2021/26, p. 2.

<sup>230</sup> Zie onder andere *Kamerstukken II* 2017/18, 34 788, nr. 6, p. 27.

<sup>231</sup> Weber, *WFR* 2018/75, p. 4, Bosman & Pötgens 2019, p. 192.

<sup>232</sup> Zie Zeldenrust, *WFR* 2021/26, p. 7.

<sup>233</sup> Hennevelt, *NLF* 2020/1708, p. 64.

<sup>234</sup> Bosman & Pötgens 2019, p. 189 & *Kamerstukken II* 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 19.



objectieve kenmerken. Naar mijn mening is dit vereiste bij *fraus legis* onderdeel van het motiefvereiste, ook wel het subjectieve criterium genoemd. Bij het misbruik-van-recht-concept geldt deze voorwaarde als apart criterium. Het objectieve criterium zoals *fraus legis* en het misbruik-van-recht-concept die kennen, ziet op strijdigheid met het doel en de strekking van de regeling.

Ondanks dat de toepassingsvereisten toch niet één op één overeenkomen, ben ik van mening dat zij niet wezenlijk verschillen. Door de conclusie dat artikel 1 lid 2 en 3 van de Moederdochterraichtlijn sinds de toepassing van het misbruik-van-recht-concept in de directe belastingen overbodig geworden is en hierdoor geen nationale implementatie vereist is, kan hierdoor gesteld worden dat de geïmplementeerde nationale antimisbruikbepalingen eveneens overbodig zijn en geschrapt kunnen worden.

Sterker nog, ook kan, zoals Kavelaars<sup>235</sup> stelt, afgevraagd worden waarom implementatie van deze antimisbruikbepaling überhaupt volgens de wetgever vereist was. Bij de implementatie van de ATAD I is immers gebleken dat de GAAR al ondervangen werd door de het leerstuk van *fraus legis*.<sup>236</sup> Ook uit het onderzoek van Marres naar de vergelijking van de GAAR en *fraus legis*, blijkt geen wezenlijk verschil te bestaan tussen beide.<sup>237</sup> Aangezien gebleken is dat de bewoordingen van de GAAR overeenkomen met artikel 1 lid 2 en 3 van de Moederdochterraichtlijn, kan in mijn optiek ook gesteld worden dat artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet VpB 1969 en artikel 4 lid 3 onderdeel c Wet DB op basis van het leerstuk van *fraus legis* al overbodig zijn. Naar mijn mening kan uit bovenstaande opgemaakt worden dat de nationale antimisbruikbepalingen niet effectiever zijn in misbruikbestrijding dan het misbruik-van-recht-concept en/of *fraus legis*.

Ook is het de vraag of deze antimisbruikbepalingen internationaal en Europees inpasbaar, ook wel toekomstbestendig, zijn. De wetgever zag sinds het arrest *Deister Juhler* in dat een nationale antimisbruikbepaling geen vooraf vast gestelde algemene criteria mag bevatten en dat sprake moet zijn van een tegenbewijsmogelijkheid.<sup>238</sup> Dientengevolge bevatten artikel 2d Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971 en artikel 1 bis Uitvoeringsbeschikking

---

<sup>235</sup> Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, p. 6.

<sup>236</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35 030, nr. 3, p. 15 & Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, p. 6.

<sup>237</sup> Marres 2020, paragraaf 3.4.3.

<sup>238</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35 028, nr. 3, p. 43.

dividendbelasting 1965 sinds 1 januari 2018 dan ook substance-voorwaarden waardoor andere zakelijke redenen voor een constructie door de belastingplichtige aannemelijk gemaakt kunnen worden.<sup>239</sup> Sinds de Danmark-arresten blijken de substance-voorwaarden zoals weergegeven in de Uitvoeringsbeschikkingen niet meer te kunnen fungeren als safe-harbour.<sup>240</sup> Indien immers voldaan is aan de substance-voorwaarden, kan niet uitgesloten worden dat geen sprake is van misbruik. Aangezien artikel 2d Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971 en artikel 1 bis Uitvoeringsbeschikking dividendbelasting 1965 sinds 1 januari 2020 aangepast zijn en nu ook de inspecteur het tegendeel nog aannemelijk kan maken, spelen deze substance-voorwaarden naar mijn mening enkel nog een rol bij de bewijslast.<sup>241</sup> Hierdoor blijkt ook dat de bewijslast bij deze antimisbruikbepalingen niet verschilt van de bewijslast bij het misbruik-van-recht-concept en bij *fraus legis*. Ondanks dat verschillende auteurs stellen dat de wegdenkgedachte niet in overeenstemming is het EU-recht, ben ik met Zeldenrust van mening dat dit niet het geval is.<sup>242</sup> Kortom, artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet VpB 1969 en artikel 4 lid 3 onderdeel c Wet DB 1965 zijn naar mijn mening dus in lijn met Europese regelgeving. Ook blijkt uit de parlementaire toelichting dat de nationale antimisbruikbepalingen in lijn liggen met het doel en de reikwijdte van de PPT.<sup>243</sup> Ondanks dat leggen Bosman en Pötgens<sup>244</sup> situaties bloot waardoor door de wegdenkgedachte twijfel kan bestaan over de internationale inpasbaarheid en daarmee de toekomstbestendigheid. Kortom, mijns inziens kan niet met zekerheid gezegd worden dat de nationale antimisbruikbepalingen internationaal inpasbaar zijn.

Als tevens nog gekeken wordt naar efficiëntie van de nationale antimisbruikbepalingen in vergelijking met het misbruik-van-recht-concept dan wel *fraus legis*, ben ik van mening dat ook hierin geen verschil bestaat. De kosten die gemaakt dienen te worden om misbruik aan te tonen en te bestrijden verschillen namelijk niet. Voor belastingplichtigen is het mijns inziens wel makkelijk om tegenbewijs te leveren tegen minder kosten. Tevens ben ik van mening dat deze specifieke antimisbruikbepalingen met name door de substance-voorwaarden wel duidelijkheid geeft aan belastingplichtigen. Daarentegen fungeren zij niet meer als safe-harbour dus meen ik dat de uitvoerbaarheid voor zowel belastingplichtige als de overheid uiteindelijk niet verschilt

---

<sup>239</sup> *Kamerstukken II 2017/18*, 34 788, nr. 3, p. 21 & *Kamerstukken II 2018/19*, 35 030, nr. 12.

<sup>240</sup> *Kamerstukken II 2019/20*, 35 305, nr. 3, p. 8.

<sup>241</sup> *Kamerstukken II 2019/20*, 35 305, nr. 3, p. 8.

<sup>242</sup> Weber, *WFR 2018/75*, p. 4 & Zeldenrust, *WFR 2021/26*, p. 7.

<sup>243</sup> *Kamerstukken II 2017/18*, 34 788, nr. 3, p. 6 & 19 & *Kamerstukken II 2017/18*, 34 788, nr. 6, p. 4 & 7.

<sup>244</sup> Ik verwijs voor een inhoudelijke behandeling naar Bosman & Pötgens 2019, p. 201.

met het misbruik-van-recht-concept dan wel met *fraus legis*. Kortom, in mijn optiek dienen de misbruiktoets uit artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet VpB 1969 en artikel 4 lid 3 onderdeel c Wet DB 1965, mede omdat het ook twijfelachtig is of de bepalingen verdragsrechtelijk toekomstbestendig zijn, geschrapt te worden.

### 3.4.2 Antimisbruikbepaling in de Wet BB 2021

Middels de Wet BB 2021 die per 1 januari 2021 in werking is getreden, zal Nederland belasting heffen over rente- en royaltybetalingen aan gelieerde lichamen<sup>245</sup> vanuit Nederland naar laagbelastende jurisdicties<sup>246</sup>. Ook zal Nederland belasting heffen indien sprake is van misbruik. Uit de MvT blijkt dat hiervan sprake is indien de Nederlandse bronbelasting middels kunstmatige structuren ontweken wordt.<sup>247</sup> Deze antimisbruikbepaling is opgenomen in artikel 2.1 lid 1 onderdeel c Wet BB 2021. De opbrengst van deze belasting wordt verwaarloosbaar geschat.<sup>248</sup> Wat dat betreft kan deze wet mijns inziens niet anders worden gezien dan symboolpolitiek om van het Nederlandse imago van doorstroomland af te komen.

Ook deze antimisbruikbepaling komt qua bewoordingen exact overeen met de antimisbruikbepalingen in artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet VpB 1969 en artikel 4 lid 3 onderdeel c Wet DB 1965 en kent ook substance-eisen die tegenwoordig enkel nog een rol spelen bij de bewijslast.<sup>249</sup> Met Zeldenrust ben ik het dan ook eens dat deze bepalingen uniform dienen te worden uitgelegd.<sup>250</sup> Ondanks dat deze antimisbruikbepaling geen implementatie is van de Moeder-dochterrichtlijn, is bij de totstandkoming van deze wet wel rekening gehouden met de Interest- en royaltyrichtlijn en de jurisprudentie van het HvJ.<sup>251</sup> Uit de MvT blijkt tevens dat deze antimisbruikbepaling focust op het bestrijden van doorstroomvennootschappen.<sup>252</sup> De uiteindelijk gerechtigde-eis van de Interest- en royaltyrichtlijn valt naar mijn mening niet terug

---

<sup>245</sup> Er is sprake van gelieerdheid, indien het voordeelgerechtigde lichaam een kwalificerend belang heeft in het betalende lichaam of als het betalende lichaam een kwalificerend belang heeft in het voordeelgerechtigde lichaam. Zie: *Kamerstukken II 2019/20*, 35 305 nr. 3, p. 3.

<sup>246</sup> Jurisdictie die lichamen niet of naar een tarief van minder dan 9% onderwerpt aan een belasting naar de winst of die is opgenomen op de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden. Zie: *Kamerstukken II 2019/2020*, 35 305 nr. 3, p. 4.

<sup>247</sup> *Kamerstukken II 2019/20*, 35 305 nr. 3, p. 7.

<sup>248</sup> *Kamerstukken II 2019/20*, 35 305 nr. 3, p. 12.

<sup>249</sup> *Kamerstukken II 2019/20*, 35 305 nr. 3, p. 8 & 23. Zie ook Zeldenrust, *WFR 2021/26*.

<sup>250</sup> Ik verwijz voor een volledige analyse van de mogelijkheid tot een uniforme uitleg naar Zeldenrust, *WFR 2021/26*, p. 8.

<sup>251</sup> *Kamerstukken II 2019/20*, 35 305 nr. 3, p. 22.

<sup>252</sup> *Kamerstukken II 2019/20*, 35 305 nr. 3, p. 25.

te lezen in deze antimisbruikbepaling. Gezien mijn conclusie, dat de uiteindelijk gerechtigde eis in de Interest- en royaltyrichtlijn overbodig is indien een algemene antimisbruikbepaling of het misbruik-van-recht-concept bestaat, rechtvaardigt deze keuze ook. De bij artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet VpB 1969 en artikel 4 lid 3 onderdeel c Wet DB 1965 getrokken conclusie dat geen wezenlijk verschil bestaat tussen de criteria van het misbruik-van-recht-concept dan wel *fraus legis*, kan in mijn optiek ook door worden getrokken naar deze antimisbruikbepaling.<sup>253</sup> Tevens verschilt de bewijslastverdeling mijns inziens niet met het misbruik-van-recht-concept.<sup>254</sup> In beginsel lijkt artikel 2.1 lid 1 onderdeel c Wet BB 2021 dus net zo effectief in de bestrijding van misbruiksituaties als het misbruik-van-recht-concept dan wel *fraus legis*. Toch ben ik van mening dat deze antimisbruikbepaling door de systematiek die bij de Wet BB 2021 gehanteerd wordt, niet overbodig is. De belastingplicht wordt immers pas gecreëerd indien sprake is van misbruik. Indien echter alle rente- en royaltybetalingen belast zouden zijn<sup>255</sup> en bijvoorbeeld sprake was van een vrijstelling indien bronbelasting geheven zou worden over rente- en royaltybetalingen aan in de EU gevestigde gelieerde lichamen, kunnen naar mijn mening deze voordelen wel geweigerd worden indien sprake is van misbruik en kunnen de rente- dan wel royaltybetalingen gewoon belast worden. Door de gekozen systematiek waardoor pas bij misbruik belastingplicht gecreëerd wordt, kan deze antimisbruikbepaling mijns inziens, ondanks dat de bewoordingen en daarmee de doelmatigheid in beginsel overeen lijken te komen met het misbruik-van-recht-concept dan wel *fraus legis*, niet geschrapt worden.

Uit de MvT<sup>256</sup> bij Wet BB 2021 blijkt dat ook bij deze antimisbruikbepaling het subjectieve criterium getoetst dient te worden middels de wegdenkgedachte. Zoals reeds geconcludeerd is, acht ik de wegdenkgedachte niet in strijd met het EU-recht, omdat het enkel een middel is om een fiscaal motief te duiden. Desondanks dient de vraag of deze antimisbruikbepaling internationaal en Europees inpasbaar is, naar mijn mening mogelijk ontkennend te worden beantwoord. Meer algemeen bestaat er in de literatuur immers twijfel over of Wet BB 2021

---

<sup>253</sup> Zie ook Zeldenrust, *WFR 2021/26*, p. 5.

<sup>254</sup> Zie ook *Kamerstukken II 2019/20*, 35 305 nr. 3, p. 23.

<sup>255</sup> Dus niet vormgeven aan de hand van de vestigingsplaats van de gerechtigde tot de voordelen. Los hiervan ben ik van mening dat de reikwijdte in lijn met het *single tax principle* verbreedt moet worden naar alle rente- royaltybetaling. Hiervoor dienen dan tevens alle belastingverdragen te worden voorzien van een *switch over rule* zoals de OESO in *Pillar two* ook heeft aangegeven.

<sup>256</sup> *Kamerstukken II 2019/20*, 35 305 nr. 3, p. 26.

strijdig is met het EU-recht en wel specifiek in strijd met de vrijheid van kapitaal.<sup>257</sup> Daarentegen blijkt uit de MvT wel dat de antimisbruikbepaling in relatie tot verdragslanden wel geëffectueerd kan worden indien het verdrag een PPT bevat of deze via MLI doorwerkt naar het verdrag.<sup>258</sup> Ook indien een vergelijkbare bepaling is opgenomen, kan deze antimisbruikbepaling geëffectueerd worden. Deze bepaling is mijns inziens dus wel internationaal inpasbaar.<sup>259</sup>

Aangezien de toepassing van het misbruik-van-recht-concept in mijn optiek door de vormgeving van de Wet BB 2021 toch niet effectief zal zijn in de misbruikbestrijding en de daaraan gerelateerde belastingplicht, kan deze antimisbruikbepaling niet vervallen. Automatisch betekent dit ook dat het misbruik-van-recht-concept in dit geval niet efficiënter is. De kosten om het misbruik aan te tonen via deze nationale antimisbruikbepaling zijn naar mijn mening echter door dezelfde algemeen geformuleerde criteria en dezelfde bewijslastverdeling wel even hoog als bij de toepassing van het misbruik-van-recht-concept. De kosten om misbruik aan te tonen zijn bij het misbruik-van-recht-concept dus net zo hoog maar het effect is nihil, omdat belastingplicht niet ineens gecreëerd kan worden. De substance-voorwaarden geven in beginsel aan de belastingplichtige wel meer duidelijkheid dan het misbruik-van-recht-concept. Daarentegen fungeren zij net zoals bij de artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet VpB 1969 en artikel 4 lid 3 onderdeel c Wet DB 1965 niet als safe-harbour.<sup>260</sup> Hierdoor ben ik van mening dat de uitvoerbaarheid voor belastingplichtigen niet verschilt met het misbruik-van-recht-concept. Nogmaals kan voor de overheid middels het misbruik-van-recht-concept niet het gewenste effect gecreëerd worden en is deze bepaling naar mijn mening dan ook uitvoerbaarder dan het misbruik-van-recht-concept. Alles tezamen genomen dient deze bepaling naar mijn mening dan ook niet geschrapt te worden.

### **3.4.3 Antimisbruikbepalingen in de reorganisatiefaciliteiten**

De regelingen omtrent de bedrijfsfusie, splitsing en juridische fusie, ook wel reorganisatiefaciliteiten genoemd, kennen alle drie antimisbruikbepalingen die

---

<sup>257</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld Bagci, Brandsma, Ruige & Zuidhof, *WFR 2019/207*, p. 2 & Graaf, de, *MBB 2019/43*, p. 472.

<sup>258</sup> *Kamerstukken II 2019/20*, 35 305 nr. 3, p. 26.

<sup>259</sup> *Kamerstukken II 2019/20*, 35 305 nr. 3, p. 26.

<sup>260</sup> *Kamerstukken II 2019/20*, 35 305 nr. 3, p. 8 & 23.

geïmplementeerd zijn op basis van de Fusierichtlijn.<sup>261</sup> Deze antimisbruikbepalingen lijken qua bewoording exact op elkaar en worden dan ook gezamenlijk geanalyseerd.<sup>262</sup>

De reorganisatiefaciliteiten worden niet verleend, of ook wel teruggedraaid, indien deze worden geacht in “overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing”.<sup>263</sup> De nationale antimisbruikbepalingen kennen in tegenstelling tot de Fusierichtlijn, die maar één bewijsvermoeden kent, twee bewijsvermoedens.<sup>264</sup> Het eerste bewijsvermoeden houdt in dat de reorganisatie ziet op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien deze niet plaats vindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de overdrager<sup>265</sup> en de overnemer<sup>266</sup> en het tegendeel niet aannemelijk kan worden gemaakt. Het tweede bewijsvermoeden ziet op een vervreemdingsverbod. Indien sprake is van een vervreemding binnen drie jaar na de reorganisatie, worden de zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht. Ook hier kan het tegendeel bewezen worden. De vraag is in hoeverre deze nationale antimisbruikbepalingen sinds het algemene Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik of gewoon door fraus legis overbodig geworden zijn.

Het subjectieve criterium, dat de reorganisatie in overwegende mate gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing’ is tekstueel gezien anders dan het subjectieve vereiste van de Fusierichtlijn en het misbruik-van-recht-concept. De vraag is in hoeverre ‘het hoofddoel of een van de hoofddoelen’ afwijkt van ‘in overwegende mate’. Zoals Burgt & De Vries naar mijn mening terecht opmerken, bestaat geen discrepantie tussen deze verschillende terminologieën.<sup>267</sup> Het HvJ heeft in r.o. 35 van het arrest Foggia, HvJ 10 november 2011, ECLI:EU:C:2011:718, gewezen dat fiscale overwegingen (in het geval van verschillende doelstellingen) in het kader van de voorgenomen transactie niet doorslaggevend mogen zijn. Op basis hiervan lijkt geen discrepantie te bestaan tussen de subjectieve criteria van de

---

<sup>261</sup> Zie specifiek artikel 14 lid 4, 14a lid 4 & 14b lid 5 Wet VpB 1969.

<sup>262</sup> Zie hierbij ook Albert, *TB 2008/02-02*, p. 3.

<sup>263</sup> Zie ook Boomsluiters, *WFR 2018/60*, p. 3.

<sup>264</sup> Zie ook Boomsluiters, *WFR 2018/60*, p. 3.

<sup>265</sup> In geval van een bedrijfsfusie en in geval een splitsing dan wel een juridische fusie de splitsende rechtspersoon of de verdwijnende rechtspersoon.

<sup>266</sup> In geval van een bedrijfsfusie en in geval een splitsing en een juridische fusie de verkrijgende rechtspersoon.

<sup>267</sup> Burgt, van der, & Vries, de, *WFR 2012/1693*, p. 2.

antimisbruikbepalingen en het misbruik-van-recht-concept dan wel *fraus legis*. Fiscale overwegingen die in strijd zijn met het doel en de strekking van de wet (objectief criterium), kwalificeren dan ook als misbruik volgens de reorganisatiefaciliteiten.<sup>268</sup> Het bestaan van een kunstmatige constructie kan naar mijn mening onderdeel zijn van dit subjectieve criterium en daarom een rol spelen bij het bewijs. Het HvJ heeft immers in het arrest Kofoed geoordeeld dat de algemene antimisbruikbepaling van de Fusierichtlijn het algemene Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik en daarmee dus het misbruik-van-recht-concept weerspiegelt. Ook al zie ik dit niet direct terug in de nationale implementatie van de Fusierichtlijn, dienen deze antimisbruikbepalingen wel in overeenstemming met het EU-recht uitgelegd te worden.<sup>269</sup>

Ook bij de nationale antimisbruikbepalingen ligt de bewijslast omtrent het aantonen van misbruik in beginsel bij de inspecteur en heeft de belastingplichtige de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren.<sup>270</sup> Aangezien de wetgever van mening is, dat dit bewijs door de inspecteur niet gemakkelijk te leveren is, kennen deze antimisbruikbepalingen bewijsvermoedens.<sup>271</sup> De discrepantie tussen deze nationale antimisbruikbepalingen en het misbruik-van-recht-concept zie ik met name terug als naar de werking van de bewijsvermoedens gekeken wordt.<sup>272</sup> Aangezien deze nationale antimisbruikbepalingen ten opzichte van de Fusierichtlijn een extra bewijsvermoeden kennen, waardoor misbruik in beginsel aanwezig wordt geacht indien binnen drie jaar na de reorganisatie sprake is van vervreemding, heeft de inspecteur door de bewijsvermoedens naar mijn mening een voordeligere positie dan bij het misbruik-van-recht-concept. Toch geldt ook hier dat de belastingplichtige tegenbewijs kan leveren door andere zakelijke overwegingen van de vervreemding aan te tonen. De bewijsvermoedens spelen dus slechts een bijkomstige rol. Alles tezamen genomen ben ik dan ook van mening dat deze antimisbruikbepalingen even effectief zijn als het misbruik-van-recht-concept dan wel *fraus legis*.

Als ook nog gekeken wordt naar de Europese inpasbaarheid, bestaat hierover in de literatuur op diverse onderdelen van deze antimisbruikbepalingen verschil van mening. Ten eerste is veel geschreven over de Nederlandse implementatie van het begrip “belastingontwijking” en wel

---

<sup>268</sup> Zie ook Boomsluiters, *WFR 2018/60*, p. 3.

<sup>269</sup> Burgt, van der, *FBN 2015/9-49*, p. 2.

<sup>270</sup> *Kamerstukken I 1999/2000*, 26 727, nr. 202a, p. 30.

<sup>271</sup> *Kamerstukken I 1999/2000*, 26 727, nr. 202a, p. 30.

<sup>272</sup> Zie ook Albert, *TB 2008/02-02*, p. 3.

exact over “het uitstellen van belastingheffing”.<sup>273</sup> Op 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, heeft de HR geoordeeld dat het uitstellen van belastingheffing een EU-conforme interpretatie is van de Fusierichtlijn, indien sprake is van ongeoorloofd (indien sprake is van strijdigheid met doel en strekking van de Fusierichtlijn) uitstellen.<sup>274</sup> Naar mijn mening is deze interpretatie inderdaad EU-conform. Daarentegen is het mijns inziens riskant dat hierover geen prejudiciële vragen aan het HvJ zijn gesteld. Ten tweede stelt Boomsluiters dat het vervreemdingsverbod strijdig is met het EU-recht.<sup>275</sup> Uit het Euro Park Service arrest blijkt immers dat bewijsvermoedens slechts gehanteerd mogen worden indien zakelijke overwegingen ontbreken en dus niet indien aandelen vervreemd worden.<sup>276</sup> Ook stelt Boomsluiters, naar mijn mening terecht, dat de beperkte opvatting over de zakelijke overwegingen<sup>277</sup> die als tegenbewijs kunnen fungeren, strijdig is met het EU-recht. Mijns inziens dient bij het misbruik-van-recht-concept immers altijd gekeken te worden naar de economische realiteit en kunnen alle zakelijke overwegingen hiervoor worden meegenomen. Uit bovenstaande kan geconcludeerd worden dat de nationale antimisbruikbepalingen niet in lijn zijn met het EU-recht. Daarentegen is deze antimisbruikbepaling mijns inziens wel internationaal inpasbaar. Ik zie geen reden waarom deze antimisbruikbepalingen in verdragssituaties niet geëffectueerd kunnen worden. Alles tezamen genomen kan niet anders geconcludeerd worden dat deze antimisbruikbepalingen niet toekomstbestendig zijn.

De vraag is nog of deze nationale antimisbruikbepalingen efficiënt en uitvoerbaar zijn. Naar mijn mening zijn de nationale antimisbruikbepalingen door de bewijsvermoedens voor de overheid efficiënter dan het misbruik-van-recht-concept dan wel *fraus legis*. De inspecteur komt namelijk sneller in een voordelige positie. Dit kan in bepaalde gevallen kosten besparen, terwijl het misbruik wel bestreden wordt. De antimisbruikbepalingen zijn voor belastingplichtigen naar mijn mening ook duidelijker dan het misbruik-van-recht-concept. Ook zijn deze nationale antimisbruikbepalingen door de bewijsvermoedens voor de overheid beter uitvoerbaar dan het misbruik-van-recht-concept dan wel *fraus legis*. Alles tezamen genomen kan mijns inziens toch geconcludeerd worden dat misbruik van de nationale

---

<sup>273</sup> Zie Bouwman & Halma, *NTFR 2010/9*, p. 2.

<sup>274</sup> Burgt, van der, & Vries, de, *WFR 2012/1693*, p. 4.

<sup>275</sup> Boomsluiters, *WFR 2018/60*, p. 6.

<sup>276</sup> Boomsluiters, *WFR 2018/60*, p. 6.

<sup>277</sup> Enkel bedrijfseconomische overwegingen op het niveau van de vennootschap zelf kunnen immers fungeren als zakelijke overwegingen. Zie Boomsluiters, *WFR 2018/60*, p. 3.



reorganisatiefaciliteiten ook bestreden kan worden door het leerstuk van *fraus legis* en indien sprake is van EU-situaties<sup>278</sup> door het *misbruik-van-recht*-concept. Mede doordat de nationale antimisbruikbepalingen niet toekomstbestendig zijn, kunnen ze naar mijn mening dan ook geschrapt worden.

#### 3.4.4 Hybride mismatches

De hybride financiering maatregel uit de Moeder-dochterrichtlijn is in Nederland geïmplementeerd in artikel 13 lid 17 Wet VpB 1969.<sup>279</sup> Sinds de Anti-ontgaansrichtlijnen kent Nederland in afdeling 2.2A van de Wet VpB 1969 nog diverse maatregelen om hybride mismatches tegen te gaan.<sup>280</sup> Uit de analyse omtrent hybride mismatch maatregelen in de EU-richtlijnen blijkt dat deze bepalingen, ondanks dat het *misbruik-van-recht*-concept van toepassing is in de directe belastingen, niet kunnen vervallen. Mijns inziens kan deze conclusie door worden getrokken naar deze nationale bepalingen. Dit blijkt naar mijn mening ook uit deze opmerking van de Staatssecretaris van Financiën over hybride entiteiten en hybride leningen:

*“Het is evident dat dit onder geldend recht niet te bestrijden is omdat de belastingplichtigen zich in beide landen aan de wet houden en het juist de wetten zelf zijn die dit effect hebben.”*<sup>281</sup>

Hieruit volgt dat door gebruik te maken van dispariteiten tussen belastingstelsel niet in strijd gehandeld wordt met doel en strekking van de Nederlandse wet. Dezelfde conclusie kan worden getrokken als gekeken wordt naar het arrest van de HR gewezen op 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:224. In deze zaak heeft de HR beslist dat *fraus legis* niet kon worden toegepast, omdat het gebruik maken van hybride financiering niet leidt tot het in strijd handelen met doel en strekking van de wet.<sup>282</sup> Aangezien sprake is van een dispariteit, kan mijns inziens ook niet altijd aangetoond worden dat aan het subjectieve element van misbruik voldaan is. Naar mijn mening zijn specifieke antimisbruikbepalingen tegen hybride mismatches of volledige harmonisatie van nationale wetgevingen de enige effectieve oplossingen om hybride

---

<sup>278</sup> Dit is dan tevens een verplichting.

<sup>279</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34 306, nr. 3, p. 2.

<sup>280</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 241, nr. 3.

<sup>281</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, IFZ/2013/25 U, p. 6.

<sup>282</sup> Artikel 13 lid 17 was in deze zaak nog niet in de Nederlandse wet geïncorporeerd.

mismatches tegen te gaan.<sup>283</sup> Kortom, het misbruik-van-recht-concept dan wel *fraus legis* zijn niet effectief in de bestrijding van misbruik door het gebruik van dispariteiten.

De vraag of deze nationale maatregelen tegen hybride mismatches internationaal en Europees inpasbaar zijn, dient mijns inziens ontkennend beantwoord te worden. Aangezien deze maatregelen strikte verplichte implementaties zijn uit het EU-recht, bestaat naar mijn mening geen strijdigheid met het EU-recht.<sup>284</sup> Ook zijn deze maatregelen oorspronkelijk afkomstig van de OESO en kan Nederland zelfstandig overgaan tot herkwalificatie.<sup>285</sup> Daarentegen zijn situaties denkbaar waarin Nederland het heffingsrecht niet kan uitoefenen indien een belastingverdrag zich hiertegen verzet.<sup>286</sup> Ook blijkt uit overweging 11 van de Preambule bij ATAD II dat de maatregelen tegen hybride mismatches niet mogen leiden tot een verandering in de heffingsbevoegdheden tussen jurisdicties die een belastingverdrag hebben gesloten. Desondanks blijkt uit de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020 dat Nederland bij de wijziging van of totstandkoming van nieuwe verdragen rekening houdt met effectueren van deze antimisbruikmaatregelen.<sup>287</sup>

De nationale maatregelen tegen hybride mismatches zijn mijns inziens naast effectief ook efficiënt. De kosten om de ongewenste situaties tegen te gaan zijn laag en de effecten hoog.<sup>288</sup> Toch kan naar mijn mening twijfel bestaan over de uitvoerbaarheid van deze maatregelen voor zowel belastingplichtigen als de overheid. Ondanks dat de regelingen theoretisch gezien duidelijk en overzichtelijk zijn, rust een zware bewijslast op belastingplichtigen of de hybride mismatch-bepalingen van toepassing zijn.<sup>289</sup> Belastingplichtigen moeten hiervoor dus in meerdere landen informatie vergaren over de fiscale kwalificatie van entiteiten en betalingen en tevens antimisbruikbepalingen. Door de documentatieverplichting worden belastingplichtigen mijns inziens geconfronteerd met hoge compliance kosten.<sup>290</sup> Hetzelfde geldt in mijn optiek voor de inspecteurs. Zij dienen deskundigheid te hebben op het gebied van

---

<sup>283</sup> Zie ook de Conclusie van A-G Wattel – Zaak 12/03540, ECLI:NL:PHR:2013:BZ0216, punt 7.4, Boer, de, & Nouwen, *WFR 2013/34* & Nouwen, *WFR 2012/1296*.

<sup>284</sup> Zie hierbij ook het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 59.

<sup>285</sup> Zie ook de overwegingen 1 t/m 3 van de Preambule bij ATAD II.

<sup>286</sup> Bijvoorbeeld indien sprake is van een hybride vaste inrichting. Zie ook NOB 2019, p. 2.

<sup>287</sup> Zie specifiek Ministerie van Financiën, “*Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020*”, p. 3.

<sup>288</sup> Zie ook *Kamerstukken II 2018/19*, 35 241, nr. 3, p. 38.

<sup>289</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35 241, nr. 3, p. 32.

<sup>290</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35 241 nr. 3, p. 32.

alle belastingsystemen van lidstaten en derde landen. Zelf ben ik van mening dat de uitvoerbaarheid helemaal in het geding komt bij de geïmporteerde mismatches. Hiervoor moeten betalingen immers nauwlettend over de tijd gevolgd worden. Om de kwalificaties en betalingen voor de Belastingdienst in kaart te brengen, is intensieve uitwisseling van informatie nodig tussen landen. Kortom, deze nationale bepalingen om hybride mismatches tegen te gaan zijn naar mijn mening moeilijk uitvoerbaar.<sup>291</sup> Ondanks dat de uitvoerbaarheid lastig is, kunnen deze situaties nimmer bestreden worden middels een algemene antimisbruikbepaling, *fraus legis* dan wel het misbruik-van-recht-concept. De nationale maatregelen tegen hybride mismatches zijn dan ook niet overbodig en kunnen mijns inziens niet vervallen.

### 3.4.5 ATAD I implementaties

Feitelijk komt de Nederlandse implementatie van een breed scala aan antimisbruikbepalingen van de Anti-ontgaansrichtlijnen neer op twee nieuwe<sup>292</sup> nationale bepalingen, namelijk artikel 13ab Wet VpB 1969 (CFC-wetgeving) en artikel 15b Wet VpB 1969 (generieke renteaftrekbeperking).<sup>293</sup> Daarnaast werd de al bestaande exitheffing<sup>294</sup> op een aantal punten aangepast en behoeft ook de GAAR door het leerstuk van *fraus legis* geen implementatie.<sup>295</sup> Zoals reeds geconcludeerd is in paragraaf 2.4.1, kunnen de ongewenste situaties die door deze specifieke antimisbruikbepalingen bestreden moeten worden, naar mijn mening niet worden bestreden door het misbruik-van-recht-concept. Zoals ik ook daar heb beargumenteerd, wordt naar mijn mening namelijk geen misbruik gemaakt van voordelen die voortvloeien uit het EU-recht.

Wel is het nog interessant om te kijken wat de verhouding is tussen *fraus legis* en artikel 13ab, artikel 15b, artikel 15c en 15d Wet VpB 1969. De CFC-maatregel moet het verschuiven van winsten naar laagbelastende CFC's of buitenlandse vaste inrichtingen tegen te gaan.<sup>296</sup> Daarom worden deze niet-uitgekeerde inkomsten aan een moederentiteit in de EU toegerekend indien

---

<sup>291</sup> Toch blijkt dat de maatregelen tegen hybride mismatches door de wetgever uitvoerbaar worden geacht. Zie specifiek *Kamerstukken II 2018/19, 35 241 nr. 3, p. 38*.

<sup>292</sup> Eigenlijk kunnen sommige bepalingen meer gezien worden als aanscherpende bepalingen. Zie ook Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, p. 4.

<sup>293</sup> *Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 2*.

<sup>294</sup> De exitheffingen in de vennootschapsbelasting zijn opgenomen in artikel 15c en 15d Wet VpB 1969.

<sup>295</sup> *Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 2 & 15*. Tevens verwijst ik voor een verdere uitleg naar paragraaf 3.2 *fraus legis*.

<sup>296</sup> *Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 3*.

het gecontroleerde lichaam geen economische activiteit uitoefent.<sup>297</sup> Mijns inziens is het in deze gevallen lastig om aan te tonen dat aan het normvereiste van *fraus legis* voldaan is. Naar mijn mening wordt namelijk niet in strijd met het doel en de strekking van de Nederlandse wet gehandeld indien inkomsten niet worden uitgekeerd en daarom op het niveau van de laagbelastende CFC blijven zitten. Mijns inziens biedt *fraus legis* ook geen soelaas in de gevallen waarop artikel 15b Wet VpB 1969 van toepassing is. Dit komt met name omdat uit de MvT blijkt dat het doel van deze bepaling tweeledig is. Naast het tegengaan van grondslaguitholling door buitensporige renteaftrek, heeft artikel 15b Wet VpB 1969 ook tot doel om eigen vermogen en vreemd vermogen fiscaal meer gelijk te behandelen. Hierdoor is de doelstelling van deze maatregel breder dan enkel het bestrijden van misbruik.<sup>298</sup> Op basis hiervan kan *fraus legis* deze bepaling naar mijn mening dan ook niet vervangen. Ten slotte dan nog de exitheffingen van artikel 15c en 15d Wet VpB 1969. Ook deze antimisbruikbepaling is naar mijn mening breder dan enkel de gevallen waarin sprake is van misbruik. Immers in alle gevallen waarin een in Nederland belastingplichtig lichaam vermogensbestanddelen of zijn fiscale vestigingsplaats overbrengt naar een ander jurisdictie, is de exitheffing van toepassing. Kortom, ook in relatie tot *fraus legis* hebben deze antimisbruikbepalingen naar mijn mening een aanvullende rol en kunnen deze antimisbruikbepalingen niet vervallen. Uit bovenstaande blijkt dat deze specifieke antimisbruikbepalingen effectief zijn in de bestrijding van belastingontwijking.

Naar mijn mening zijn zowel de CFC-maatregel als de exitheffing niet strijdig met het EU-recht. De CFC-maatregel sluit immers aan bij de economische realiteit en de daarbij behorende substance-voorwaarden hebben ook sinds de Danmark-arresten een andere betekenis gekregen. De exitheffing is bij de implementatie van ATAD I waar noodzakelijk aangepast.<sup>299</sup> Mijns inziens is de generieke renteaftrekbeperking in beginsel mogelijk in strijd met het EU-recht, omdat geen mogelijkheid geboden wordt voor tegenbewijs. Daarentegen kan door de dubbele doelstelling van artikel 15b Wet VpB 1969 naar mijn mening geconcludeerd worden dat een tegenbewijs mogelijkheid dus niet verplicht is. De antimisbruikbepalingen moeten tevens internationaal inpasbaar zijn. Mijns inziens zullen geen problemen ontstaan omtrent het kunnen

---

<sup>297</sup> Ook hierbij spelen substance-eisen een rol. Zie specifiek artikel 2e Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971. Ook deze substance-eisen gelden niet meer als *safe harbour*.

<sup>298</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 9.

<sup>299</sup> Voor de reeds bestaande verschillen verwijst ik naar *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, p. 15 t/m 18.

effectueren van artikel 15b Wet VpB 1969, aangezien het slechts de Nederlandse winst betreft. Naar mijn mening blijkt uit de MvT dat ook de CFC-maatregel bijna altijd geëffectueerd kan worden.<sup>300</sup> Tevens is het naar mijn mening ook nog maar de vraag met hoeveel laagbelastende jurisdicties Nederland (belemmerende) belastingverdragen gesloten heeft. Door de exitheffing probeert Nederland via een fictief vervreemdingsmoment te heffen over vermogensvermeerderingen die in Nederland gerealiseerd zijn.<sup>301</sup> Indien Nederland deze heffing niet zou opleggen, zou Nederland de heffingsrechten in verdragssituaties verliezen.

De kosten om de ongewenste situaties tegen te gaan zijn mijns inziens in vergelijking met het gebruik van algemene normen laag en de effecten hoog. Naar mijn mening zijn de specifieke antimisbruikbepaling dan ook efficiënt. Tevens ben ik van mening, dat bij deze regelingen evident is wanneer sprake is van ongewenste situaties die door deze regelingen bestreden worden. De specifieke antimisbruikbepalingen zijn mijns inziens dan ook goed uitvoerbaar voor belastingplichtigen. Tevens kan de inspecteur middels deze specifieke antimisbruikbepalingen gemakkelijk de ongewenste situaties bestrijden en zijn deze antimisbruikbepalingen naar mijn mening goed uitvoerbaar voor de overheid. Dat veel aandacht is besteed aan de uitvoerbaarheid, blijkt naar mijn mening ook uit de MvT bij de implementatie van ATAD I.<sup>302</sup>

### **3.4.6 Overige antimisbruikbepalingen**

De Wet VpB 1969 kent naast antimisbruikbepalingen die afkomstig en veelal verplicht zijn vanuit het EU-recht ook andere antimisbruikbepalingen, zoals artikel 10a (renteaftrekbepaling) en artikel 20a (verliesverrekening bij belangrijke wijziging van uiteindelijk belang in belastingplichtige). Ook de Wet DB 1969 kent in artikel 4 lid 4 een uiteindelijk gerechtigde-eis. Deze bepalingen zien daarom allemaal niet op situaties waarin (ten onrechte) voordelen van het EU-recht worden verleend. Mijns inziens kan daarom ook bij deze bepalingen niet gesteld worden dat het misbruik-van-recht-concept een uitkomst biedt in het bestrijden van de ongewenste situaties waarop de bepalingen betrekking hebben. Aangezien blijkt dat *fraus legis* ook naast een specifieke antimisbruikbepaling kan worden toegepast, is het nog interessant om kort te kijken in hoeverre de specifieke antimisbruikbepaling dan nog

---

<sup>300</sup> Enkel bij oudere verdragen kan dit nog wel eens anders zijn. Zie *Kamerstukken II 2018/19*, 35 030, nr. 3, p. 7.

<sup>301</sup> Zie ook bijvoorbeeld Kastrop, *WFR 2018/174*, p. 3.

<sup>302</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35 030, nr. 3, p. 4, 13, 19 & 20.

noodzakelijk is.<sup>303</sup> Indien fraus legis immers alle concrete gevallen die bestreden kunnen worden door de specifieke antimisbruikbepaling ook kan bestrijden, ben ik van mening dat deze specifieke antimisbruikbepaling dient te vervallen.

### 3.4.6.1 Renteaftrekbepaling

Een renteaftrekbepaling is opgenomen in artikel 10a Wet VpB 1969. Artikel 10a Wet VpB 1969 is een codificatie van het leerstuk van fraus legis bij verschillende winstdrainage arresten.<sup>304</sup> Naast het geven van duidelijkheid en rechtszekerheid trachtte de wetgever ook bepaalde door de HR gewezen normen aan te passen. De belangrijkste wijzigingen zagen op het begrip ‘compenserende heffing’.<sup>305</sup> Aangezien de wetgever de door de HR gegeven uitleg bij dit begrip te breed vond, werd een engere uitleg gecodificeerd.<sup>306</sup> Het leerstuk van fraus legis kan dus niet in alle concrete gevallen die artikel 10a tracht te bestrijden worden toegepast.<sup>307</sup> Mijns inziens dient artikel 10a Wet VpB 1969 dan ook niet te vervallen.<sup>308</sup> Daarentegen ben ik van mening dat het onwenselijk is dat fraus legis hiernaast nog toegepast kan worden.

Aangezien artikel 10a Wet VpB 1969 sinds de per-element benadering door de Wet spoedreparatie fiscale eenheid is aangepast, acht ik dat deze antimisbruikbepaling niet in strijd is met het EU-recht.<sup>309</sup> Tevens is deze antimisbruikbepaling internationaal inpasbaar, omdat het enkel de Nederlandse winst betreft. Ten slotte is artikel 10a Wet VpB 1969 naar mijn mening efficiënter in het bestrijden van misbruik dan fraus legis. Dit komt omdat de inspecteur het misbruik niet middels open normen dient aan te tonen. Mijns inziens is deze antimisbruikbepaling voor zowel belastingplichtigen als de overheid ook goed uitvoerbaar. Met name de wijziging waardoor sprake is van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing

---

<sup>303</sup> Zoals bijvoorbeeld gewezen in HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638.

<sup>304</sup> HR 7 februari 1951 B 8939, HR 5 juni 1957, nr. 13 127, Hof Amsterdam 25 januari 1973, nr. 518/71, HR 4 juni 1975, nr. 17 526, HR 27 januari 1988, nr. 23 919, & HR 3 maart 1993, nr. 28 329. Zie ook *Kamerstukken II* 1995/96, 24 696, nr. 3, p. 14.

<sup>305</sup> Zie voor de overige verschillen ook *Kamerstukken II* 1995/96, 24 696, nr. 3, p. 15 t/m 22.

<sup>306</sup> De HR achtte namelijk een compenserende heffing ook aanwezig indien verrekenbare verliezen of andere verrekenbare sommen aanwezig waren. Zie ook HR 10 maart 1993, 28 139 & HR 20 september 1995, 29 737.

<sup>307</sup> HR 23 augustus 1995, nr. 29 521, HR 6 september 1995, nr. 27 927, HR 20 september 1995, & HR 27 september 1995, nr. 30 400,

<sup>308</sup> Zie voor een uitvoerige vergelijking tussen fraus legis en artikel 10a Wet VpB 1969 Marres 2020, paragraaf 3.3.

<sup>309</sup> *Kamerstukken II*, 2017/18, 34 959, nr. 3, p. 5.

indien ten minste een tarief van 10% geldt, maakt de regeling naar mijn mening nog beter uitvoerbaar.<sup>310</sup>

### 3.4.6.2 Handel in HIR- en verlieslichamen

Aangezien artikel 12a Wet VpB 1969 (handel in HIR-lichamen) gestoeld is op artikel 20a Wet VpB 1969 (handel in verlieslichamen), zijn naar mijn mening ook de gewezen jurisprudentie en genomen besluiten omtrent een van de bepalingen van toepassing op beide bepalingen.<sup>311</sup> De staatssecretaris heeft gesteld dat het binnen de kaders van de wet en de jurisprudentie toegestaan is om verliesverdamping (en daarmee HIR-reserve verdamping) te voorkomen.<sup>312</sup> Lange tijd werd gedacht dat het leerstuk van *fraus legis* niet kon worden toegepast inzake het voorkomen van verliesverdamping, omdat het compenseren van verliezen werd gezien als een recht dat voortvloeide uit het systeem van de wet. Hierdoor kon nimmer voldaan zijn aan de vereisten van *fraus legis*. In mijn optiek gaat deze gedachte niet meer op.<sup>313</sup> Indien immers een samenstel van rechtshandelingen de doorslaggevende beweegreden was voor belastingverijdeling middels handel in verlieslichamen, winstlichamen<sup>314</sup> of HIR-lichamen en geen andere zakelijke redenen bestaan, is mijns inziens voldaan aan het motiefvereiste. Voor het normvereiste dient naar mijn mening middels de systematische interpretatiemethode gekeken te worden naar het integrale systeem van de Wet VpB 1969. Op deze manier kan naar mijn mening belastingontwijking door handel in een van deze lichamen bestreden worden met het leerstuk van *fraus legis*. Voor een antwoord op de vraag in hoeverre artikel 12a en artikel 20a Wet VpB 1969 echt overbodig zijn of dat zij nog een aanvullende functie vervullen, beveel ik vervolgonderzoek aan.

Als kanttkening wil ik nog plaatsen dat uit de Aanbiedingsbrief van afgelopen Prinsjesdag blijkt dat de verliesverrekeningsregels in de Wet VpB 1969 per 1 januari 2022 zullen worden aangepast.<sup>315</sup> De huidige verliesverrekeningstermijnen (één jaar achterwaarts en zes jaar

---

<sup>310</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 31 206, nr. 7, p. 12.

<sup>311</sup> Post 2012, p. 133.

<sup>312</sup> *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 58 t/m 62 & zie Post, *Cursus Belastingrecht - Vpb.4.0.1.H.*

<sup>313</sup> Zie in dit verband ook de arresten HR 21 april 2017, nrs. 15/05278, 15/05357, 16/03673, HR 21 april 2017, nr. 16/03669 (*Credit Suisse-arresten*) & Post, *Cursus Belastingrecht - Vpb.4.0.1.H.d.*

<sup>314</sup> Zoals ook in casu van de Credit Suisse-arresten het geval was.

<sup>315</sup> Aanbiedingsbrief van de Staatssecretaris van Financiën van 15 september 2020, p. 7.

voorwaarts) worden ingeruild voor een regeling waarbij verliezen één jaar achterwaarts en onbeperkt voorwaarts te verrekenen zijn (uitbreiding).<sup>316</sup> Hierdoor zijn verliezen in een jaar tot een bedrag van € 1 miljoen volledig verrekenbaar met de winst, maar boven € 1 miljoen is het verlies slechts verrekenbaar met 50% van de resterende belastbare winst van dat jaar. Dit systeem staat ook wel bekend als temporisering (beperking).<sup>317</sup> Mogelijk neemt het belang van artikel 20a Wet VpB 1969 door deze wijziging dus ook af, omdat van echte verliesverdamping dus geen sprake meer zal zijn.

### **3.4.6.3 Uiteindelijk gerechtigde**

De inhoudingsvrijstelling van de Wet DB 1969 kent ook nog uiteindelijk gerechtigde-eis. Deze eis is opgenomen in artikel 4 lid 4 jo lid 7 & 8 Wet DB 1969 en moet dividendstripping tegen gaan.<sup>318</sup> Naar mijn mening kan ten aanzien van deze nationale antimisbruikbepaling dezelfde conclusie worden getrokken als bij de uiteindelijk gerechtigde-eis in de Interest- en royaltyrichtlijn. Deze situaties kunnen naar mijns inziens ook bestreden worden door het misbruik-van-recht-concept, dan wel *fraus legis* dan wel een PPT. Deze antimisbruikbepaling is in mijn optiek dan ook overbodig en dient daarom te vervallen.

## **3.5 Deelconclusie**

In dit hoofdstuk is de deelvraag: “In hoeverre zijn de nationaalrechtelijke leer omtrent misbruik en de nationale specifieke antimisbruikbepalingen door het misbruik-van-recht-concept van het HvJ overbodig geworden?” beantwoord. Aangezien *fraus legis* een grote rol speelt bij misbruik bestrijding in Nederland, is hier in dit hoofdstuk veel aandacht aan besteed. Het leerstuk van *fraus legis* kent naar mijn mening twee toepassingsvereisten, namelijk het normvereiste en motiefvereiste. De gekunsteldheid-eis is hierbij onderdeel van het motiefvereiste. *Fraus legis* kan pas toegepast worden indien de gewone rechtsvindingsmethoden doorlopen zijn. Geconcludeerd is dat de grammaticale en wetshistorische interpretatiemethoden een grote rol spelen bij rechtsvinding. Specifiek voor de toepassing van het normvereiste van *fraus legis* is de wetssystematische interpretatiemethode van belang. *Fraus legis* en het misbruik-van-recht-concept verschillen niet wezenlijk van elkaar. Zij zijn ook beide net zo effectief, efficiënt en

---

<sup>316</sup> Zie de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2020, p. 2, maar ook Post & Elswier, *WFR 2020/193*, p. 2.

<sup>317</sup> Zie de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2020, p. 2, maar ook Post & Elswier, *WFR 2020/193*, p. 2.

<sup>318</sup> Zie ook *Kamerstukken II 2000/01*, 27 896, nr. 3, p. 1.



uitvoerbaar. Fraus legis is internationaal en Europees inpasbaar. In relatie tot misbruik van EU-recht is het leerstuk van fraus legis dan ook overbodig. Ook richtige heffing opgenomen in artikel 31 e.v. van de AWR kan gezien worden als een ‘dode letter’ en is door het leerstuk van fraus legis en in relatie tot misbruik van de voordelen van EU-recht door het misbruik-van-recht-concept dan ook overbodig. Dientengevolge is geconcludeerd dat deze bepalingen geschrapt kunnen worden.

Ook is gekeken naar specifieke antimisbruikbepalingen in de Wet VpB 1969, de Wet DB 1965 en de Wet BB 2021. Hierbij zijn allereerst de antimisbruikbepalingen die voortvloeien uit het EU-recht geanalyseerd. Geconcludeerd kan worden dat de antimisbruikbepalingen in de reorganisatiefaciliteiten, de buitenlandse AB-regeling en de inhoudingsvrijstelling geschrapt kunnen worden. Daarentegen zijn de antimisbruikbepaling in de Wet BB 2021, de maatregel omtrent hybride financiering, de hybride mismatch bepalingen in afdeling 2.2A Wet VpB 1969, de CFC-maatregel, de generieke renteaftrekbeperking en de exitheffingen door het misbruik-van-recht-concept dan wel fraus legis niet overbodig geworden en vervullen zij naar mijn mening een aanvullende rol.

Ten slotte is nog kort gekeken naar de verhoudingen tussen fraus legis en de overige antimisbruikbepalingen zoals de renteaftrekbeperking, handel in HIR- en verlieslichamen en de uiteindelijk gerechtigde-eis, zoals die is opgenomen in de Wet DB 1965. Naar mijn mening kan de renteaftrekbeperking van artikel 10a Wet VpB 1969 door de bij de codificatie gekozen bewuste wijzigingen niet in alle concrete gevallen vervangen worden door fraus legis. Ik acht het wel onwenselijk dat fraus legis toepassing kan vinden indien in een concreet geval bijvoorbeeld artikel 10a Wet VpB 1969 geen toepassing vindt. In beginsel is geconcludeerd dat de antimisbruikmaatregelen omtrent handel in HIR- en verlieslichamen door fraus legis overbodig lijken. Aangezien over deze bepalingen minder geschreven is, is voor de verdere verhouding met fraus legis vervolgonderzoek aangeraden. Ten slotte heb ik geconcludeerd dat de uiteindelijk-gerechtigde eis kan vervallen.

Tijdens mijn analyse is tevens geconcludeerd artikel 2.1 lid 1 onderdeel c Wet BB 2021 en de antimisbruikbepalingen in de reorganisatiefaciliteiten mogelijk in strijd zijn met het EU-recht. Voor toekomstbestendigheid van de bepalingen dient de wetgever de genoemde strijdigheden op te lossen. Ook lijken artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet VpB 1969, artikel 4 lid 3 onderdeel c

Wet DB 1965 en de bepalingen omtrent hybride mismatches in internationale verhoudingen mogelijk niet geëffectueerd te kunnen worden.

Tevens is hiernaast de efficiëntie en uitvoerbaarheid van de antimisbruikbepalingen onderzocht en vergeleken met het misbruik-van-recht-concept dan wel *fraus legis*. De specifieke antimisbruikbepalingen zijn meestal efficiënter en voor zowel de belastingplichtigen als de overheid beter uitvoerbaar.

Alles tezamen genomen kan de tweede deelvraag als volgt beantwoord worden:

<b>Leerstuk</b>			<b>Overbodig</b>
Fraus legis			Ja <sup>319</sup>
<b>Wet</b>	<b>Bepaling</b>	<b>Artikel</b>	<b>Overbodig</b>
<b>AWR</b>	Richtige heffing	31 e.v.	Ja
<b>Wet VpB 1969</b>	Renteaftrekbeperking	10a	Nee
	Handel in HIR-lichamen	12a	Ja <sup>320</sup>
	Hybride mismatches	Afdeling 2.2A	Nee
	Hybride financiering	13 lid 17	Nee
	CFC-maatregel	13ab	Nee
	Bedrijfsfusie	14 lid 4	Ja
	Splitsing	14a lid 6	Ja
	Juridische fusie	14b lid 5	Ja
	Generieke renteaftrekbeperking	15b	Nee
	Exitheffing	15c	Nee
	Exitheffing	15d	Nee
	Buitenlandse AB-regeling	17 lid 3 (b)	Ja
	Handel in verlieslichamen	20a	Ja <sup>321</sup>
<b>Wet DB 1965</b>	Inhoudingsvrijstelling	4 lid 3 (c)	Ja
	Uiteindelijk gerechtigde-eis	4 lid 4	Ja
<b>Wet BB 2021</b>	Belastingplicht bij misbruik	2.1 lid 1 (c)	Nee

<sup>319</sup> Enkel indien sprake is van een EU-rechtelijke voordeel.

<sup>320</sup> In beginsel. Voor een verdere analyse raad ik vervolgonderzoek aan.

<sup>321</sup> In beginsel. Voor een verdere analyse raad ik vervolgonderzoek aan.

## 4. Internationale antimisbruikmaatregelen

### 4.1 Inleiding

Oorspronkelijk kenden belastingverdragen één doel, namelijk het voorkomen van juridisch dubbele belasting.<sup>322</sup> Daarentegen is misbruikbestrijding, naast de nationale en Europese initiatieven, de laatste jaren ook op internationaal vlak sterk ontwikkeld. Dit is met name het gevolg van het BEPS-project van de OESO.

Ten behoeve van een betere bewapening tegen verdragsmisbruik is het OESO-MV in 2017 gewijzigd (BEPS actiepunt 6 – voorkomen van verdragsmisbruik). Ook het MLI (BEPS actiepunt 15), waardoor heronderhandeling van alle reeds bestaande bilaterale belastingverdragen niet meer noodzakelijk was, speelt een grote rol bij het bestrijden van verdragsmisbruik. Ten gevolge van de wijzigingen in het OESO-MV en het MLI bestaat nu de verplichting om een algemene antimisbruikbepaling in de verdragen op te nemen.<sup>323</sup> Nederland heeft hierbij gekozen voor een PPT.<sup>324</sup> Ook zijn in de verdragen diverse specifieke antimisbruikbepalingen opgenomen om misbruik in specifieke situaties te bestrijden. Om het bestrijden van verdragsmisbruik ook expliciet onder de verdragsdoeleinden te laten vallen, heeft de OESO in 2017 diverse maatregelen getroffen. Aangezien het gezamenlijke verdragsdoel mijns inziens van groot belang is voor de toepassing van algemene antimisbruikbepalingen zoals de PPT, worden deze wijzigingen allereerst geanalyseerd.

Het Ministerie van Financiën heeft in 1987, 1996 en 1998 het Nederlandse fiscale verdragsbeleid door middel van Notities uiteengezet.<sup>325</sup> Uit deze Notities blijkt dat het tegengaan van het ontgaan van belastingheffing destijds al op de agenda stond. Opvallend is naar mijn mening dat in de titel van het Nederlands standaardverdrag, opgenomen in de bijlage die behoort tot de Notitie van 1987, al beschreven staat dat het doel van het verdrag naast het voorkomen van dubbele belasting ook ziet op het voorkomen van het ontgaan van belastingheffing. Ook blijkt met name uit de Notitie van 1998 dat er al aandacht was voor het voorkomen van het ontgaan van bronbelasting in misbruiksituaties, ondanks dat Nederland

---

<sup>322</sup> Zie paragraaf 1 t/m 3 van de Introductie bij het OESO-MV & Kavelaars, *TFO 2018/159.1*, p. 2.

<sup>323</sup> Zie specifiek artikel 7 van het MLI.

<sup>324</sup> Zie hierbij *Kamerstukken II 2016/17*, 25 087, nr. 137, p. 4.

<sup>325</sup> Zie specifiek *Kamerstukken II 1987/88*, 20 365, nr. 2, *Kamerstukken II 1996/97*, 25 087, nr. 1 & *Kamerstukken II 1997/98*, 25 087, nr. 4.

geen heffing omtrent rente- dan wel royaltybetalingen kende. Het Nederlandse fiscale verdragsbeleid is in 2011 uitgebreid met de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011. Hieruit blijkt uitdrukkelijk dat Nederland in een aantal bilaterale verdragen antimisbruikbepalingen heeft opgenomen.<sup>326</sup> In 2020 is de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020 gepubliceerd.<sup>327</sup> Hierin speelt het tegengaan van verdragsmisbruik een zeer prominente rol en is het bestrijden van verdragsmisbruik in mijn optiek meer expliciet geworden. Dit is een logisch gevolg van het BEPS-project. In de Notitie wordt met name ingegaan op de Nederlandse keuzes omtrent BEPS actiepunten 6 en het MLI, zoals de keuze voor de PPT, om aan de minimumstandaard bij de bestrijding van verdragsmisbruik te voldoen.<sup>328</sup> Al deze notities tezamen laten goed zien dat het bestrijden van verdragsmisbruik onderdeel is van het Nederlandse verdragsbeleid en dat passende maatregelen getroffen zijn.

Ook kan het buitenwettelijke internationale leerstuk van *fraus tractatus*, ook wel *fraus conventionis* genoemd, een rol spelen bij het bestrijden van verdragsmisbruik. Desondanks heeft de HR een beroep op het leerstuk van *fraus tractatus* tot op heden formeel niet gehonoreerd. Aangezien de HR onder de BRK wel het nationale leerstuk van *fraus legis* heeft toegepast, kan beargumenteerd worden dat de HR het leerstuk van *fraus tractatus* materieel gezien wel toepassing heeft laten vinden.

Ten slotte kunnen jurisdicties gezamenlijk ervoor kiezen om algemene of specifieke nationale antimisbruikbepalingen door te laten werken naar het verdrag. Dit gebeurt meestal door middel van een verwijzing naar de bepaling in de nationale wet.<sup>329</sup>

Aangezien alle initiatieven om misbruik te bestrijden gelijktijdig op gang zijn gekomen en het misbruik-van-recht-concept van het HvJ ook toepassing heeft gevonden in de directe belastingen, wordt in dit hoofdstuk gekeken in hoeverre *fraus tractatus*, de PPT en specifieke antimisbruikbepalingen in het OESO-MV, dan wel het MLI noodzakelijk zijn. Hierbij speelt het gemeenschappelijke doel van belastingverdragen een grote rol. Zoals aangegeven is, wordt dit allereerst bekeken. Eveneens wordt hier nog kort ingegaan op de doorwerking van nationale

---

<sup>326</sup> Ministerie van Financiën, “*Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*”, p. 9 & 25.

<sup>327</sup> Ministerie van Financiën, “*Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020*”.

<sup>328</sup> Zie specifiek Ministerie van Financiën, “*Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020*”, p. 7 t/m 14.

<sup>329</sup> Zie bijvoorbeeld in het geval van Nederland artikel 35a van de BRK, maar ook artikel 27 lid 3 van het Verdrag Nederland-Hongkong.

antimisbruikbepalingen naar een verdrag. Zijdellings wordt ook de onderlinge verhouding van de antimisbruikmaatregelen in de verdragen geanalyseerd. In dit hoofdstuk wordt dus de deelvraag: “In hoeverre zijn de algemene en specifieke antimisbruikbepalingen in belastingverdragen van de OESO door het misbruik-van-recht-concept van het HvJ overbodig geworden?” beantwoord.

## 4.2 Doelstellingen van belastingverdragen

Zoals aangegeven is, kenden belastingverdragen oorspronkelijk één doel, namelijk het voorkomen van dubbele belasting. Hier kwam middels een wijziging in de preambule<sup>330</sup> in 1992 verandering in.<sup>331</sup> Vervolgens is in 2003 het commentaar bij artikel 1 OESO-MV ook gewijzigd en is een ‘grondbeginsel’ opgenomen.<sup>332</sup> Door het grondbeginsel mogen verdragsvoordelen niet worden toegekend indien belastingverrijdeling het hoofddoel van een constructie of transactie is en dat dit voordeel in strijd is met het doel en de strekking van een bepaling in een belastingverdrag.<sup>333</sup> Door het BEPS-project, en wel specifiek door de nieuwe preambule<sup>334</sup>, is het voorkomen van belastingontwijking expliciet één van de doelen van belastingverdragen geworden. Jurisdicties kunnen deze preambule voor de al bestaande verdragen via het MLI (specifiek artikel 6 van het MLI) aanpassen.<sup>335</sup> Tevens zijn de titel<sup>336</sup>, het commentaar bij artikel 1 OESO-MV en de Introductie van het OESO-MV herzien dan wel aangevuld. Aangezien de titelwijziging niet doorwerkt naar de reeds bestaande belastingverdragen omdat het geen onderdeel van het MLI is, laat ik deze wijziging verder onbesproken. Desondanks ben ik van mening dat de titelwijziging de context, het doel en de strekking van toekomstige verdragen

---

<sup>330</sup> Zie specifiek paragraaf 41 van de Introductie bij het OESO-MV.

<sup>331</sup> Zie ook Kavelaars, *TFO 2018/159.1*, p. 2.

<sup>332</sup> Zie specifiek paragraaf 61 van het commentaar op artikel 1 OESO-MV in 2003.

<sup>333</sup> Zie ook specifiek Bosman, *MBB 2018/9*, p. 238.

<sup>334</sup> De preambule luidt nu als volgt: “(State A) and (State B), Desiring to further develop their economic relationship and to enhance their cooperation in tax matters, Intending to conclude a Convention for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third States), Have agreed as follows:”

<sup>335</sup> Zie ook Kok, *MBB 2017/4*, p. 148.

<sup>336</sup> De titel luidt nu als volgt: “Convention between (State A) and (State B) for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital and the prevention of tax evasion and avoidance.”

wel verduidelijkt.<sup>337</sup> Het verdrag is hierdoor immers in brede zin niet bedoeld om verdragsmisbruik te faciliteren.

Aangezien de gezamenlijke doelstelling van een bepaling in een verdrag een grote rol speelt bij de mogelijke toepassing van *fraus tractatus* dan wel de PPT en de doelstelling van het verdrag als geheel hier aan kan bijdragen, worden deze wijzigingen afzonderlijk geanalyseerd.<sup>338</sup>

#### 4.2.1 Introductie OESO-MV

Door de wijzigingen in de Introductie bij het OESO-MV komt mijns inziens goed naar voren dat belastingverdragen naast het voorkomen van dubbele belasting ook tot doel hebben om verdragsmisbruik te voorkomen.<sup>339</sup> Hierbij worden beide doelstellingen gezien als hoofddoelen van belastingverdragen.<sup>340</sup>

Tevens is artikel 41 van de Introductie aangepast. Desondanks ben ik van mening dat dit commentaar nog altijd vaag is. Mijns inziens is artikel 41 meer een verlengde van de preambule en wel om aan te geven dat gemonitord wordt dat verdragen niet gebruikt worden om verdragsmisbruik te faciliteren. Meer van belang acht ik de wijziging van paragraaf 16.2 bij de Introductie bij het OESO-MV.<sup>341</sup> Hierdoor komt mijns inziens goed naar voren dat de titelwijziging en de nieuwe preambule een belangrijke rol spelen bij de interpretatie van bepalingen in belastingverdragen. De OESO wijst hierbij specifiek naar de verdragsinterpretatie op basis van artikel 31 lid 1 en lid 2 van het Verdrag van Wenen. Artikel 31 van het Verdrag van Wenen speelt immers een grote rol bij de interpretatie van verdragen. Bosman stelt dat voor het bestrijden van verdragsmisbruik een uitdrukkelijke basis in het verdrag zelf vereist is.<sup>342</sup> Dit kan volgens Bosman middels opname van een algemene of een

---

<sup>337</sup> Zie ook specifiek paragraaf 16 van de Introductie bij het OESO-MV.

<sup>338</sup> Zie ook Bosman, *MBB 2018/9*, p. 248.

<sup>339</sup> Zie specifiek paragraaf 1 t/m 3 van de Introductie bij het OESO-MV.

<sup>340</sup> Zie specifiek paragraaf 3 van de Introductie bij het OESO-MV.

<sup>341</sup> Paragraaf 16.2 luidt: *“Since the title and preamble form part of the context of the Convention and constitute a general statement of the object and purpose of the Convention, they should play an important role in the interpretation of the provisions of the Convention. According to the general rule of treaty interpretation contained in Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, “[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”*

<sup>342</sup> Bosman, *MBB 2018/9*, p. 238.

specifieke antimisbruikbepaling (een verwijzing naar een nationale antimisbruikbepaling is ook voldoende). Dit leidt Bosman af uit artikel 31 lid 1 van het Verdrag van Wenen<sup>343</sup> waarin volgens hem is opgenomen dat voor de interpretatie van een verdrag allereerst naar de tekst zelf gekeken dient te worden.<sup>344</sup> Naar mijn mening blijkt echter ook al uit het eerste lid dat bij de interpretatie van de letterlijke tekst al rekening moet worden gehouden met de context en het doel van het verdrag.<sup>345</sup> Mede door de uitdrukkelijke verwijzing in het OESO-commentaar naar het Verdrag van Wenen, het gebruik van de nieuwe titel en de preambule (die door kan werken naar reeds bestaande verdragen) in paragraaf 16.2, deel ik de mening van Bosman niet. Mijns inziens zijn algemene of specifieke antimisbruikbepalingen dus in beginsel niet perse noodzakelijk om verdragsmisbruik te kunnen bestrijden.

#### 4.2.2 Preambule

Naar mijn mening kan de nieuwe preambule, die mijns inziens voldoende concreet en helder is, een grote rol spelen bij het afleiden van het doel en de strekking van een verdrag als geheel. Aangezien een belastingverdrag wordt aangevuld met de nieuwe preambule nadat het belastingverdrag tot stand is gekomen, lijkt het in beginsel vreemd om te zeggen dat het gezamenlijke doel en strekking ten tijde van het sluiten van het verdrag hieruit kan worden afgeleid.<sup>346</sup> Desalniettemin blijkt uit het *Explanatory Statement* dat de bedoeling van het belastingverdrag in lijn met de nieuwe preambule geïnterpreteerd dient te worden.<sup>347</sup> Hieruit blijkt dus dat de nieuwe preambule uiteindelijk gebruikt kan worden om het doel en de strekking van een specifieke bepaling te achterhalen.<sup>348</sup> Ook blijkt expliciet uit artikel 31 lid 2 van het Verdrag van Wenen, dat de preambule de context van een verdrag kan duiden en de preambule dus een rol speelt bij de interpretatie van de verdragstekst.

Aangezien de preambule van het OESO-MV is gewijzigd en dit ook gevolgen heeft voor de reeds bestaande belastingverdragen via artikel 6 van het MLI, is het voorkomen van

---

<sup>343</sup> Artikel 31 lid 1 van het Verdrag van Wenen luidt: “*A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.*”.

<sup>344</sup> Bosman, *MBB 2018/9*, p. 238.

<sup>345</sup> Zie hierbij ook specifiek paragraaf 12 van de officiële toelichting op de artikel 31, 32 en 33 van het Verdrag van Wenen.

<sup>346</sup> Zie ook Kok, *MBB 2017/4*, p. 148.

<sup>347</sup> Zie paragraaf 22, 23, en 76 van het *Explanatory Statement* & Kok, *MBB 2017/4*, p. 148.

<sup>348</sup> Zie ook Bosman, *MBB 2018/9*, p. 248 & zie dus paragraaf 16.2 van de Introductie bij het OESO-MV.

belastingontwijking eveneens een van de hoofddoelen van de al bestaande belastingverdragen en speelt de nieuwe preambule dus naar mijn mening ook een rol grote rol bij de toepassing van *fraus tractatus* en de PPT.

#### 4.2.3 Commentaar artikel 1 OESO-MV

Ook het commentaar bij het OESO-MV kan helpen bij het interpreteren van bepalingen in OESO-MV conforme belastingverdragen.<sup>349</sup> Verscheidene rechters in allerlei landen zijn deze mening ook toegedaan en gebruiken het commentaar bij het OESO-MV om het gezamenlijke doel en strekking van het verdrag te achterhalen.<sup>350</sup> Vandaar dat het OESO-commentaar een grote rol speelt bij de toepassing van belastingverdragen.<sup>351</sup> Mijns inziens speelt het commentaar bij OESO-MV dus niet enkel een rol bij de letterlijke tekst van een verdrag, maar ook de context en dus het gezamenlijk doel en strekking van het overeengekomen verdrag. Het commentaar dient dus ook gezien te worden als ‘context’ volgens artikel 3 lid 2 OESO-MV.<sup>352</sup> Uit de Introductie bij het OESO-MV blijkt dat indien het commentaar bij een artikel wijzigt, maar het OESO-MV inhoudelijk op dat punt ongewijzigd blijft, het gewijzigde commentaar wel een rol speelt bij de interpretatie van belastingverdragen die voor die wijziging tot stand gekomen zijn.<sup>353</sup>

Onderdeel E *‘Improper use of the convention’* van het commentaar bij artikel 1 OESO-MV is door het BEPS project ingrijpend gewijzigd en aangevuld.<sup>354</sup> In paragraaf 54 wordt ook expliciet bevestigd dat door de nieuwe preambule het voorkomen van verdragsmisbruik een van de doelen van belastingverdragen is. Opvallend is overigens wel dat onderscheid wordt gemaakt tussen het voornaamste doel (voorkomen van dubbele belasting) en een doel (voorkomen van verdragsmisbruik) van een belastingverdrag.<sup>355</sup> Dit onderscheid is namelijk niet gemaakt in paragraaf 3 van de Introductie bij het OESO-MV. Met Kavelaars ben ik het

---

<sup>349</sup> Zie specifiek paragraaf 15 en afdeling D.3.b van de Introductie bij het OESO-MV.

<sup>350</sup> Zie Bosman, *MBB 2018/9*, p. 235, Supreme Court of Canada in *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada* (1995) 2 S.C.R. 802, High Court of Australia in *Thiel v. Federal Commissioner of Taxation* (1990) 171 CLR 338, maar ook gewoon de HR in bijvoorbeeld HR 2 september 1992, nr. 26.059, ECLI:NL:HR:1992:ZC5045.

<sup>351</sup> Zie ook Avery Jones, e.a. 1984, p. 92.

<sup>352</sup> Zie ook Bosman, *MBB 2018/9*, p. 236, Ward 2006, p. 30 & 31 & Avery Jones, e.a. 1984.

<sup>353</sup> Zie afdeling D.4 van de Introductie bij het OESO-MV.

<sup>354</sup> Zie ook Bosman, *MBB 2018/9*, p. 1.

<sup>355</sup> Zie ook Kavelaars, *TFO 2018/159.1*, p. 2.



overigens eens dat dit onderscheid niet past bij de huidige tijdsgeest.<sup>356</sup> Mijns inziens dient tussen de verschillende commentaren al helemaal geen discrepantie te bestaan over de rangorde van de doelstellingen van belastingverdragen.

Ook is de OESO ingegaan op de doorwerking van nationale antimisbruikbepalingen; en wel expliciet op specifieke antimisbruikbepalingen, algemene antimisbruikbepalingen en rechtelijke leerstukken. De OESO heeft in het commentaar bij artikel 1 OESO-MV geconcludeerd dat deze antimisbruikmaatregelen veelal niet conflicteren met de toepassing van belastingverdragen.<sup>357</sup> Dit biedt mijns inziens een goed toekomst perspectief voor de doorwerking van het misbruik-van-recht-concept dan wel *fraus legis* in internationale verhoudingen.

Ten slotte bevat het commentaar bij artikel 1 van het OESO-MV sinds 2003 een grondbeginsel.<sup>358</sup> Het grondbeginsel komt sterk overeen met de nieuwe PPT.<sup>359</sup> Aangezien het grondbeginsel gezien kan worden als algemeen antimisbruikbeginsel met een zelfstandige werking, kan dit beginsel dus altijd toepassing vinden.<sup>360</sup> De PPT wordt gezien als codificatie van het grondbeginsel.<sup>361</sup> Het grondbeginsel is tijdens het BEPS-project ook nog aangevuld. Hieruit blijkt dat het grondbeginsel onafhankelijk is van de PPT, maar dat de PPT dit beginsel slechts bevestigt. Ik vraag mezelf af wat dan nu eigenlijk de toegevoegde waarde is van de PPT. Is het opnemen van deze algemene antimisbruikbepaling, nu dus eigenlijk al een antimisbruikbeginsel bestond en deze sinds het BEPS-project in mijn optiek extra verduidelijkt is, echt noodzakelijk? Bovendien ben ik van mening dat specifieke antimisbruikbepalingen enkel opgenomen dienen te worden in verdragen indien hetzelfde effect niet bereikt kan worden via een algemene maatregel.

---

<sup>356</sup> Kavelaars, *TFO 2018/159.1*, p. 2.

<sup>357</sup> Zie afdeling E.3 t/m E.7 van het commentaar bij artikel 1 OESO-MV. Voor een uitgebreide behandeling van dit commentaar verwijs ik naar Bosman, *MBB 2018/9*, p. 238 t/m 242.

<sup>358</sup> Zie specifiek paragraaf 61 van het commentaar op artikel 1 OESO-MV in 2003.

<sup>359</sup> Zie ook Bosman, *MBB 2018/9*, p. 238.

<sup>360</sup> Zie ook Bosman, *MBB 2018/9*, p. 238.

<sup>361</sup> Zie ook Bosman, *MBB 2018/9*, p. 238 & paragraaf 77 van het commentaar op artikel 1 OESO-MV in 2003.

#### **4.2.4 Het voorkomen van verdragsmisbruik**

Uit bovenstaande blijkt dat het voorkomen van verdragsmisbruik een van de doelen van belastingverdragen is. Ook kan, los van de relatie met het misbruik-van-recht-concept van het HvJ, in mijn optiek al afgevraagd worden of de algemene antimisbruikbepaling (PPT) en/of specifieke antimisbruikbepalingen in verdragen noodzakelijk zijn. Mijns inziens geven de nieuwe preambule, het commentaar bij het OESO-MV, de nieuwe verdragstitel (bij toekomstige verdragen) en met name het grondbeginsel voldoende context en aangrijpingspunten om verdragsmisbruik te bestrijden, omdat het gezamenlijke doel en de strekking daaruit afgeleid kunnen worden. Mijns inziens zijn algemene of specifieke antimisbruikbepalingen dus in beginsel niet perse noodzakelijk om verdragsmisbruik te kunnen voorkomen. Dit kan echter anders zijn indien de specifieke antimisbruikbepalingen een bredere werking hebben en dus effectiever zijn.

#### **4.3 Fraus tractatus**

Fraus tractatus is een internationaal buitenwettelijk leerstuk. Ook geldt dat aan fraus tractatus pas kan worden toegekomen indien de gewone interpretatiemethoden geen aanvaardbare uitkomst hebben geboden.<sup>362</sup> Zoals gebleken is, is het onwaarschijnlijk dat deze internationale leer conflicteert met de toepassing van belastingverdragen.<sup>363</sup>

##### **4.3.1 Beoordeling van fraus tractatus**

Fraus tractatus kent dezelfde toepassingsvereisten als het leerstuk van fraus legis, namelijk het motiefvereiste en het normvereiste.<sup>364</sup> Hierbij is één verschil van groot belang, namelijk dat fraus tractatus ziet op strijdigheid met het doel en de strekking van het gesloten verdrag, terwijl fraus legis ziet op strijdigheid met het doel en de strekking van de nationale wet dat eventueel kan doorwerken naar verdragen.<sup>365</sup> Het is dus bij fraus legis de vraag in hoeverre een herkwalificatie door de toepassing fraus legis kan doorwerken naar het belastingverdrag. Gebleken is dat dit enkel kan indien het desbetreffende verdrag hier zelf ook in voorziet.<sup>366</sup>

---

<sup>362</sup> Zie Weeghel, van, *TFB 2002 nr. 11/12*, p. 24 & Tydeman-Yousef, *WFR 2014/3*, p. 3.

<sup>363</sup> Zie afdeling E.7 van het commentaar bij artikel 1 OESO-MV.

<sup>364</sup> Conclusie van A-G van Ballegooijen – Zaak 39/224, ECLI:NL:PHR:2006:AX1086, overweging 4.1.2. & Kemmeren, van, *WFR 2003/133*.

<sup>365</sup> *Kamerstukken II 2002/03*, 28 259, nr. 10, p. 8 & Tydeman-Yousef, *WFR 2014/3*, p. 3.

<sup>366</sup> Zie paragraaf 3.3.5.

#### 4.3.1.1 Het motiefvereiste (subjectieve criterium)

Het motiefvereiste van *fraus tractatus* houdt, net zoals bij *fraus legis*, in dat belastingverijdeling de doorslaggevende beweegreden is voor een samenstel van rechtshandelingen, transacties of een constructie. Hierbij is van belang dat deze constructie geen reële betekenis heeft.<sup>367</sup> Mijns inziens is het vereiste van gekunsteldheid dus ook hier onderdeel van het motiefvereiste. Ook spelen, net zoals bij *fraus legis*, andere meer dan bijkomstige zakelijke overwegingen een rol bij de beoordeling of voldaan is aan het motiefvereiste. Aangezien het motiefvereiste dezelfde invulling kent als bij *fraus legis*, kan ook voor *fraus tractatus* geconcludeerd worden dat geen wezenlijk verschil bestaat met het subjectieve criterium en het vereiste van gekunsteldheid van het misbruik-van-recht-concept.

#### 4.3.1.2 Het normvereiste (objectieve criterium)

Het normvereiste houdt in dat middels de verrichte handelingen in strijd wordt gehandeld met het doel en de strekking van (een bepaling in) het verdrag.<sup>368</sup> Het is hierbij van belang dat gekeken wordt naar de gezamenlijke bedoeling van de verdragspartijen.<sup>369</sup> De HR kijkt hierbij met name naar de verdragstekst (grammaticale interpretatie) en de toelichting (wetshistorische interpretatie).<sup>370</sup> Ook het commentaar van bij het OESO-MV kan hierbij, zoals eerder is aangegeven, van belang zijn.<sup>371</sup> Het gezamenlijke doel en de strekking van een verdrag vaststellen, kan nog best lastig zijn.<sup>372</sup> Dit blijkt onder andere uit het recent gewezen arrest door de Canadese *Federal Court of Appeal*.<sup>373</sup> De Canadese belastingautoriteiten betoogden in de zaak tegen *Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.* dat sprake was van misbruik van het belastingverdrag tussen Canada en Luxemburg en dat de verdragsvoordelen op basis van een Canadese algemene antimisbruikbepaling niet mochten worden verleend. Aangezien een strikte lezing van de verdragstekst geen uitkomst bood en ook geen gezamenlijke toelichting van het overeengekomen verdrag beschikbaar was, trachten de belastingautoriteiten het gezamenlijke doel en de strekking aan te tonen middels algemene beginselen van internationaal

---

<sup>367</sup> Tydeman-Yousef, *WFR 2014/3*, p. 3.

<sup>368</sup> Tydeman-Yousef, *WFR 2014/3*, p. 2 & Conclusie van A-G van Ballegooijen – Zaak 39/224, ECLI:NL:PHR:2006:AX1086, overweging 4.1.3.

<sup>369</sup> Wetering, van de, *WFR 1994/492*, p. 3 & Tydeman-Yousef, *WFR 2014/3*, p. 3.

<sup>370</sup> Wetering, van de, *WFR 1994/492*, p. 3 & Tydeman-Yousef, *WFR 2014/3*, p. 3.

<sup>371</sup> Weeghel, van, *BNB 2007/42*, onderdeel 7.

<sup>372</sup> IJzerman 1991, p. 163 & 164.

<sup>373</sup> Zie specifiek *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2020 FCA 43 & Gooijer, *NTFR-B 2020/19*.

belastingrecht, de tekst van het verdrag, algemeen commentaar in de fiscale literatuur over verdragsmisbruik, het commentaar bij het OESO-MV van een latere datum dan waarop het verdrag tussen Canada en Luxemburg tot stand gekomen was en door bepalingen van het verdrag in samenhang te interpreteren en daaruit voorwaarden voor de toekenning van verdragsvoordelen te elimineren. Alle middelen, die de Canadese belastingautoriteiten aangevoerd hadden om het gezamenlijke doel en de strekking van een bepaling in het verdrag te achterhalen, waren volgens de Canadese *Federal Court of Appeal* niet specifiek genoeg om echt het gezamenlijke doel en de strekking van die specifieke bepaling af te leiden.<sup>374</sup> Als deze conclusie doorgetrokken wordt naar de mogelijke toepassing van *fraus tractatus* door de Nederlandse belastingautoriteiten, dient de inspecteur naar mijn mening dus middels hele specifieke middelen die echt wat kunnen zeggen over ‘de geest’ van een specifieke bepaling, het gezamenlijke doel en de strekking van een bepaling in het verdrag af te leiden. De HR acht daarentegen een latere versie van het OESO-commentaar wel relevant voor de interpretatie van (een bepaling in) het verdrag.<sup>375</sup> Ook ben ik van mening dat alle recente wijzigingen in het (commentaar van het) OESO-MV het gemakkelijker maken om het gezamenlijke doel en strekking van (een bepaling in) het verdrag te herleiden.

Volgens Van De Wetering speelt het bestaan van een specifieke antimisbruikbepaling in een verdrag ook een grote rol bij het achterhalen van het gezamenlijke doel en strekking van een verdrag.<sup>376</sup> Naar mijn mening geldt hetzelfde voor het bestaan van een algemene antimisbruikbepaling.<sup>377</sup> In de literatuur wordt betoogd dat het bestaan van een algemene geformuleerde verdragsdoelstelling om misbruik van het belastingverdrag te voorkomen voldoende lijkt te zijn om het gezamenlijke doel en de strekking van (een bepaling in) het verdragen te achter halen.<sup>378</sup> Desondanks ben ik van mening dat dit kan bijdragen aan het afleiden van het gemeenschappelijke doel en strekking van een verdrag, tenzij de formulering van die doelstelling zo vaag is, dat hier eigenlijk geen rechten aan ontleend kunnen worden.<sup>379</sup>

---

<sup>374</sup> Gooijer, *NTRF-B 2020/19*, p. 3.

<sup>375</sup> Zie bijvoorbeeld HR 21 februari 2003, nr. 37.011, ECLI:NL:HR:2003:AF2699 & Bosman, *MBB 2018/9*, p. 236.

<sup>376</sup> Wetering, van de, *WFR 1994/492*, p. 3

<sup>377</sup> Zie ook Weeghel, van, *TFB 2002 nr. 11/12*, p. 27.

<sup>378</sup> Zie bijvoorbeeld Wetering, van de, *WFR 1994/492*, p. 3 & Tydeman-Yousef, *WFR 2014/3*, p. 7.

<sup>379</sup> Zoals bijvoorbeeld bij paragraaf 41 van de Introductie bij het OESO-MV mijns inziens het geval is.

Zoals beargumenteerd is, speelt de nieuwe preambule mijns inziens dus een grote rol spelen bij het achterhalen van het doel en de strekking van een verdrag als geheel.

Aangezien antimisbruikbepalingen in de Nederlandse verdragen al sinds de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 en al helemaal door het MLI (indien beide partijen voor dezelfde opties geopteerd hebben) sterk zijn toegenomen, heeft de inspecteur naar mijn mening tegenwoordig meer houvast om het gemeenschappelijke doel en strekking van (een bepaling in) het verdrag af te leiden. Ook de wijzigingen in het commentaar, de Introductie, de titel en het grondbeginsel geven de inspecteur mijns inziens meer dan genoeg middelen om het gezamenlijke doel en strekking van (een bepaling in) het verdrag te achterhalen. Desondanks kan niet ontkend worden dat een gezamenlijke specifieke toelichting bij een verdrag wel hele duidelijke aangrijpingspunten geeft om de gemeenschappelijke bedoeling te achterhalen en daarom ook wenselijk is.

Nu ook aan het normvereiste van *fraus tractatus* dezelfde invulling gegeven wordt als aan die van *fraus legis*, kan naar mijn mening gesteld worden dat de toepassingsvereisten van *fraus tractatus* niet verschillen met die van het misbruik-van-recht-concept van het HvJ.

#### **4.3.2 De bewijslast**

Eveneens is de bewijslast hetzelfde verdeeld als bij de toepassing van het leerstuk van *fraus legis*.<sup>380</sup> Hierdoor dient de inspecteur aannemelijk te maken dat de rechtshandelingen de doorslaggevende beweegredes hadden om een belastingvoordeel te behalen en in strijd wordt gehandeld met het doel en de strekking van het verdrag.<sup>381</sup> De belastingplichtige dient vervolgens de mogelijkheid te krijgen om tegenbewijs te leveren. Kortom, de bewijslastverdeling verschilt ook bij *fraus tractatus* niet met het misbruik-van-recht-concept.

#### **4.3.3 Gevolgen van *fraus tractatus***

Indien verdragsmisbruik door de inspecteur is aangetoond, dient hier herstel plaats te vinden. Hierbij kan dezelfde conclusie getrokken worden als bij het leerstuk van *fraus legis*. Van geval tot geval dient te worden gekeken of herstel middels substitutie, dan wel via eliminatie kan

---

<sup>380</sup> Conclusie van A-G van Ballegooijen – Zaak nr. 39/224, ECLI:NL:PHR:2006:AX1086, overweging 4.1.3.

<sup>381</sup> Zie ook Bosman, *MBB 2018/9*, p. 248.

plaatsvinden. Op basis hiervan bestaat dus ook geen wezenlijk verschil met het misbruik-van-recht-concept. Toch wordt in de literatuur naar mijn mening terecht gesteld dat terughoudend met *fraus tractatus* om dient te worden gegaan.<sup>382</sup> Indien immers beide verdragspartners een eigen methode toepassen om verdragsmisbruik te bestrijden, kan dit leiden tot het schaden van de rechtszekerheid van een verdrag.

#### **4.3.4 *Fraus tractatus* in relatie tot het misbruik-van-recht-concept**

Aangezien de toepassingsvereisten, de bewijslast en de rechtsgevolgen van *fraus tractatus* niet wezenlijk verschillen<sup>383</sup> met die van *fraus legis* en bij *fraus legis* geconcludeerd is dat het misbruik-van-recht-concept, indien sprake is van misbruik van EU-recht, hetzelfde effect heeft, kan deze conclusie mijns inziens ook worden doorgetrokken naar *fraus tractatus*. Naar mijn mening komen *fraus tractatus* en het misbruik-van-recht-concept van het HvJ inhoudelijk overeen en zijn, enkel in de situaties waarop het EU-recht toepassing vindt, dus net zo effectief. Aangezien blijkt dat voor de toepassing van het misbruik-van-recht-concept ook geen nationale of verdragsrechtelijke bepaling vereist is, is het leerstuk van *fraus tractatus* mijns inziens dus enkel in de situaties die bestreken kunnen worden door het EU-recht, overbodig geworden. Voor alle overige situatie is dit, wellicht ten overvloede, niet het geval.

Naar mijn mening verschilt de efficiëntie van *fraus tractatus* niet met het misbruik-van-recht-concept. Beide kennen wezenlijk dezelfde open normen en kunnen hetzelfde bereiken. Enkel bij verdragen waar het gemeenschappelijke doel en de strekking niet direct te herleiden zijn, is het in mijn optiek kostbaarder om misbruik aan te tonen. Tevens bestaat de kans, zoals in de Canadese zaak *Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.* het geval was, dat verdragsmisbruik niet aangetoond kan worden en bestrijd het dus ook geen misbruik.

Ten slotte dient *fraus tractatus* ook nog uitvoerbaar te zijn voor zowel belastingplichtigen als de overheid. Hiervoor dient de leer dus voldoende eenvoudig en begrijpelijk te zijn voor belastingplichtigen. Aangezien *fraus tractatus* net zoals *fraus legis* open normen kent, is de leer altijd minder eenvoudig en begrijpelijk dan een specifieke antimisbruikbepaling. Aangezien het misbruik-van-recht-concept dezelfde open normen bevat, bestaat naar mijn mening geen

---

<sup>382</sup> Zie IJzerman, 1991, p. 164 & Willigenburg, van, *WFR 2006/961*, p. 3.

<sup>383</sup> Het verschil ziet enkel op de vraag of sprake is van strijdigheid met de nationale wet of een verdrag.

verschil in de uitvoerbaarheid van beide middelen. Tevens is een voordeel van open normen dat dit ook weer flexibiliteit geeft. Dit geldt eveneens voor de uitvoerbaarheid door de overheid. Het kan echter anders zijn indien het gezamenlijke doel en strekking van een verdrag door de overheid lastig te achterhalen is. In die specifieke gevallen, die zich mijns inziens door alle antimisbruik-ontwikkelingen minder vaak voordoen, lijkt het misbruik-van-recht-concept beter uitvoerbaar door de overheid.

Alles tezamen genomen ben ik van mening dat *fraus tractatus* ten opzichte van het misbruik-van-recht-concept, in de situaties die bestreken worden door het EU-recht, geen aanvullende rol speelt. Geconcludeerd kan worden dat *fraus tractatus* enkel in die gevallen overbodig is.

#### 4.4 De PPT

Door actiepunt 6 van het BEPS-project is artikel 29 van het OESO-MV in 2017 gewijzigd. In het nieuwe artikel 29 OESO-MV zijn nu diverse antimisbruikbepalingen opgenomen om een minimumstandaard tegen verdragsmisbruik in verdragen te genereren. Aangezien de wijzigingen in het OESO-MV enkel gevolgen hebben voor nieuw te sluiten verdragen en in beginsel niet voor bestaande verdragen<sup>384</sup>, zijn deze bepalingen ook opgenomen in het MLI. Via het MLI kunnen alle deelnemende jurisdicties de bilaterale belastingverdragen op een gemeenschappelijke manier aanpassen.<sup>385</sup> Indien beide verdragspartners het MLI hebben getekend en een desbetreffende bepaling in het MLI hebben ‘aangevinkt’ werken de gemaakte keuzes door naar het bilaterale belastingverdrag tussen twee jurisdicties.<sup>386</sup>

Bij de implementatie van BEPS actiepunt 6 hebben de lidstaten drie mogelijkheden om aan de minimumstandaard te voldoen<sup>387</sup>, namelijk:

1. het opnemen van een algemene antimisbruikbepaling (PPT);
2. het opnemen van een specifieke antimisbruikbepaling (LOB) gecombineerd met een algemene antimisbruikbepaling (PPT); of

---

<sup>384</sup> Tenzij verdragspartijen het bestaande belastingverdrag zouden heronderhandelen.

<sup>385</sup> Zie ook paragraaf 13 van het *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* & Kok, *MBB 2017/4*, p. 147.

<sup>386</sup> Kavelaars, *TFO 2018/159.1*, p. 1.

<sup>387</sup> Zie het rapport inzake BEPS-actie 6, p. 10 en deel A, Bosman, *MBB 2018/9*, p. 242 & Kavelaars, *TFO 2018/159.1*, p. 2.

3. het opnemen van een specifieke antimisbruikbepaling (LOB) aangevuld met een anticonduitbepaling (anti-doorstroombepaling).

Aangezien Nederland, net zoals de meeste andere (Europese) landen, uitsluitend geopteerd heeft voor de PPT, wordt enkel geanalyseerd hoe de PPT zich verhoudt tot het misbruik-van-recht-concept.<sup>388</sup>

#### 4.4.1 De beoordeling van de PPT

De tekst van de PPT opgenomen in artikel 29 lid 9 OESO-MV en artikel 7 lid 1 van het MLI luidt<sup>389</sup>:

*“Niettegenstaande enige bepaling van een gedekt belastingverdrag, wordt een voordeel waarin dat gedekte belastingverdrag voorziet niet toegekend met betrekking tot een inkomens- of vermogensbestanddeel wanneer er, rekening houdend met alle relevante feiten en omstandigheden, redelijkerwijs kan worden geconcludeerd dat het verkrijgen van dat voordeel een van de voornaamste doelen was van een constructie of transactie die direct of indirect tot dat voordeel geleid heeft, tenzij vastgesteld wordt dat het toekennen van dat voordeel in die omstandigheden in overeenstemming zou zijn met het voorwerp en het doel van de desbetreffende bepalingen van het gedekte belastingverdrag.”*

Uit deze bepaling valt op te merken dat ook de PPT een motiefvereiste (subjectief criterium) en een normvereiste (objectief criterium) kent. In tegenstelling tot het misbruik-van-recht-concept en fraus tractatus, zijn dit niet twee cumulatieve toepassingsvereisten. Het motiefvereiste moet gezien worden als hoofdregel en het normvereiste als uitzondering.<sup>390</sup> Dit speelt echter meer een rol bij de bewijslastverdeling.<sup>391</sup> In de literatuur wordt betoogd dat de PPT gezien kan worden als codificatie van fraus tractatus.<sup>392</sup> Zoals ook reeds is aangegeven, kan de PPT ook

---

<sup>388</sup> Zie ook *Kamerstukken II* 2016/17, 25 087, nr. 137, p. 4.

<sup>389</sup> Zie specifiek artikel 7 lid 1 van het naar het Nederlands vertaalde MLI, <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-dutch.pdf>.

<sup>390</sup> Zie ook paragraaf 170 van het commentaar bij artikel 29 OESO-MV, Kok, *WFR* 2015/184, p. 2, Bosman, *MBB* 2018/9, p. 244 & Gooijer, *NtFR-B* 2020/19, p. 6.

<sup>391</sup> Bosman, *MBB* 2018/9, p. 244.

<sup>392</sup> Kok, *WFR* 2015/184, p. 2.



gezien worden als codificatie van het groundbeginsel.<sup>393</sup> Op basis van analogie kan dan ook beargumenteerd worden dat *fraus tractatus* overeenkomt met het groundbeginsel.

#### 4.4.1.1 Het motiefvereiste (subjectieve criterium)

Het motiefvereiste van de PPT houdt in dat de verdragsvoordelen niet worden toegekend indien het verkrijgen van een voordeel<sup>394</sup> het voornaamste doel of een van de voornaamste doelen van een constructie of transactie was.<sup>395</sup> Dit moet blijken uit een objectieve analyse van alle doelstellingen van alle bij de constructie of transactie betrokken personen.<sup>396</sup> Hiervoor dienen alle relevante feiten en omstandigheden meegenomen te worden.<sup>397</sup> In paragraaf 180 van het commentaar bij artikel 29 lid 9 OESO-MV wordt nader in gegaan op ‘een van de voornaamste doelen’, waarna in paragraaf 182 diverse voorbeelden gegeven worden.<sup>398</sup>

In de literatuur wordt betoogd dat het motiefvereiste van de PPT vanuit de belastingautoriteiten gezien kan worden als lichte toets.<sup>399</sup> Waar bij het misbruik-van-recht-concept gesproken wordt van het hoofddoel of één van de hoofddoelen (*‘main purpose’*) van een constructie, draait het bij de toepassing van de PPT immers om het voornaamste of een van de voornaamste doelen (*‘principle purpose’*) van een constructie. Ik deel deze mening niet. Uit paragraaf 178 van het commentaar bij artikel 29 lid 9 OESO-MV blijkt immers dat belastingautoriteiten niet te snel mogen concluderen dat voldaan is aan het motiefvereiste. Oorspronkelijk is de toepassing van een belastingverdrag immers ook bedoeld om voordelen te verkrijgen. Dit wil echter nog niet zeggen dat dit ook perse het voornaamste doel is van een transactie.<sup>400</sup> Ook wordt in de parlementaire behandeling bij de PPT gesproken van ‘het hoofddoel of een van de hoofddoelen’.<sup>401</sup> Naar mijn mening bestaat in de toepassing van de PPT en de toepassing van

---

<sup>393</sup> Zie ook Bosman, *MBB 2018/9*, p. 238 & paragraaf 77 van het commentaar op artikel 1 OESO-MV in 2003.

<sup>394</sup> Zie voor de uitleg wat bedoeld wordt met een voordeel paragraaf 175 van het commentaar bij artikel 29 OESO-MV.

<sup>395</sup> Kok, *WFR 2015/184*, p. 3 & Pötgens, *Cursus Belastingrecht - IBR.3.5.6.B.b.*

<sup>396</sup> Zie paragraaf 178 van het commentaar bij artikel 29 OESO-MV.

<sup>397</sup> Zie paragraaf 179 van het commentaar bij artikel 29 OESO-MV.

<sup>398</sup> Zie voor een verdere bespreking van deze voorbeelden ook Bosman, *MBB 2018/9*, p. 250.

<sup>399</sup> Zie onder andere Kok, *WFR 2015/184*, p. 3 & Boulogne, *NTFR 2020/265*, p. 1.

<sup>400</sup> Zie ook Bosman, *MBB 2018/9*, p. 249.

<sup>401</sup> *Kamerstukken II 2017/18*, 34 853, nr. 6.

het misbruik-van-recht-concept op basis van het motiefvereiste de facto dus geen verschil. Dezelfde conclusie kan worden getrokken omtrent de toepassing van *fraus tractatus*.<sup>402</sup>

In tegenstelling tot het misbruik-van-recht-concept<sup>403</sup> kent de PPT geen expliciet kunstmatigheidsvereiste. Dientengevolge heeft de Europese Commissie de lidstaten aanbevolen om een aangepaste PPT, waarin wel een kunstmatigheidsvereiste is opgenomen, in de bilaterale verdragen op te nemen.<sup>404</sup> Toch bestaat in de literatuur verschil van mening of de PPT niet toch een kunstmatigheidsvereiste bevat.<sup>405</sup> Naar mijn mening, en daarmee sluit ik aan bij Bosman en Weber, speelt kunstmatigheid een rol bij de beoordeling van het motiefvereiste.<sup>406</sup> Dit blijkt onder andere uit paragraaf 178 en 179 van het commentaar bij artikel 29 lid 9 OESO-MV. Aangezien alle relevante feiten en omstandigheden bij de beoordeling van het motiefvereiste meegenomen moeten worden, spelen hierbij naar mijn mening ook reële economische activiteiten en dus de economische realiteit een rol.<sup>407</sup> Dit blijkt ook uit paragraaf 181 van het commentaar bij artikel 29 lid 9 OESO-MV: “... *In particular, where an arrangement is inextricably linked to a core commercial activity, and its forms has not been driven by considerations of obtaining a benefit, it is unlikely that its principle purpose will be considered to obtain that benefit. ...*”. Het enige probleem is dat kunstmatigheid bij de toepassing van de PPT in tegenstelling tot het misbruik-van-recht-concept niet vereist is.<sup>408</sup> Dientengevolge kunnen ook niet kunstmatige constructies onder de reikwijdte van deze antimisbruikbepaling vallen.<sup>409</sup> Naar mijn mening brengt de PPT dan ook een risico tot overkill met zich. De reikwijdte van PPT kan dus in bepaalde gevallen breder zijn dan het misbruik-van-recht-concept. Mijns inziens moet hierbij wel rekening gehouden worden met het principe dat belastingplichtigen in beginsel voor de fiscaal gunstigste weg mogen gaan.<sup>410</sup> Ten slotte

---

<sup>402</sup> Zie hierbij ook Boulogne, *NTFR 2020/265*, p. 2 & Bosman, *MBB 2018/9*, p. 245.

<sup>403</sup> Maar ook de GAAR van ATAD I en artikel 1 lid 2 van de Moeder-dochterrichtlijn.

<sup>404</sup> Aanbeveling van de Commissie van 28 januari 2016 over de implementatie van maatregelen om misbruik van belastingverdragen tegen te gaan, C(2016) 271 final, p. 3 & 4.

<sup>405</sup> Zie bijvoorbeeld Weber, *Erasmus Law Review – Issue 1 2017*, p. 57, Bosman, *MBB 2018/9*, p. 245, Rasenberg, *WFR 2017/93*, p. 3 & Koriak, *European Taxation, 2016 (Volume 56)*, No 12.

<sup>406</sup> Weber, *Erasmus Law Review – Issue 1 2017*, p. 57, Bosman, *MBB 2018/9*, p. 245.

<sup>407</sup> Weber, *Erasmus Law Review – Issue 1 2017*, p. 51, Bosman, *MBB 2018/9*, p. 245.

<sup>408</sup> Zie ook Weber, *Erasmus Law Review – Issue 1 2017*, p. 57.

<sup>409</sup> Kok, *WFR 2015/184*, p. 3.

<sup>410</sup> Kok, *WFR 2015/184*, p. 3.

kunnen andere zakelijke overwegingen (economische argumenten) het bestaan van misbruik niet ontkennen.<sup>411</sup> Dit geldt ook bij de toepassing van het-misbruik-van-recht-concept.

Ondanks dat de motiefvereisten tekstueel van elkaar verschillen en die van de PPT ‘lichter’ lijkt, ben ik van mening dat dit bij de uiteindelijke toepasbaarheid niet het geval is. Tevens komt de opzet wel overeen. Voor beide dienen alle relevante feiten en omstandigheden door de inspecteur bij de beoordeling te worden meegenomen. Naar mijn mening is het vereiste van gekunsteldheid net zoals bij *fraus legis* en *fraus tractatus* onderdeel van het motiefvereiste. Desondanks is dit vereiste niet verplicht voor de toepassing van de PPT en bestaat een risico tot overkill. Alles tezamen genomen ben ik van mening dat het subjectieve criterium van het misbruik-van-recht-concept en de PPT niet wezenlijk van elkaar verschillen.

#### **4.4.1.2 Het normvereiste (objectieve criterium)**

Het normvereiste van de PPT moet gezien worden als uitzondering op de hoofdregel.<sup>412</sup> Het is dus aan de belastingplichtige om te beargumenteren dat het verlenen van de verdragsvoordelen in overeenstemming is met het doel en de strekking van een bepaling van het belastingverdrag. Hierbij gaat het in beginsel dus niet om het doel en de strekking van het verdrag als geheel.<sup>413</sup> Ook geldt net zoals bij het normvereiste van *fraus tractatus* dat het doel en de strekking afgeleid moet worden uit het de gezamenlijke bedoeling van verdragspartijen en dat dit mogelijk is via de tekst van een bepaling, de gezamenlijke toelichting bij het verdrag, dan wel het commentaar bij het OESO-MV.<sup>414</sup> Aangezien de preambule van het OESO-MV gewijzigd is en dit ook gevolgen heeft voor de al bestaande belastingverdragen via artikel 6 van het MLI, is het voorkomen van belastingontwijking ook een van de doelen van het belastingverdrag en speelt de nieuwe preambule dus naar mijn mening ook een grote rol bij het normvereiste van de PPT. De PPT en de nieuwe preambule hebben een wisselwerking op elkaar.<sup>415</sup> Hierdoor dient het normvereiste zo uitgelegd te worden dat het enkel in overeenstemming is met doel en strekking van een bepaling als de verdragsvoordelen verleend worden indien geen sprake is van

---

<sup>411</sup> Zie ook Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, p. 5.

<sup>412</sup> Kok, *WFR 2015/184*, p. 2, Bosman, *MBB 2018/9*, p. 244 & Gooijer, *NTFR-B 2020/19*, p. 6.

<sup>413</sup> Zoals wel het geval is bij de nieuwe preambule van het OESO-MV zoals ook opgenomen in artikel 6 van het MLI.

<sup>414</sup> Bosman, *MBB 2018/9*, p. 248.

<sup>415</sup> Gooijer, *NTFR-B 2020/19*, p. 7.

verdragsmisbruik.<sup>416</sup> Ten slotte kan uit de Canadese zaak *Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*<sup>417</sup> worden afgeleid dat middels hele specifieke middelen ‘de geest’ van een specifieke bepaling moet worden bepaald. Toch bevatten de verdragen onder andere door het BEPS-project in mijn optiek voldoende aanknopingspunten om het gezamenlijke doel en strekking uit af te leiden.

Uit bovenstaande kan naar mijn mening geconcludeerd worden dat het normvereiste van de PPT, los van de bewijslastverdeling, niet verschilt met het normvereiste van het misbruik-van-recht-concept van het HvJ, dan wel van het normvereiste van *fraus tractatus*.

#### 4.4.2 De bewijslast

Zoals reeds genoemd is, is de bewijslast voor de PPT anders verdeeld dan bij het misbruik-van-recht-concept van het HvJ dan wel bij *fraus tractatus*.<sup>418</sup> Het is allereerst aan de inspecteur om middels alle relevante feiten en omstandigheden redelijkerwijs te concluderen (aannemelijk te maken) dat belastingverijdeling een van de voornaamste doelen was van transactie of constructie.<sup>419</sup> Vervolgens kunnen belastingplichtigen aannemelijk maken dat het toekennen van de belastingvoordelen in lijn is met doel en strekking van (een bepaling in) het verdrag.<sup>420</sup> Het normvereiste kan dus gezien worden als mogelijkheid om tegenbewijs te leveren.<sup>421</sup> Toch kan het mijns inziens lastig zijn voor een belastingplichtige om aan de inspecteur duidelijk te maken dat niet voldaan is aan het normvereiste.<sup>422</sup> Het is immers geen feitelijke aangelegenheid. Aangezien de beoordeling van het doel en de strekking van (een bepaling in) het verdrag meer een juridische beoordeling is, zal een rechter dus hoogstwaarschijnlijk moeten beoordelen of voldaan is aan het normvereiste (dus of in strijd gehandeld wordt met doel en strekking van het verdrag).<sup>423</sup> Desondanks moet een belastingplichtige wel middelen aanvoeren waardoor aannemelijk gemaakt wordt dat niet in strijd met doel en strekking van het verdrag gehandeld wordt.

---

<sup>416</sup> Gooijer, *NTR-B 2020/19*, p. 7.

<sup>417</sup> Zie specifiek *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2020 FCA 43 & Gooijer, *NTR-B 2020/19*.

<sup>418</sup> Zie ook paragraaf 170 van het commentaar bij artikel 29 OESO-MV.

<sup>419</sup> Bosman, *MBB 2018/9*, p. 249.

<sup>420</sup> Zie ook specifiek Bosman, *MBB 2018/9*, p. 249 waarin hij naar mijn mening terecht beargumenteerd waarom de bewijslast (aannemelijk maken of doen blijken) voor belastingautoriteiten en belastingplichtigen even zwaar is.

<sup>421</sup> Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, p. 8.

<sup>422</sup> Bosman, *MBB 2018/9*, p. 249 & Gooijer, *NTR-B 2020/19*, p. 6.

<sup>423</sup> Bosman, *MBB 2018/9*, p. 249 & Gooijer, *NTR-B 2020/19*, p. 6.

Als de bewijslast van de PPT vergeleken wordt met het misbruik-van-recht-concept van het HvJ bestaat in beginsel een belangrijk verschil. Naar mijn mening kan, zoals Bosman terecht heeft gesteld, geconcludeerd worden dat het voor belastingautoriteiten gunstiger is om een beroep te doen op een PPT, dan om misbruik te bestrijden via het misbruik-van-recht-concept of *fraus tractatus*.<sup>424</sup> Daarentegen maakt het feitelijk niet uit wie de bewijslast omtrent het normvereiste heeft, aangezien de rechter dit veelal zelfstandig dient te toetsen en de uitkomst dus niet afhankelijk zal zijn van de argumenten die de partijen aanvoeren.<sup>425</sup>

#### 4.4.3 Gevolgen van de PPT

Indien verdragsmisbruik wordt aangetoond, worden de verdragsvoordelen niet verleend.<sup>426</sup> Onduidelijk is echter of direct alle voordelen van het belastingverdrag niet meer worden verleend of dat enkel dat specifieke voordeel niet verleend wordt.<sup>427</sup> Oftewel, wordt de toegang tot het verdrag geweigerd indien sprake is van verdragsmisbruik of niet? Naar mijn mening kan uit paragraaf 174 worden afgeleid dat alle verdragsvoordelen geweigerd worden indien sprake is van verdragsmisbruik.<sup>428</sup> Ook blijkt niet duidelijk te zijn wat de interacties is tussen de bronstaat en woonstaat, indien de bronstaat de PPT toepast.<sup>429</sup> Dit kan nog ingewikkelder worden indien sprake is van *triangular cases*.<sup>430</sup>

Van een substitutie- of wegdenkgedachte wordt in elk geval niet gesproken. Naar mijn mening is dus niet aanstonds duidelijk of de rechtsgevolgen van de PPT verschillen met de rechtsgevolgen van het misbruik-van-recht-concept, dan wel met de toepassing van *fraus tractatus*. Ik beveel dan ook aan dat in het commentaar bij artikel 29 meer aandacht besteed wordt aan de rechtsgevolgen van de PPT. Dit komt de rechtszekerheid immers ten goede.

---

<sup>424</sup> Bosman, *MBB 2018/9*, p. 249.

<sup>425</sup> Gooijer, *NTFR-B 2020/19*, p. 6.

<sup>426</sup> Bijvoorbeeld een vrijstelling of een tariefverlaging.

<sup>427</sup> Bosman, *MBB 2018/9*, p. 247 & Lang, *Tax Notes International 2014*, p. 661.

<sup>428</sup> Zie specifiek: “... *may deny the benefits of a tax convention where it is reasonable to conclude ... that one of the principle purposes of an arrangement or transaction was for a benefit under a tax treaty to be obtained.*”

<sup>429</sup> Bosman, *MBB 2018/9*, p. 247.

<sup>430</sup> Lang, *Tax Notes International 2014*, p. 661.

#### 4.4.4 De PPT in relatie tot het misbruik-van-recht-concept

Ondanks dat de bewijslastverdeling van de PPT in beginsel afwijkt van die van het misbruik-van-recht-concept, heeft dit naar mijn mening geen andere uitkomsten tot gevolg. Dit komt omdat de vraag omtrent het doel en de strekking van het verdrag (het normvereiste) toch meer een juridische aangelegenheid is. Tevens lijkt het motiefvereiste van de PPT voor de inspecteur een lichtere toets te zijn dan die van het misbruik-van-recht-concept, doordat bij het motiefvereiste van de PPT niet gesproken wordt van 'het hoofddoel of een van de hoofdoelen', maar van 'het voornaamste doel of voornaamste doelen' van een transactie of een constructie. Ik ben echter een andere mening toegegaan. Feitelijk bestaat naar in mijn optiek immers geen wezenlijk verschil in de toepassing van tussen 'het voornaamste doel of een van de voornaamste doelen' van de PPT en 'het hoofddoel of een van de hoofdoelen' van het misbruik-van-recht-concept. Daarom bestaat voor de inspecteur mijns inziens dan ook geen verschil tussen het motiefvereiste van de PPT en het motiefvereiste van het misbruik-van-recht-concept van het HvJ. Ten slotte blijkt ook de PPT (een niet noodzakelijk) vereiste van gekunsteldheid te bevatten. Alles tezamen genomen kan naar mijn mening geconcludeerd worden dat, ondanks dat de teksten van elkaar verschillen, de opzet van de PPT en het misbruik-van-recht-concept wezenlijk vergelijkbaar zijn. Sinds de toepassing van het algemene Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik is de PPT indien sprake is van verdragsmisbruik (in relatie tot voordelen die voortvloeien uit het EU-recht) in mijn optiek overbodig. Ook is naar mijn mening dus in de literatuur terecht gesteld dat de PPT een codificatie is van *fraus tractatus*, maar ook van het grondbeginsel.<sup>431</sup> Ook hierdoor kan geconcludeerd worden dat de PPT in een belastingverdrag (enkel vanuit Nederland bezien) overbodig is.

Ook de staatssecretaris is van mening dat de PPT en de GAAR van ATAD I niet wezenlijk verschillen van elkaar.<sup>432</sup> Aangezien reeds geconcludeerd is dat het misbruik-van-recht-concept en de GAAR van ATAD I inhoudelijk overeenkomen, acht ik de constatering van de staatssecretaris juist. Opvallend vind ik overigens wel dat de staatssecretaris naar aanleiding van vragen omtrent de Danmark-arresten gesteld heeft dat belastingplichtigen zich ondanks dat sprake is van misbruik van EU-recht en het misbruik-van-recht-concept dus van toepassing is, wel op een bilateraal belastingverdrag kunnen beroepen (totdat de PPT in dat verdrag is

---

<sup>431</sup> Kok, *WFR 2015/184*, p. 2 & Bosman, *MBB 2018/9*, p. 238 & paragraaf 77 van het commentaar op artikel 1 OESO-MV in 2003.

<sup>432</sup> *Kamerstukken II 2016/17*, 25 087, nr. 148, p. 24.

opgenomen of doorwerkt naar dat verdrag via het MLI).<sup>433</sup> Dit acht ik gezien het algemeen Unierechtelijk beginsel van verbod van misbruik, maar ook door het reeds bestaan van het groundbeginsel, niet juist. Indien een nationale of verdragsrechtelijke bepaling immers ontbreekt, zijn de lidstaten alsnog verplicht om de voordelen te weigeren.

De Commissie Misbruik van Recht is van mening dat een algemene antimisbruikbepaling onder andere door de lastige technische vormgeving geen effectief middel is om internationale belastingontwijking te bestrijden.<sup>434</sup> Deze mening deel ik niet. Naar mijn mening verdient een algemene bepaling in beginsel altijd de voorkeur boven een specifieke, omdat open normen flexibeler zijn.

Gezien het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat de PPT en het misbruik-van-recht-concept even effectief zijn. In bepaalde gevallen kan gesteld worden dat de PPT effectiever is, aangezien niet altijd voldaan hoeft te zijn aan het kunstmatigheidsvereiste. Mijns inziens leidt dit echter tot een overkill en is dit onwenselijk.

Zowel de PPT als het misbruik-van-recht-concept hanteren open normen. Mijns inziens hebben deze middelen hetzelfde kosten/baten plaatje en zijn de PPT en het misbruik-van-recht-concept dus even efficiënt.

In de praktijk heerst naar mijn mening onnodige angst omtrent de toepassing van de PPT.<sup>435</sup> De reikwijdte van de open normen van de PPT lijken niet altijd even duidelijk te zijn, waardoor belastingplichtige bang zijn voor de toepassing van de PPT met de bijbehorende consequenties. Zoals reeds beargumenteerd is, is het motiefvereiste niet zo ‘licht’ als reeds gedacht wordt. Ook blijkt dat de Nederlandse wetgever het gekunsteldheidsvereiste als belangrijke indicator ziet voor de PPT en spelen ook hier substance-voorwaarden, weliswaar als safe harbour, een rol.<sup>436</sup> Dit beperkt naar mijn mening mogelijke overkill van de PPT. Dit maakt de PPT naar mijn mening voor belastingplichtigen dan ook net zo uitvoerbaar als het misbruik-van-recht-concept. Dat belastingplichtigen nu de bewijslast hebben omtrent het normvereiste, heeft hier naar mijn mening geen effect op, omdat dit toch meer een rechtelijke aangelegenheid is. Ondanks dat de

---

<sup>433</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2019, vraag 11.

<sup>434</sup> Zie het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, p. 31.

<sup>435</sup> Boulogne, *NTR 2020/265*, p. 1.

<sup>436</sup> *Kamerstukken II 2017/18*, 34 853, nr. 6, p. 29.

overheid bij de PPT een minder zware bewijslast lijkt te hebben, bestaan naar mijn mening uiteindelijk geen wezenlijke verschillen met het misbruik-van-recht-concept.

Alles tezamen genomen kan geconcludeerd worden dat de PPT dus gezien kan worden als codificatie van *fraus tractatus* en het grondbeginsel. Ook bestaat geen wezenlijk verschil met de toepassing van het misbruik-van-recht-concept. De opname van een PPT is naar mijn mening (vanuit Nederlands perspectief) dan ook overbodig indien sprake is van verdragsmisbruik (in relatie tot voordelen die voortvloeien uit het EU-recht).

#### **4.5 Specifieke antimisbruikbepalingen**

Met name door het BEPS-project bevat het OESO-MV ook verscheidende specifieke antimisbruikbepalingen. Tevens zijn veel van deze specifieke antimisbruikbepalingen ook opgenomen in het MLI. Nederland heeft omtrent deze antimisbruikbepalingen, op de *saving clause* van artikel 11 MLI na, geen voorbehoud gemaakt. Ook bevat het OESO-MV al voor het BEPS-project in verschillende artikelen een *beneficial owner* vereiste.

Allereerst worden de specifieke antimisbruikbepalingen die in relatie staan met de voordelen vanuit het EU-recht geanalyseerd. Dit zijn de *beneficial owner* eis en de 365-dagenregel voor deelnemingsdividenden. Gekeken wordt in hoeverre deze specifieke antimisbruikbepalingen eigenlijk noodzakelijk zijn nu ook het misbruik-van-recht-concept in de directe belastingen toepassing gevonden heeft. Hierna worden de overige antimisbruikbepalingen in relatie tot de PPT, *fraus tractatus* en het grondbeginsel nog kort besproken. De *saving clause*, die ook opgenomen is in artikel 1 lid 3 OESO-MV, wordt verder onbesproken gelaten, aangezien Nederland maar ook vele andere landen deze bepaling niet hebben toegepast.<sup>437</sup>

##### **4.5.1 Beneficial owner**

Zowel artikel 10 (dividenden), artikel 11 (rente), als artikel 12 (royalty's) van het OESO-MV bevat een uiteindelijk gerechtigde (*beneficial owner*) vereiste. Deze specifieke antimisbruikbepalingen zijn geen gevolg van het BEPS-project en zijn al langere tijd

---

<sup>437</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34 835, nr. 6, p. 33. Zie voor een bespreking van de *saving clause* ook Kavelaars *TFO 2018/159.1*, p. 7 of Kok, *MBB 2017/4*, p. 155 & 156.



opgenomen in het OESO-MV.<sup>438</sup> Door paragraaf 9 en 10 van commentaar bij artikel 1 van het OESO-MV 1977 wordt al duidelijk dat het begrip ‘*beneficial owner*’ opgenomen is om oneigenlijk gebruik van het verdrag tegen te gaan. Hierbij wordt expliciet gesproken van het gebruik van kunstmatige juridische constructies om verdragsvoordelen te verkrijgen en dus belasting te ontwijken.<sup>439</sup> Artikel 10 en 11 van het OESO-MV kennen een gedeeld heffingsrecht. Hierdoor mag de bronstaat beperkt heffen en is het overige toebedeeld aan de woonstaat, die tevens voorkoming van dubbele belasting dient te verlenen. De bronstaat stelt wel voorwaarden aan dit beperkte heffingsrecht; de ontvangende entiteit moet naast inwoner van de woonstaat ook de uiteindelijk gerechtigde tot die voordelen zijn.<sup>440</sup> Het heffingsrecht over royalty’s is volgens het OESO-MV toegewezen aan de woonstaat.<sup>441</sup> Ook hier geldt de eis dat de inwoner ook echt de uiteindelijk gerechtigde tot die voordelen moet zijn. Indien de ontvanger van de inkomsten dus niet de ‘*beneficial owner*’ is, worden de verdragsvoordelen dus niet toegekend.<sup>442</sup>

Hierbij is van belang hoe het begrip ‘*beneficial owner*’ geïnterpreteerd wordt. Lange tijd werd dit begrip namelijk verschillend geïnterpreteerd en bestond met name verschil van mening over of het begrip economisch, net zoals in het de Engelse zaak *Indofood*<sup>443</sup>, dient te worden opgevat of niet.<sup>444</sup> Het commentaar bij het begrip ‘*beneficial owner*’ is in 2003 en vervolgens 2014 gewijzigd en verduidelijkt.<sup>445</sup> Hierdoor is expliciet duidelijk geworden dat het begrip ‘*beneficial owner*’ een verdragsrechtelijke betekenis heeft en dus losstaat van het nationale recht van verdragsstaten.<sup>446</sup> Eveneens is mijns inziens duidelijk dat dit begrip wel economisch dient te worden opgevat en niet in enge en technische zin dient te worden uitgelegd.<sup>447</sup> Bij de

---

<sup>438</sup> Al sinds 1977 en in 2003 aangepast naar de huidige bewoording. Zie specifiek paragraaf 12 van het commentaar bij artikel 10 OESO-MV.

<sup>439</sup> Zie ook specifiek r.o. 3 t/m 7 van het Danmark-arrest ECLI:EU:C:2019:134.

<sup>440</sup> Zie ook Pötgens 2010, p. 167.

<sup>441</sup> In veel bilaterale verdragen geldt overigens ook bij artikel 12 OESO-MV een verdeeld heffingsrecht. Zie ook Pötgens 2010, p. 167.

<sup>442</sup> Zie ook Kavelaars, *NTFR 2014/46*, p. 3.

<sup>443</sup> Zie specifiek Court of Appeal 2006, EWCA Civ 158 (*Indofood International Finance Ltd. vs. JP Morgan Chase Bank N.A., London Branch*).

<sup>444</sup> Zie Pötgens 2010, p. 176.

<sup>445</sup> Het commentaar omtrent het begrip ‘*beneficial owner*’ in artikel 10, 11 en 12 OESO-MV verschilt inhoudelijk niet wezenlijk van elkaar. Ik verwijs daarom enkel naar het commentaar bij artikel 10 OESO-MV.

<sup>446</sup> Zie hierbij ook Kavelaars, *NTFR 2014/46*, p. 3.

<sup>447</sup> Zie ook paragraaf 12.1 van het commentaar bij artikel 10 OESO-MV.

uitleg van het begrip ‘*beneficial owner*’ wordt tegenwoordig expliciet duidelijk gemaakt dat een doorstroomvennootschap niet gezien kan worden als uiteindelijk gerechtigde.<sup>448</sup> Dit komt omdat de doorstroomentiteit weliswaar formeel over de inkomsten beschikt, maar feitelijk niet het economische genot en gebruik van de inkomsten heeft. Ook worden in het commentaar diverse voorbeelden gegeven van ontvangende partijen die niet aangemerkt kunnen worden als uiteindelijk gerechtigde, namelijk trustees of louter beheerders van een rekening van de belanghebbende.<sup>449</sup> Ook zij hebben immers niet het economische genot over de ontvangen inkomsten.

Ten slotte blijkt uit het commentaar dat het begrip ‘*beneficial owner*’ geïnterpreteerd dient te worden in het licht van de context, het voorwerp en het doel van het verdrag.<sup>450</sup> Ook blijkt dat het verlenen van verdragsvoordelen aan een doorstroomvennootschap in strijd is met het doel en de strekking van het belastingverdrag, namelijk het voorkomen van verdragsmisbruik.

Naar mijn mening bestaat ook hier geen inhoudelijk verschil met de uiteindelijk gerechtigde-eis uit de Interest- en royaltyrichtlijn, dan wel artikel 4 lid 4 Wet DB 1965.<sup>451</sup> Of nationaalrechtelijk exact dezelfde betekenis aan het begrip uiteindelijk gerechtigde toe komt, laat ik verder onbesproken.<sup>452</sup> Zowel bij de uiteindelijk gerechtigde-eis uit de Interest- en royaltyrichtlijn, als bij artikel 4 lid 4 Wet DB 1965 heb ik geconcludeerd dat de genoemde situaties die bestreden moeten worden middels een uiteindelijk gerechtigde-eis naar mijn mening ook bestreden kunnen worden door het misbruik-van-recht-concept. Hetzelfde geldt mijns inziens dus ook voor *fraus tractatus* dan wel een PPT. De ‘*beneficial owner*’ vereisten zijn naar mijn mening dan ook overbodig en dienen daarom te vervallen. Ik verwijs hierbij voor een volledige analyse en vergelijking met het misbruik-van-recht-concept naar paragraaf 2.3.2.2.

---

<sup>448</sup> Zie specifiek paragraaf 12.3 van het commentaar bij artikel 10 OESO-MV.

<sup>449</sup> Zie specifiek paragraaf 12.4 van het commentaar bij artikel 10 OESO-MV.

<sup>450</sup> Zie specifiek paragraaf 12.1 van het commentaar bij artikel 10 OESO-MV.

<sup>451</sup> Zie ook specifiek het Danmark-arrest ECLI:EU:C:2019:134 r.o. 91.

<sup>452</sup> Zie in dit verband ook Kavelaars, *NtFR 2014/46*, p. 3.

## 4.5.2 Deelnemingsdividenden

In artikel 10 lid 2 OESO-MV is een specifieke antimisbruikbepaling opgenomen die met name ziet op het bestrijden van *dividend transfer transactions*.<sup>453</sup> Voor het verkrijgen van verdragsvoordelen, een verlaging of vrijstelling van bronbelasting, dient sprake te zijn van een deelnemingsverhouding van ten minste 25% en moet sprake zijn van een bezitsperiode van 365 onafgebroken dagen. Voor deze bepaling is het niet noodzakelijk dat het belang bij een dividenduitkering reeds 365 dagen in bezit is. De verdragsvoordelen kunnen ook achteraf verleend worden.<sup>454</sup> Ook is van belang dat bij het bepalen van de bezitsperiode geen rekening wordt gehouden met andere redenen van eigendomswijzigingen door bijvoorbeeld een interne reorganisatie.<sup>455</sup> Deze antimisbruikbepaling is ook opgenomen in artikel 8 van het MLI en werkt dus door naar de reeds bestaande belastingverdragen. Nederland past dit artikel toe.<sup>456</sup> Opvallend aan deze keuze vind ik overigens dat Nederland in het verleden zowel in de deelnemingsvrijstelling als in de dividendbelasting een minimale bezitstermijn kende.<sup>457</sup> Deze bepalingen zijn echter komen te vervallen.<sup>458</sup>

Als deze specifieke antimisbruikbepaling vergeleken wordt met de minimumhoudsterperiode bepalingen in de Moeder-dochterrichtlijn en Interest- en royaltyrichtlijn, is deze 365-dagenregel voor deelnemingsdividenden enkel van toepassing indien echt sprake is van misbruik. Bij de berekening van de bezitsperiode wordt immers geen rekening gehouden met wijzigingen door bijvoorbeeld interne reorganisaties (zakelijke redenen).<sup>459</sup> Het belangrijkste verschil met de minimumhoudsterbepalingen in de Moeder-dochterrichtlijn en de Interest- en royaltyrichtlijn is in mijn optiek dus dat in alle situaties die nu onder deze specifieke antimisbruikbepaling vallen, ook voldaan wordt aan het subjectieve element van het misbruik-van-recht-concept, de PPT dan wel *fraus tractatus*. Naar mijn mening kan hieruit ook geconcludeerd worden dat deze 365-dagenregeling voor deelnemingsdividenden in beginsel geen aanvullende rol speelt. Daarentegen geeft deze bepaling wel volledige rechtszekerheid

---

<sup>453</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34 853, nr. 3, p. 20 & zie voor een specifiek voorbeeld van misbruik paragraaf 16 van het commentaar bij artikel 10 OESO-MV.

<sup>454</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34 853, nr. 3, p. 20.

<sup>455</sup> Zie paragraaf 16 van het commentaar bij artikel 10 OESO-MV.

<sup>456</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34 853, nr. 3, p. 9.

<sup>457</sup> Zie ook NOB 2003, p. 2.

<sup>458</sup> De bepaling werd destijds zinloos geacht. Zie ook Koopman, *WFR* 1995/1711, p. 1. Wel kent artikel 13 lid 16 Wet VpB 1969 qua bewoording een soortgelijke bepaling. Deze bepaling ziet echter enkel op aflopende deelnemingen.

<sup>459</sup> Zie ook Gaurav Garg & Shweta Gupta 2019, p. 104.

voor zowel belastingplichtigen als de overheid. Dit speelt mijns inziens met name een rol bij de efficiëntie, maar ook de uitvoerbaarheid voor de overheid. Indien aandelen immers binnen de bezitstermijn vervreemd worden, hoeft de overheid niet alle kosten te maken om misbruik via de open normen aan te tonen. Aan de andere kant is het voor een belastingplichtige ook helder dat indien de aandelen worden vervreemd binnen 365 dagen na verwerving, de verdragsvoordelen niet verleend worden. Alles tezamen genomen concludeer ik dat deze bepaling dus toch een aanvullende rol kent en dientengevolge niet dient te vervallen. Voor een expliciete vergelijking tussen het misbruik-van-recht-concept en een minimum bezitsvereiste, ook wat betreft de efficiëntie en uitvoerbaarheid, verwijs ik naar paragraaf 2.3.1.3.

#### **4.5.3 Overige antimisbruikbepalingen**

Het OESO-MV en het MLI bevatten ook antimisbruikbepalingen, zoals artikel 13 lid 4 OESO-MV, die niet zien op situaties waarin (ten onrechte) voordelen van het EU-recht worden verleend. Mijns inziens kan daarom ook bij deze bepalingen niet gesteld worden dat het misbruik-van-recht-concept een uitkomst biedt in het bestrijden van de ongewenste situaties waarop de bepalingen betrekking hebben. Aangezien de PPT ook naast specifieke antimisbruikbepalingen kan worden toegepast, is het nog maar de vraag in hoeverre de specifieke antimisbruikbepalingen dan nog noodzakelijk zijn.<sup>460</sup> Sterker nog, aangezien ik van mening ben dat een expliciete algemene of specifieke antimisbruikbepaling in het verdrag in beginsel niet eens noodzakelijk is om verdragsmisbruik te bestrijden, is het nog interessant om te kijken of deze antimisbruikbepalingen überhaupt een toegevoegde waarde hebben. Indien immers alle concrete gevallen die bestreden kunnen worden ook algemeen bestreden kunnen worden, ben ik van mening dat deze specifieke antimisbruikbepalingen dienen te vervallen.

##### **4.5.3.1 Onroerendezaaklichaam**

Oorspronkelijk bevat artikel 13 lid 4 OESO-MV een antimisbruikbepaling die ervoor zorgt dat aandelen in een onroerendezaaklichaam voor wat betreft vervreemdingswinsten als onroerend goed worden aangemerkt. Dientengevolge worden de heffingsrechten als sprake is van een vervreemding niet toegewezen aan de woonstaat, maar aan de bronstaat.<sup>461</sup> Hierbij wordt dus aansluiting gezocht bij het situsbeginsel en afgeweken van de hoofdregel zoals opgenomen in

---

<sup>460</sup> Zie ook paragraaf 171 & 172 van het commentaar bij artikel 29 OESO-MV.

<sup>461</sup> Zie ook Nijkeuter & Groot Koerkamp, *MBB 2015/3*, p. 80.

artikel 13 lid 5 OESO-MV.<sup>462</sup> Middels deze antimisbruikbepaling wordt geprobeerd om het ontgaan van artikel 13 lid 1 OESO-MV (vervreemding van onroerende zaken) te bestrijden.<sup>463</sup> Van aandelen in een onroerendezaaklichaam is sprake indien meer dan 50% van de waarde van deze aandelen direct of indirect bepaald wordt door onroerende zaken die in die bronstaat gelegen zijn.<sup>464</sup>

Deze antimisbruikbepaling is door het BEPS-project aangescherpt om de omzeiling van de toepassing van deze antimisbruikbepaling minder eenvoudig te maken.<sup>465</sup> Allereerst is in artikel 13 lid 4 een toetsperiode opgenomen van 365 dagen. Hierdoor wordt tot 365 dagen voor een eventuele vervreemding getoetst of waarde van de aandelen voor meer dan 50% direct of indirect bepaald wordt door onroerende zaken die in die bronstaat gelegen zijn.<sup>466</sup> Door deze aanscherping wordt voorkomen dat kort voor een vervreemding een vastgoedlichaam wordt opgepompt met bijvoorbeeld kasgeld (niet-vastgoed activa), zodat op het moment van vervreemding geen sprake is van aandelen in een vastgoedlichaam.<sup>467</sup> Mijns inziens bevat deze antimisbruikbepaling door deze wijziging een overkill. Indien immers binnen 365 dagen voor een vervreemding eenmalig door zakelijke redenen de waarde van de aandelen voor meer dan 50% direct of indirect bepaald wordt door onroerende zaken die in die bronstaat gelegen zijn, is de antimisbruikbepaling eveneens van toepassing, terwijl helemaal geen sprake hoeft te zijn van misbruik. Het verdient dan ook de aanbeveling dat in deze bepaling een tegenbewijsmogelijkheid opgenomen wordt. Ten tweede is de reikwijdte van deze bepaling ook uitgebreid naar met aandelen vergelijkbare belangen, zoals belangen in partnerships en trusts.<sup>468</sup> Dit acht ik een wenselijke aanvulling op deze specifieke antimisbruikbepaling. Belastingplichtigen zijn immers creatief genoeg om andere ontgaansmogelijkheden te zoeken. De aanvullingen op artikel 13 lid 4 OESO-MV zijn ook opgenomen in artikel 9 van het MLI. Uit de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 blijkt dat Nederland in principe geen voorstaander

---

<sup>462</sup> Zie ook paragraaf 28.3 van het commentaar bij artikel 13 OESO-MV.

<sup>463</sup> Zie ook paragraaf 28.3 van het commentaar bij artikel 13 OESO-MV.

<sup>464</sup> Zie ook paragraaf 28.4 van het commentaar bij artikel 13 OESO-MV, Kavelaars *TFO 2018/159.1*, p. 8 & Kok, *MBB 2017/4*, p. 153.

<sup>465</sup> Zie ook *Kamerstukken II 2017/18*, 34 853, nr. 3, p. 21, Kavelaars *TFO 2018/159.1*, p. 8 & Kok, *MBB 2017/4*, p. 154.

<sup>466</sup> Zie ook paragraaf 28.4 van het commentaar bij artikel 13 OESO-MV.

<sup>467</sup> Zie ook paragraaf 28.5 van het commentaar bij artikel 13 OESO-MV, Kavelaars *TFO 2018/159.1*, p. 8 & Kok, *MBB 2017/4*, p. 154.

<sup>468</sup> Zie ook paragraaf 28.5 van het commentaar bij artikel 13 OESO-MV, Kavelaars *TFO 2018/159.1*, p. 8 & Kok, *MBB 2017/4*, p. 154.

is van afwijking van de hoofdregel (heffingsrechten toegewezen aan de woonstaat).<sup>469</sup> Desondanks kent Nederland op aandringen van andere landen wel verdragen met deze bepaling.<sup>470</sup> Nederland past artikel 9 MLI dus toe, maar enkel op de verdragen die reeds deze antimisbruikbepaling bevatten.<sup>471</sup>

Ook bij deze specifieke antimisbruikbepaling is het de vraag hoe deze zich verhoudt tot een algemene antimisbruikbepaling. Mijns inziens heeft deze bepaling geen betrekking op voordelen die voort kunnen vloeien uit het EU-recht en kan bij deze misbruik situaties geen sprake zijn van misbruik van het EU-recht. Desondanks is het relevant om de verhouding te bekijken tussen deze specifieke antimisbruikbepaling en de PPT, *fraus tractatus* of dus het *grondbeginsel*.<sup>472</sup> Om misbruik aan te tonen via deze algemene maatregelen, moet voldaan zijn aan het motiefvereiste (subjectieve criterium) en het normvereiste (objectieve criterium). Tevens volgt uit het motiefvereiste dat sprake moet zijn van een kunstmatige constructie. Deze criteria zijn niet terug te lezen in de onroerendezaaklichaam-bepaling. Dit komt omdat deze bepaling echt ziet op specifieke situaties. Mijns inziens is het wel aannemelijk dat het oppompen van het vastgoedlichaam kort voor het vervreemdingsmoment tot hoofddoel heeft om een verdragsvoordeel te verkrijgen. Tevens duiden deze handelingen naar mijn mening op een kunstmatige constructie waaraan geen andere zakelijke redenen ten grondslag liggen. Dan is dus voldaan aan het motiefvereiste van deze antimisbruikmaatregelen. Aangezien het doel van belastingverdragen mijns inziens voldoende concreet en helder is dat geen verdragsvoordelen mogen worden verleend indien sprake is van belastingontwijking, werkt dit naar mijn mening ook door naar de gezamenlijke bedoeling van artikel 13 OESO-MV. Mijns inziens is het verkrijgen van een belastingvoordeel door bovengenoemde handelingen in strijd met het doel en de strekking van (deze bepaling in) een verdrag. Dezelfde conclusie kan naar mijn mening getrokken worden indien geprobeerd wordt verdragsvoordelen te verkrijgen middels het houden van andere belangen dan aandelen in onroerendezaaklichamen. Ook indien geprobeerd wordt om artikel 13 lid 1 van het OESO-MV te ontgaan door de onroerende zaken in apart een lichaam op te nemen, kan mijns inziens beargumenteerd worden dat sprake is van verdragsmisbruik en wordt voldaan aan de voorwaarden van een algemene

---

<sup>469</sup> Ministerie van Financiën, “*Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*”, p. 49.

<sup>470</sup> Zie ook Nijkeuter & Groot Koerkamp, *MBB 2015/3*.

<sup>471</sup> *Kamerstukken II 2017/18*, 34 853, nr. 3, p. 21 & Kavelaars, *TFO 2018/159.1*, p. 8.

<sup>472</sup> Zoals aangegeven ben ik van mening dat al deze algemene antimisbruikmaatregelen inhoudelijk overeenkomen.

antimisbruikmaatregel. Desondanks gaat deze specifieke antimisbruikbepaling door de overkill van de toetsperiode verder dan een algemene antimisbruikbepaling zoals bijvoorbeeld de PPT. In die gevallen heeft de toepassing van de PPT dan ook niet hetzelfde effect als deze specifieke antimisbruikbepaling.

Uit bovenstaande blijkt mijns inziens dat een algemene antimisbruikmaatregelen zoals de PPT, fraus tracatus of het grondbeginsel dus niet in alle situaties net zo effectief is als deze specifieke maatregel. Als naar de doelmatigheid gekeken wordt, ben ik van mening dat deze specifieke antimisbruikbepaling efficiënter is. Het gebruik van algemene normen om misbruik aan te tonen is immers veel kostbaarder, terwijl het effect, indien deze specifieke antimisbruikbepaling gebruikt wordt, mijns inziens hetzelfde is. Voor zowel de overheid als de belastingplichtige verandert de uitvoerbaarheid ook. Deze specifieke antimisbruikbepaling geeft immers volledige rechtszekerheid, terwijl een algemene antimisbruikbepaling dit niet geeft. De overheid moet bij een algemene maatregel namelijk aantonen dat voldaan is aan de toepassingsvereisten van verdragsmisbruik, terwijl dit bij de specifieke antimisbruikbepaling niet het geval is. Toch geeft de flexibiliteit naar mijn mening ook voordelen en kan door belastingplichtigen minder snel misbruik gemaakt worden van ‘grenzen’ die in specifieke antimisbruikbepalingen opgenomen zijn. Daarentegen is een algemene norm voor belastingplichtigen veel minder duidelijk. Alles tezamen genomen is artikel 13 lid 4 naar mijn mening door de overkill en door de volledige rechtszekerheid dan ook niet overbodig en dient deze bepaling dan ook niet te vervallen.

#### **4.5.3.2 Vaste inrichting gesitueerd in derde landen**

Artikel 29 lid 8 van het OESO-MV ziet op misbruik middels een vaste inrichting gelegen in een derde staat. Deze specifieke antimisbruikbepaling is ook opgenomen in artikel 10 MLI. Nederland past artikel 10 MLI toe.<sup>473</sup> De antimisbruikbepaling ziet op situaties waarin het bronland verlaging van bronheffing verleent en het hoofdhuis de inkomsten toerekent aan haar vaste inrichting in een derde land. Tevens moet:

- het inkomen in het derde land van de vaste inrichting belast worden tegen een effectief tarief dat lager is dan 60% van het tarief dat in het land van het hoofdhuis geldt; en
- het inkomen in het land van het hoofdhuis zijn vrijgesteld; en

---

<sup>473</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34 853, nr. 3, p. 9.

- het inkomen geen verband houden met een actieve uitoefening bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting.<sup>474</sup>

Indien aan deze voorwaarden voldaan is, hoeft het bronland de verdragsvoordelen niet te verlenen. Belastingplichtigen kunnen bij het bronland ook een verzoek indienen om de verdragsvoordelen toch te krijgen indien de vaste inrichting bijvoorbeeld met haar activiteiten niet tot een van de hoofddoelen heeft om verdragsvoordelen te verkrijgen die voortvloeien uit het desbetreffende verdrag.<sup>475</sup> Mijns inziens blijkt hieruit dat de verdragsvoordelen niet verleend worden indien aan het motiefvereiste is voldaan van een algemene antimisbruikmaatregel (PPT, *fraus tractatus* of het *grondbeginsel*). Desondanks worden de verdragsvoordelen wel verleend indien de inkomsten incidenteel of ondergeschikt zijn ten aanzien van de activiteiten van de vaste inrichting.<sup>476</sup> Mijns inziens kan in die gevallen alsnog voldaan zijn aan het subjectieve element van een algemene antimisbruikmaatregel, maar heeft dit dus bij de specifieke antimisbruikbepaling geen invloed op eventuele weigering van de verdragsvoordelen. Deze uitzondering acht ik zelf onwenselijk. Misbruik blijft misbruik, ook al zijn de inkomsten en daarmee de verdragsvoordelen bijvoorbeeld incidenteel.

Tevens moet voor verdragsmisbruik ook nog voldaan zijn aan het normvereiste. Hierdoor moet het verkrijgen van de verdragsvoordelen (verlaging van bronheffing) gezien alle feiten en omstandigheden ook nog in overeenstemming zijn met het doel en de strekking van (de specifieke bepaling) in het verdrag. Uit commentaar bij de artikelen 10, 11 en 12 van het OESO-MV blijkt expliciet dat: *“potential abuses may result from the transfer of shares, debt-claims, rights or property to permanent establishments set up solely for that purpose in countries that do not tax such investment income or offer preferential treatment to the income from such assets.”*<sup>477</sup> Tezamen met de expliciete, in mijn optiek concrete en voldoende heldere, verdragsdoelstelling om verdragsmisbruik te voorkomen, wordt naar mijn mening in de situaties die artikel 29 lid 8 en dus artikel 10 MLI trachten te bestrijden ook in strijd gehandeld

---

<sup>474</sup> Zie paragraaf 161 van het commentaar bij artikel 29 OESO-MV, Kavelaars *TFO 2018/159.1*, p. 7 & Kok, *MBB 2017/4*, p. 155.

<sup>475</sup> Zie paragraaf 162 van het commentaar bij artikel 29 OESO-MV.

<sup>476</sup> Zie paragraaf 161 van het commentaar bij artikel 29 OESO-MV & Kavelaars *TFO 2018/159.1*, p. 7.

<sup>477</sup> Zie specifiek paragraaf 32 van het commentaar bij artikel 10 OESO-MV, paragraaf 25 van het commentaar bij artikel 11 OESO-MV, paragraaf 21 van het commentaar bij artikel 12 OESO-MV & paragraaf 161 van het commentaar bij artikel 29 OESO-MV.



met het doel en de strekking van (een van deze bepalingen in) het verdrag. Kortom, mijns inziens is ook voldaan aan het normvereiste van een algemene antimisbruikmaatregel.

Alles tezamen genomen concludeer ik dat deze specifieke antimisbruikbepaling dan ook overbodig is. Sterker nog naar mijn mening is misbruik bestrijding via een algemene norm ook effectiever, omdat hierbij geen uitzonderingen gelden. Aangezien het misbruik-van-recht-concept effectiever is, is het dus ook efficiënter dan deze specifieke antimisbruikbepaling. Desondanks is het gebruik van deze specifieke antimisbruikbepaling, doordat geen gebruik gemaakt hoeft te worden van open normen, hoogstwaarschijnlijk wel minder kostbaar. Deze specifieke antimisbruikbepaling geeft aan belastingplichtigen rechtszekerheid en is daarom naar mijn mening duidelijk en eenvoudig. Desondanks geeft een algemene antimisbruikmaatregel meer flexibiliteit en voor de overheid meer ruimte om al het misbruik te bestrijden.

Ten slotte blijken vaste inrichtingen in driehoeksituaties die bestreden dienen te worden door deze specifieke antimisbruikbepaling zeer weinig voor te komen.<sup>478</sup> Het is dus al de vraag of het opnemen van deze specifieke antimisbruikbepaling dus de moeite waard was. Zelf ben ik van mening dat indien zo een situatie zich toch voor doet, een algemene antimisbruikmaatregel het geschikte middel is om deze situaties te bestrijden.

#### 4.5.3.3 Hybride mismatches

Tot slot kent ook het OESO-MV een bepaling om de verdragstoepassing bij hybride entiteiten te regelen. Deze bepaling is opgenomen in het gewijzigde artikel 1 lid 2 OESO-MV. Tevens staat ook het MLI deels in het teken van hybride mismatches. Artikel 3 MLI focust zich op hybride entiteiten. Door de wijzigingen worden de regels uit het *Partnership Report* van de OESO geïncorporeerd in de verdragen.<sup>479</sup> Tevens is de werking van het nieuwe artikel 1 lid 2 OESO-MV breder dan enkel *partnerships*.<sup>480</sup> Hierdoor vallen alle (gedeeltelijke) hybride entiteiten onder deze bepaling. Aangezien Nederland artikel 3 MLI heeft toegepast, verandert dit het Nederlandse verdragsbeleid en voorbehoud omtrent het *Partnership Report*. Hierdoor wordt het oorspronkelijke Nederlandse perspectief losgelaten en wordt enkel de kwalificatie

---

<sup>478</sup> Zie Kavelaars, *TFO 2018/159.1*, p. 7.

<sup>479</sup> Zie paragraaf 2 van het commentaar bij artikel 2 OESO-MV & Lohuis, *TFO 2018/159.3*, p. 1.

<sup>480</sup> Zie paragraaf 4 van het commentaar bij artikel 2 OESO-MV.

van de woonstaat gevolgd om de verdragsgerechtigde en dus de verdragstoepassing te bepalen.<sup>481</sup> Aangezien hybride mismatches door verdragen geen bilateraal maar trilateraal is probleem is, bepaalt uiteindelijk de kwalificatie van de woonstaat welk bilateraal belastingverdrag van toepassing is.<sup>482</sup>

In tegenstelling tot de Europese en nationale regels omtrent hybride mismatches, verandert door deze bepaling de nationale kwalificatie niet.<sup>483</sup> Enkel de verdragstoepassing wijzigt. Naar mijn mening kan ook echter hier gesteld worden dat niet altijd sprake is van misbruik indien een entiteit hybride is. Kortom, een algemene antimisbruikbepaling biedt naar mijn mening ook in deze gevallen geen soelaas en is dan ook niet effectief. Deze hybride mismatch maatregel dient dan ook niet te vervallen. Als een misbruikmaatregel niet effectief is, kan deze eigenlijk ook niet efficiënt zijn. De kosten om het misbruik aan te tonen middels algemene normen zijn sowieso hoog en in dit geval is het effect nihil. De maatregelen om hybride mismatches te bestrijden zijn efficiënt. De kosten zijn immers laag en de effecten hoog. Naar mijn mening zijn deze specifieke antimisbruikbepalingen ook voldoende helder voor belastingplichtigen en dus goed uitvoerbaar. Hetzelfde kan naar mijn mening gesteld worden voor belastingautoriteiten. Alles tezamen genomen vormen de hybride mismatch maatregelen dus een welkome aanvulling.

#### **4.6 Deelconclusie**

In dit hoofdstuk is de deelvraag: “In hoeverre zijn de algemene en specifieke antimisbruikbepalingen in belastingverdragen van de OESO door het misbruik-van-recht-concept van het HvJ overbodig geworden?” beantwoord. Allereerst is expliciet ingegaan op de doelstellingen van belastingverdragen. Het doel van belastingverdragen ziet immers tegenwoordig, naast het voorkomen van dubbele belasting, ook op het voorkomen van verdragsmisbruik. De wijzigingen in de titel, de preambule, de Introductie en het commentaar bij het OESO-MV spelen naar mijn mening een grote rol bij de toetsing aan het normvereiste van algemene antimisbruikmaatregelen. De doelstelling om verdragsmisbruik te voorkomen, die naar mijn mening zo concreet en helder genoeg is, kan gebruikt worden om het

---

<sup>481</sup> Ministerie van Financiën, “*Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*”, p. 36 & Lohuis, *TFO 2018/159.3*, p. 2.

<sup>482</sup> Zie voor een complete uitwerking van werking en alle consequenties van artikel 1 lid 2 OESO Modelverdrag en dus artikel 3 MLI het artikel van Lohuis, *TFO 2018/159.3*.

<sup>483</sup> Zie paragraaf 14 van het commentaar bij artikel 1 OESO-MV.

gemeenschappelijke doel en strekking te achterhalen van een specifieke bepaling in het verdrag. Aangezien gebleken is dat de PPT een codificatie van het grondbeginsel is, is naar mijn mening in beginsel geen uitdrukkelijke basis in verdrag zelf meer noodzakelijk om verdragsmisbruik te bestrijden. Tevens is middels analogie geconcludeerd dat het grondbeginsel, de PPT en *fraus tractatus* dus allemaal overeenkomen met het misbruik-van-recht-concept van het HvJ. Dit is ook nog expliciet getoetst aan elkaar.

Het internationale leerstuk van *fraus tractatus* is vergeleken met het misbruik-van-recht-concept. Aangezien *fraus tractatus* dezelfde toepassingsvereisten kent als *fraus legis*, bestaan naar mijn mening geen wezenlijke verschillen tussen het misbruik-van-recht-concept van het HvJ en *fraus tractatus*. In de gevallen waarop het EU-recht toepassing vindt, is het leerstuk van *fraus tractatus* dan ook overbodig.

Ondanks dat de bewijslastverdeling van de PPT anders ligt en het motiefvereiste ‘lichter’ lijkt, is in dit hoofdstuk geconcludeerd dat ook de PPT niet wezenlijk verschilt van het misbruik-van-recht-concept. Het punt waarop wel verschil bestaat, ziet naar mijn mening op het vereiste van gekunsteldheid. Deze is voor de toepassing van de PPT niet verplicht, waardoor een overkill kan ontstaan. Toch blijkt dat de Nederlandse wetgever het bestaan van kunstmatigheid wel als belangrijk element ziet voor de toepassing van de PPT. Desondanks acht ik een algemene antimisbruikbepaling (de PPT) niet noodzakelijk om verdragsmisbruik te bestrijden.

Vervolgens zijn de specifieke antimisbruikbepalingen in het OESO-MV (en dus het MLI) vergeleken met het misbruik-van-recht-concept indien deze betrekking hadden op voordelen van het EU-recht. Geconcludeerd is dat de *beneficial owner* vereisten zoals opgenomen in artikel 10, 11 en 12 van het OESO-MV geen aanvullende functie vervullen en naar mijn mening dan ook kunnen vervallen. Ondanks dat bij de berekening van de bezitsperiode in de 365-dagenregel voor deelnemingsdividenden, zoals is opgenomen in artikel 10 lid 2 OESO-MV en artikel 8 MLI, geen rekening gehouden wordt met wijzigingen door bijvoorbeeld interne reorganisaties (zakelijke redenen), ben ik met name door de volledige rechtszekerheid van mening dat deze specifieke 365-dagenregel voor deelnemingsdividenden toch een aanvullende rol speelt ten opzichte van het misbruik-van-recht-concept. Deze bepaling dient dan ook niet te vervallen.

Ten slotte zijn de overige antimisbruikbepalingen, die weliswaar geen betrekkingen hebben op voordelen van het EU-recht, maar desondanks geanalyseerd en vergeleken zijn met misbruikbestrijding middels een algemene maatregel. Geconcludeerd kan worden dat de specifieke antimisbruikbepaling opgenomen in artikel 13 lid 4 OESO-MV en artikel 9 MLI, die misbruik door middel van het gebruik van een onroerendezaaklichaam tegengaan, wel een aanvullende rol hebben ten opzichte van een algemene norm. Dezelfde conclusie trek ik ten aanzien van de bepalingen omtrent hybride mismatches. Deze bepalingen dienen dan ook niet te vervallen. Daarentegen acht ik artikel 29 lid 8 OESO-MV (artikel 10 MLI), die ziet op vaste inrichtingen in derde staten, wel overbodig.

Alles tezamen genomen ben ik van mening dat tijdens het BEPS-project en de opname van alle antimisbruikbepalingen beter de onderlinge verhoudingen en reikwijdte geanalyseerd hadden moeten worden. Naar mijn mening hebben verschillende bepalingen immers geen aanvullende rol en kunnen de desbetreffende misbruiksituaties ook bestreden worden middels een open norm. Samenvattend kan de derde deelvraag als volgt beantwoord worden:

<b>Leer</b>			<b>Overbodig</b>
Fraus tractatus			Ja <sup>484</sup>
<b>Bepaling</b>	<b>Artikel OESO-MV</b>	<b>Artikel MLI</b>	<b>Overbodig</b>
PPT	29 lid 9	7	Ja <sup>485</sup>
Beneficial owner	10, 11, 12	N.v.t.	Ja
Deelnemingsdividenden	10 lid 2	8	Nee
Onroerendezaaklichaam	13 lid 4	9	Nee
Vaste inrichting gesitueerd in derde landen	29 lid 8	10	Ja
Hybride mismatches	1 lid 2	3	Nee

---

<sup>484</sup> Enkel bij verdragssituaties waarin sprake is van een EU-rechtelijke voordeel.

<sup>485</sup> Aangezien naar mijn mening door de nieuwe preambule, titel, wijzigingen in het commentaar en de Introductie bij OESO-MV geen uitdrukkelijke basis in het verdrag vereist is om verdragsmisbruik te bestrijden. Dit komt naar mijn mening met name door het grondbeginsel.

## 5. Samenvatting en conclusie

### 5.1 Samenvatting

In deze scriptie staat misbruik binnen de directe belasting centraal. Afgelopen jaren zijn op zowel op Europees, nationaal als internationaal niveau diverse maatregelen getroffen om misbruik te bestrijden. Deze maatregelen bestaan naast elkaar. Van een eenduidige en gecoördineerde benadering om misbruik te bestrijden lijkt geen sprake. Ook inhoudelijk verschillen deze antimisbruikmaatregelen van elkaar. Het HvJ heeft middels de Danmark-arresten het misbruik-van-recht-concept toegepast in de directe belastingen. Eveneens heeft het HvJ in het arrest Euro Park Service gewezen dat maar één Unierechtelijk misbruik concept bestaat, dat dus hetzelfde is voor het secundair EU-recht zoals richtlijnen en het primaire EU-recht. Indien sprake is van misbruik moeten de lidstaten op basis van het misbruik-van-recht-concept en het daarmee samenhangende algemene Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik verplicht de voordelen van het EU-recht weigeren. Aangezien het hierbij niet uitmaakt of de nationale wet of de verdragen voorzien in zo een antimisbruikbepaling, is het mijns inziens de vraag in hoeverre algemene en specifieke antimisbruikbepalingen in wet- en regelgeving nog noodzakelijk zijn. De probleemstelling van deze scriptie luidt dan ook:

*“Ten gevolge van het door het Hof van Justitie ontwikkelde misbruik-van-recht-concept zijn algemene en specifieke antimisbruikbepalingen in wet- en regelgeving niet meer noodzakelijk.”*

Om deze probleemstelling te analyseren, is deze scriptie aan de hand van gelijklopende deelvragen opgedeeld in Europese, nationale en internationale antimisbruikmaatregelen. Aan de hand van het toetsingskader dat bestaat uit effectiviteit, efficiëntie en uitvoerbaarheid voor zowel de overheid als belastingplichtigen, zijn de antimisbruikbepalingen vergeleken met het misbruik-van-recht-concept van het HvJ. Zijdelings is in deze scriptie ook de onderlinge verhouding van algemene en specifieke antimisbruikbepalingen geanalyseerd. Ten eerste, worden voor de beantwoording van de probleemstelling de behandelde deelvragen samengevat. Vervolgens wordt de probleemstelling globaal behandeld. Tot slot eindigt deze scriptie met diverse aanbevelingen.

### **5.1.1 Europese antimisbruikmaatregelen**

In hoofdstuk 2 staan de Europese antimisbruikmaatregelen centraal. Hier is de deelvraag: “In hoeverre zijn de antimisbruikbepalingen in richtlijnen door het misbruik-van-recht-concept van het HvJ overbodig geworden?” beantwoord.

Allereerst is de ontwikkeling van het misbruik-van-recht-concept van het HvJ geanalyseerd. Dit concept is ontstaan buiten de fiscaliteit en later toegepast en verder ontwikkeld in de indirecte belastingen. Het Halifax-arrest is hierbij een belangrijk kern-arrest. Het bestrijden van misbruik werd in de directe belastingen door het HvJ tot de Danmark-arresten enkel gebruikt als rechtvaardigingsgrond voor een nationale antimisbruikbepaling, waarbij het arrest Cadbury Schweppes een grote rol speelt.

Op basis van het misbruik-van-recht-concept van het HvJ moet de inspecteur, indien sprake is van misbruik van EU-recht, de EU-rechtelijke voordelen en dus de toegang tot het EU-recht weigeren. Geconcludeerd is dat sprake is van EU-rechtelijke voordelen indien een nationale of een verdragsrechtelijke bepaling (al dan niet eerder) tot stand is gekomen op basis van een EU-rechtelijke verplichting of anders gezegd indien deze bepaling dus ziet op specifieke materie waarvoor ook een EU-rechtelijke regeling bestaat. Hiervoor moet de inspecteur het bestaan van misbruik aantonen. Uit de jurisprudentie van het HvJ heb ik drie elementen gedestilleerd die hierbij van belang zijn, namelijk het objectieve element, het subjectieve element en het bestaan van een kunstmatige constructie. Het bestaan van een kunstmatige constructie is eigenlijk een losse aanvulling op het subjectieve element. Hiervoor dient gekeken te worden naar de economische realiteit. Als de inspecteur alle bestanddelen van misbruik aangetoond heeft en hierbij alle relevante informatie heeft meegenomen, moet de belastingplichtige de mogelijkheid krijgen om tegenbewijs te leveren.

Vervolgens is het misbruik-van-recht-concept van het HvJ vergeleken met de algemene en specifieke antimisbruikbepalingen van de Moeder-dochter-, Interest- en royalty- en Fusierichtlijn. De algemene antimisbruikbepalingen kunnen naar mijn mening gezien worden als een (gedeeltelijke) codificatie van het misbruik-van-recht-concept van het HvJ. De algemene antimisbruikbepalingen spelen dus geen aanvullende rol naast het misbruik-van-recht-concept en kunnen dus vervallen. Het is effectiever en efficiënter om enkel het misbruik-van-recht-concept te gebruiken indien sprake is van misbruik. Voor de uitvoerbaarheid voor belastingplichtigen en belastingautoriteiten maakt het vervallen van de algemene

antimisbruikbepalingen ook geen verschil. De uiteindelijk gerechtigde-eis uit de Interest- en royaltyrichtlijn kan naar mijn mening eveneens vervallen. De situaties die onder de uiteindelijk gerechtigde-eis vallen kunnen immers ook bestreden worden middels het misbruik-van-recht-concept. De minimumhoudsterperiode van zowel de Moeder-dochter-, als de Interest- en royaltyrichtlijn zijn mijns inziens niet overbodig en hebben dan ook een aanvullende rol ten opzichte van het misbruik-van-recht-concept. Dit komt omdat de richtlijnen tot doel hebben om enkel voordelen te verlenen aan duurzame deelnemingsrelaties, ongeacht of sprake is van misbruik. De bepaling voor hybride financiering is in mijn optiek ook niet overbodig, aangezien het bereik van deze bepaling breder is dan enkel de situaties van misbruik. Deze bepaling is dus effectiever, efficiënter en uitvoerbaarder dan het misbruik-van-recht-concept.

Ten slotte zijn de bepalingen van de Anti-ontgaansrichtlijnen geanalyseerd. ATAD bevat een algemene antimisbruikbepaling, aanscherpingen van de voorwaarden van reeds bestaande fiscale regelgeving en specifieke antimisbruikbepalingen. De Anti-ontgaansrichtlijnen zijn ook van toepassing ten aanzien van derde landen en binnenlandse situaties en brengen zelf eigenlijk geen ‘voordelen van het EU-recht’. De regelingen van de Anti-ontgaansrichtlijnen zijn mijns inziens daarom niet overbodig geworden sinds de toepassing van het misbruik-van-recht-concept. Dientengevolge zijn deze regelingen uit de Anti-ontgaansrichtlijnen mijns inziens dus effectiever, efficiënter en uitvoerbaarder voor de situaties waarop de richtlijnen zien. Het misbruik-van-recht-concept kan hierin geen rol spelen. De criteria van het misbruik-van-recht-concept komen wel overeen met de algemene antimisbruikbepaling van artikel 6 (GAAR). Ik zie enkel een rol weggelegd voor het misbruik-van-recht-concept in plaats van de algemene antimisbruikbepaling van artikel 6 indien een lidstaat misbruik van EU-recht wil (en moet) tegengaan. Enkel in die situaties is de GAAR dan ook overbodig.

### **5.1.2 Nationale antimisbruikmaatregelen**

In hoofdstuk 3 staan de nationale antimisbruikmaatregelen centraal. Hier is de deelvraag: “In hoeverre zijn de nationaalrechtelijke leer omtrent misbruik en de nationale specifieke antimisbruikbepalingen door het misbruik-van-recht-concept van het HvJ overbodig geworden?” beantwoord.

Het door de HR ontwikkelde buitenwettelijke leerstuk van *fraus legis* speelt in Nederland meer algemeen een grote rol bij misbruik bestrijding. De inspecteur dient voor een gehonoreerd beroep op het leerstuk van *fraus legis* alle bestanddelen van misbruik aan te tonen.

Geconcludeerd is dat het leerstuk van *fraus legis* naar mijn mening twee toepassingsvereisten kent, namelijk het normvereiste en het motiefvereiste. De gekunsteldheid-eis is mijns inziens onderdeel van het motiefvereiste. Hierbij is van belang dat *fraus legis* pas kan worden toegepast indien de gewone rechtsvindingsmethoden doorlopen zijn. Specifiek voor de toepassing van het normvereiste van *fraus legis* blijkt de wetssystematische interpretatiemethode van belang te zijn. Geconcludeerd is dat *fraus legis* en het misbruik-van-recht-concept niet wezenlijk van elkaar verschillen. Zij zijn dan ook beide net zo effectief, efficiënt en uitvoerbaar. *Fraus legis* is internationaal en Europees inpasbaar. In relatie tot EU-rechtelijke kwesties is het leerstuk van *fraus legis* naar mijn mening dan ook overbodig. In alle overige situaties die niet zien op EU-rechtelijke kwesties is *fraus legis* niet overbodig. Aangezien richtige heffing opgenomen in artikel 31 e.v. van de AWR gezien kan worden als codificatie van *fraus legis* en tegenwoordig niet meer gebruikt wordt, dient deze bepaling geschrapt te worden. Daarnaast is het in mijn optiek belangrijk om de onderlinge verhouding tussen *fraus legis* en overige specifieke antimisbruikbepalingen te (blijven) analyseren. Gebleken is immers dat ook een beroep kan worden gedaan op het algemene leerstuk van *fraus legis* indien de specifieke antimisbruikbepaling geen soelaas bieden. Dit acht ik zelf onwenselijk, omdat het een “slecht wetgevende” overheid te veel beschermt. Tevens blijft het mijns inziens de vraag of de specifieke antimisbruikbepaling dan wel echt noodzakelijk is?

Vervolgens is gekeken naar specifieke antimisbruikbepalingen in de Wet VpB 1969, Wet DB 1965 en Wet BB 2021 die voortvloeien uit het EU-recht. Geconcludeerd is dat de antimisbruikbepalingen in de reorganisatiefaciliteiten, de buitenlandse AB-regeling en de inhoudingsvrijstelling geschrapt kunnen worden. Deze situaties kunnen immers ook bestreden worden door het misbruik-van-recht-concept van het HvJ en dus *fraus legis*. Daarentegen zijn de antimisbruikbepaling in de Wet BB 2021, de maatregel omtrent hybride financiering, de hybride mismatch bepalingen in afdeling 2.2A Wet VpB 1969, de CFC-maatregel, de generieke renteaftrekbeperking en de exitheffingen door het misbruik-van-recht-concept dan wel *fraus legis* niet overbodig geworden en vervullen zij naar mijn mening een aanvullende rol. Dit komt omdat hetzelfde effect niet bereikt kan worden middels het misbruik-van-recht-concept dan wel *fraus legis*. Hiernaast is de efficiëntie en uitvoerbaarheid van de antimisbruikbepalingen onderzocht en vergeleken met het misbruik-van-recht-concept, dan wel *fraus legis*. Deze specifieke antimisbruikbepalingen zijn meestal efficiënter en voor zowel de belastingplichtigen als de overheid beter uitvoerbaar.



Ten slotte is nog kort gekeken naar de verhoudingen tussen fraus legis en de overige antimisbruikbepalingen zoals de renteaftrekbeperking, handel in HIR- en verlieslichamen en de uiteindelijk gerechtigde-eis zoals opgenomen in de Wet DB 1965. Naar mijn mening kan de renteaftrekbeperking van artikel 10a Wet VpB 1969 door de bij de codificatie gekozen bewuste wijzigingen niet in alle concrete gevallen vervangen worden door fraus legis. In tegenstelling tot artikel 10a Wet VpB 1969 concludeer ik dat de antimisbruikmaatregelen omtrent handel in HIR- en verlieslichamen door fraus legis in beginsel wel overbodig lijken. Aangezien over deze bepalingen minder geschreven is, heb ik voor de verdere verhouding tot fraus legis vervolgonderzoek aangeraden. Ten slotte heb ik geconcludeerd dat de uiteindelijk gerechtigde-eis van artikel 4 lid 4 Wet DB 1965 kan vervallen, omdat dezelfde situaties ook bestreden kunnen worden door het misbruik-van-recht-concept dan wel fraus legis.

### **5.1.3 Internationale antimisbruikmaatregelen**

In hoofdstuk 4 staan de internationale antimisbruikmaatregelen centraal. Hier is dan ook de deelvraag: “In hoeverre zijn de algemene en specifieke antimisbruikbepalingen in belastingverdragen van de OESO door het misbruik-van-recht-concept van het HvJ overbodig geworden?” beantwoord.

Tegenwoordig ziet het doel van belastingverdragen, naast het voorkomen van dubbele belasting, immers ook op het voorkomen van verdragsmisbruik. Geconcludeerd is dat de wijzigingen in de titel, de preambule, de Introductie en het commentaar bij het OESO-MV een grote rol spelen bij de toetsing aan het normvereiste van algemene antimisbruikmaatregelen. De doelstelling om verdragsmisbruik te voorkomen, die naar mijn mening dus zo concreet en helder genoeg is, kan gebruikt worden om het gemeenschappelijke doel en strekking te achterhalen van een specifieke bepaling in het verdrag. Aangezien gebleken is dat de PPT een codificatie van het grondbeginsel is, is geconcludeerd dat dientengevolge geen uitdrukkelijke basis in een verdrag noodzakelijk is om verdragsmisbruik te bestrijden. Tevens is middels analogie geconcludeerd dat het grondbeginsel, de PPT en fraus tractatus alle drie overeenkomen met het misbruik-van-recht-concept van het HvJ. Dit is vervolgens ook nog expliciet met elkaar vergeleken.

Ten eerste is het internationale leerstuk van fraus tractatus vergeleken met het misbruik-van-recht-concept. Aangezien fraus tractatus dezelfde toepassingsvereisten kent als fraus legis, bestaan naar mijn mening ook geen wezenlijke verschillen tussen het misbruik-van-recht-

concept van het HvJ en *fraus tractatus*. In de situaties die bestreken worden door het EU-recht en sprake is van misbruik, is het leerstuk van *fraus tractatus* dan ook overbodig. In alle overige verdragssituaties waarin geen sprake is van een EU-rechtelijke kwestie, is *fraus tractatus* niet overbodig.

Vervolgens is de PPT uitvoerig geanalyseerd. Ondanks dat de bewijslastverdeling van de PPT anders ligt en het motiefvereiste ‘lichter’ lijkt, is in hoofdstuk 4 geconcludeerd dat ook de PPT niet wezenlijk verschilt van het misbruik-van-recht-concept. Het punt waarop wel verschil bestaat, ziet naar mijn mening op het vereiste van gekunsteldheid. Deze is voor de toepassing van de PPT niet verplicht, waardoor een overkill kan ontstaan. Daarentegen blijkt de Nederlandse wetgever het gekunsteldheidsvereiste wel als belangrijke indicator van misbruik te zien. Desondanks acht ik een algemene antimisbruikbepaling (de PPT) niet noodzakelijk om verdragsmisbruik te bestrijden, omdat reeds een beroep kan worden gedaan op het grondbeginsel.

Ook zijn de specifieke antimisbruikbepalingen in het OESO-MV (en dus indien van toepassing het MLI) in geval van voordelen van het EU-recht, vergeleken met het misbruik-van-recht-concept. Geconcludeerd is dat de *beneficial owner* vereisten zoals die zijn opgenomen in artikel 10, 11 en 12 van het OESO-MV ten aanzien van het misbruik-van-recht-concept van het HvJ dan wel een algemene antimisbruikmaatregel zoals de PPT, *fraus tractatus* of gewoon het grondbeginsel, geen aanvullende functie vervullen en naar mijn mening dan ook kunnen vervallen. Hierbij bestaat geen verschil met de uiteindelijk gerechtigde-eisen in de Europese en nationale wetgeving. Ook is de 365-dagenregel voor deelnemingsdividenden geanalyseerd. Ondanks dat bij de berekening van de bezitsperiode in deze 365-dagenregel, zoals opgenomen in artikel 10 lid 2 OESO-MV en artikel 8 MLI, in tegenstelling tot de Europese minimumhoudsterperiode-bepalingen, geen rekening gehouden wordt met wijzigingen door bijvoorbeeld interne reorganisaties (zakelijke redenen), ben ik met name door de volledige rechtszekerheid van mening dat deze specifieke 365-dagenregel voor deelnemingsdividenden toch een aanvullende rol speelt ten opzichte van het misbruik-van-recht-concept. Deze bepaling dient dan ook niet te vervallen.

Ten slotte zijn de overige antimisbruikbepalingen, die weliswaar geen betrekkingen hebben op voordelen van het EU-recht, maar desondanks toch interessant zijn om te analyseren en te vergelijken met misbruikbestrijding middels een algemene maatregel, geanalyseerd.

Geconcludeerd is dat de specifieke antimisbruikbepaling opgenomen in artikel 13 lid 4 OESO-MV en artikel 9 MLI, die misbruik door middel van het gebruik van een onroerendezaaklichaam tegengaat, met name door de overkill en de volledige rechtszekerheid die deze bepaling geeft, wel een aanvullende rol heeft ten opzichte van een algemene norm. Dezelfde conclusie is getrokken omtrent de hybride mismatch bepalingen. Deze bepalingen dienen dan ook niet te vervallen. Daarentegen is geconcludeerd dat de specifieke antimisbruikbepaling opgenomen in artikel 29 lid 8 OESO-MV en artikel 10 MLI die ziet op vaste inrichtingen in derde staten, wel overbodig is. Deze ongewenste situaties kunnen immers ook bestreden worden middels het gebruik van algemene normen. Afgezien daarvan blijken vaste inrichtingen in driehoeksituaties überhaupt zeer weinig voor te komen.

### 5.3 Conclusie

*“Ten gevolge van het door het Hof van Justitie ontwikkelde misbruik-van-recht-concept zijn algemene en specifieke antimisbruikbepalingen in wet- en regelgeving niet meer noodzakelijk.”*

Aan de hand van de beantwoording van de deelvragen kan geconcludeerd worden dat deze probleemstelling gedeeltelijk verworpen kan worden. De algemene antimisbruikbepalingen verschillen onderling, maar dus ook ten opzichte van het misbruik-van-recht-concept, niet wezenlijk van elkaar. Indien sprake is van situaties die bestreken worden door het EU-recht, zijn deze algemene antimisbruikmaatregelen dan ook overbodig, omdat een (verplicht) beroep op het misbruik-van-recht-concept hetzelfde effect heeft. De noodzakelijkheid van een specifieke antimisbruikbepaling verschilt. Dit hangt met name af van de effectiviteit, maar ook de rechtszekerheid die zo een bepaling kan geven. Aangezien niet alle specifieke antimisbruikbepalingen betrekking hebben op het EU-recht, is ook de onderlinge verhouding van een algemene maatregel en de specifieke maatregel geanalyseerd. Alles tezamen luidt de conclusie omtrent de noodzaak van alle Europese, nationale en internationale antimisbruikmaatregelen als volgt:

<b>Europese antimisbruikmaatregelen</b>			
<b>Richtlijn</b>	<b>Bepaling</b>	<b>Artikel</b>	<b>Overbodig</b>
<b>Moeder-dochterrichtlijn</b>	Algemene antimisbruikbepaling	1 lid 2 & 3	Ja
	Hybride Financiering	4 lid 1 (a)	Nee

	Minimumhoudsterperiode	3 lid 2 (b)	Nee
<b>Interest- en royaltyrichtlijn</b>	Algemene antimisbruikbepaling	5	Ja
	Uiteindelijk gerechtigde	1 lid 1	Ja
	Minimumhoudsterperiode	1 lid 10	Nee
<b>Fusierichtlijn</b>	Algemene antimisbruikbepaling	15	Ja
<b>Anti-ontgaansrichtlijnen</b>	Renteaftrekbeperking	4	Nee
	Exitheffingen	5	Nee
	CFC-regeling	7 & 8	Nee
	Hybride mismatches	9	Nee
	Algemene antimisbruikbepaling	6	Nee <sup>486</sup>
<b>Nationale antimisbruikmaatregelen</b>			
<b>Leerstuk</b>			<b>Overbodig</b>
Fraus legis			Ja <sup>487</sup>
<b>Wet</b>	<b>Bepaling</b>	<b>Artikel</b>	<b>Overbodig</b>
<b>AWR</b>	Richtige heffing	31 e.v.	Ja
<b>Wet VpB 1969</b>	Renteaftrekbeperking	10a	Nee
	Handel in HIR-lichamen	12a	Ja <sup>488</sup>
	Hybride mismatches	Afdeling 2.2A	Nee
	Hybride financiering	13 lid 17	Nee
	CFC-maatregel	13ab	Nee
	Bedrijfsfusie	14 lid 4	Ja
	Splitsing	14a lid 6	Ja
	Juridische fusie	14b lid 5	Ja
	Generieke renteaftrekbeperking	15b	Nee
	Exitheffing	15c	Nee
	Exitheffing	15d	Nee
	Buitenlandse AB-regeling	17 lid 3 (b)	Ja
	Handel in verlieslichamen	20a	Ja <sup>489</sup>
<b>Wet DB 1965</b>	Inhoudingsvrijstelling	4 lid 3 (c)	Ja

<sup>486</sup> Tenzij sprake is van misbruik van een voordeel van het EU-recht.

<sup>487</sup> Enkel indien sprake is van een EU-rechtelijke voordeel.

<sup>488</sup> In beginsel. Voor een verdere analyse raad ik vervolgonderzoek aan.

<sup>489</sup> In beginsel. Voor een verdere analyse raad ik vervolgonderzoek aan.

	Uiteindelijk gerechtigde-eis	4 lid 4	Ja
<b>Wet BB 2021</b>	Belastingplicht bij misbruik	2.1 lid 1 (c)	Nee
<b>Internationale antimisbruikmaatregelen</b>			
<b>Leer</b>			<b>Overbodig</b>
Fraus tractatus			Ja <sup>490</sup>
<b>Bepaling</b>	<b>Artikel OESO-MV</b>	<b>Artikel MLI</b>	<b>Overbodig</b>
PPT	29 lid 9	7	Ja <sup>491</sup>
Beneficial owner	10, 11, 12	N.v.t.	Ja
Deelnemingsdividenden	10 lid 2	8	Nee
Onroerendezaaklichaam	13 lid 4	9	Nee
Vaste inrichting gesitueerd in derde landen	29 lid 8	10	Ja
Hybride mismatches	1 lid 2	3	Nee

#### 5.4 Aanbevelingen

Gezien bovenstaande conclusie is mijn aanbeveling op EU-niveau dat alle algemene antimisbruikbepalingen die zijn opgenomen in de richtlijnen kunnen vervallen. Ook de uiteindelijke-gerechtigde eis in de Interest- en royaltyrichtlijn dient naar mijn mening te vervallen.

Aangezien het nationale algemene leerstuk van fraus legis, in tegenstelling tot de algemene antimisbruikbepalingen in de EU-richtlijnen, ook op niet EU-situaties van toepassing kan zijn, speelt deze leer ondanks de toepassing van het misbruik-van-recht-concept van het HvJ in de directe belasting nog altijd een grote rol bij misbruik bestrijding in Nederland. Aangezien fraus legis echter niet wezenlijk verschilt van het misbruik-van-recht-concept van het HvJ, beveel ik dan ook aan dat de antimisbruikbepalingen in de reorganisatiefaciliteiten, de buitenlandse AB-regeling, de inhoudingsvrijstelling en de uiteindelijk gerechtigde-eis komen te vervallen. Het lijkt erop dat ook de bepalingen omtrent handel in HIR- en verlieslichamen kunnen vervallen. Desondanks is mijn aanbeveling, zoals reeds aangegeven is, om de verhouding tussen fraus

<sup>490</sup> Enkel bij verdragssituaties waarin sprake is van een EU-rechtelijke voordeel.

<sup>491</sup> Aangezien naar mijn mening door de nieuwe preambule, titel, wijzigingen in het commentaar en de Introductie bij OESO-MV geen uitdrukkelijke basis in het verdrag vereist is om verdragsmisbruik te bestrijden. Dit komt naar mijn mening met name door het grondbeginsel.

legis en deze specifieke antimisbruikbepalingen verder te onderzoeken. Op basis van mijn analyse heb ik ook geconcludeerd dat de specifieke antimisbruikbepalingen die opgenomen zijn in de reorganisatiefaciliteiten en de Wet BB 2021 mogelijk in strijd zijn met EU-recht. Voor toekomstbestendigheid van deze bepalingen raad ik dan ook aan dat de wetgever de genoemde strijdigheden verder dient te onderzoeken en waar nodig op dient te lossen. Ook lijken de antimisbruikbepalingen zoals opgenomen in de buitenlandse AB-regeling, de inhoudingsvrijstelling en de hybride mismatchmaatregelen in internationale verhoudingen veelal niet geëffectueerd te kunnen worden. In de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020 is te lezen dat omtrent de effectuering van de hybride mismatch maatregelen zorg wordt gedragen. Aan mogelijke problemen bij de effectuering van de andere bepalingen wordt tot op heden geen aandacht besteed. Dit zou echter wel wenselijk zijn. Ten slotte beveel ik op nationaal niveau aan dat richtige heffing opgenomen in artikel 31 e.v. van de AWR dient te vervallen. Deze antimisbruikmaatregel fungeert immers al jaren als een ‘dode letter’.

Ook op internationaal niveau hebben de antimisbruikbepalingen een bredere werking dan enkel de situaties die betrekking hebben op het EU-recht. Dientengevolge kunnen het buitenwettelijke leerstuk van *fraus tractatus* en de PPT niet volledig vervangen worden het misbruik-van-recht-concept van het HvJ. Deze algemene maatregelen zijn immers enkel overbodig in situaties die bestreken worden door het EU-recht. Meer algemeen raad ik voor de PPT aan dat meer aandacht besteed dient te worden aan de rechtsgevolgen indien misbruik is aangetoond. Ook de overkill van de PPT, doordat het vereiste van gekunsteldheid niet noodzakelijk is, acht ik onwenselijk. Desondanks lijkt het erop dat de Nederlandse overheid bij de toepassing van de PPT kunstmatigheid wel als belangrijk element van misbruik ziet. Ondanks deze specifieke punten, ben ik meer algemeen van mening dat de PPT overbodig is, omdat deze gezien kan worden als codificatie van het grondbeginsel dat mede door het BEPS-project is uitgebreid. Daarom is mijn aanbeveling dat de PPT zou kunnen vervallen. Voor de specifieke antimisbruikbepalingen beveel ik aan dat de *beneficial owner* vereisten in het OESO-MV en de al gesloten verdragen kunnen vervallen. Hetzelfde geldt voor de antimisbruikbepaling omtrent vaste inrichtingen die gesitueerd zijn in derde landen. Ondanks dat ik een aanvullende rol zie voor de antimisbruikbepaling omtrent onroerendezaaklichamen, beveel ik een mogelijkheid tot tegenbewijs aan om de overkill van dit artikel te beperken.

Deze scriptie wil ik afsluiten met een globale aanbeveling. Op alle niveaus van misbruikbestrijding wordt een beroep op een algemene antimisbruikmaatregelen gehonoreerd

indien een specifieke antimisbruikbepaling geen soelaas geboden heeft. Ondanks dat dit begrijpelijk is, verdient het toch de aanbeveling om deze mogelijkheid niet meer te bieden aan de inspecteur. Dit bevordert immers de rechtszekerheid en de kwaliteit van de wetgeving. Enkel op deze manier kan een specifieke antimisbruikbepaling mijns inziens echt een aanvullende rol spelen. Tevens is mijn aanbeveling om meer consistentie aan te brengen omtrent de manier hoe misbruik bestreden wordt. Ten slotte is gebleken dat belastingontwijking al jaren voorkomt en dus niet enkel een reactie is van multinationals in de 21<sup>e</sup> eeuw. Desondanks lijkt de volledige aandacht wel alleen te liggen op de belastingmoraal van multinationals en misbruikbestrijding bij deze groep. Ik vraag mezelf af of men hier niet wat in doorgeslagen is? Naar mijn mening zijn nu genoeg of, zoals gebleken is, te veel maatregelen getroffen om misbruik van multinationals te bestrijden. Ik beveel dan ook aan dat de aandacht wellicht ook gericht moet worden op andere groepen zoals bijvoorbeeld puur nationale ondernemingen. Mochten in de toekomst toch nieuwe antimisbruikbepalingen opgenomen worden, dan beveel ik aan dat in eerste instantie gekeken moet worden of deze echt noodzakelijk zijn. Zoals in deze scriptie gebleken is, moet het belang van de reeds bestaande algemene antimisbruikmaatregelen immers niet worden onderschat. Enkel op deze manier kan naar mijn mening voorkomen worden dat we zullen verdwalen in het bos dat antimisbruikmaatregelen heet.

## **Literatuurlijst**

### **Albert, *TB 2008/02-02***

P.G.H. Albert, 'Wanneer mogen reorganisatiefaciliteiten geweigerd worden? Van zakelijkheidstoets naar misbruiktoets', *TB 2008/02-02*.

### **Bagci, Brandsma, Ruige & Zuidhof, *WFR 2019/207***

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

### **Bender & Engelen, *WFR 2016/51***

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

### **Blokland, *NtEr 2018 - nr. 3/4***

W.J. Blokland, 'Het verbod op misbruik: een algemeen beginsel van unierecht dat de EU en de lidstaten tegen de burger beschermt', *NtEr 2018 - nr. 3/4*.

### **Boer, de, & Nouwen, *WFR 2013/34***

R.A. de Boer & M.F. Nouwen, 'Europees geschut tegen belastingparadijzen en agressieve fiscale planning. Het vizier staat nog niet scherp', *WFR 2013/34*.

### **Boomsluiter, *WFR 2018/60***

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

### **Bosman, *MBB 2018/9***

R.A. Bosman, 'Bestrijding van verdragsmisbruik in de 2017-update van het OESO-MV', *MBB 2018/9*.

### **Bosman & Pötgens 2019**

R.A. Bosman & F.P.G. Pötgens, 'De toekomst van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 als antimisbruikbepaling in: 'De toekomst van de vennootschapsbelasting: Lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969', Deventer: Wolters Kluwer 2019.



### **Boulogne 2016**

G.F. Boulogne, *'Shortcomings in the EU Merger Directive'*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2016.

### **Boulogne, NTFR 2020/265**

G.F. Boulogne, 'PPT-reflex', *NTFR 2020/265*.

### **Bouwman & Halma, NTFR 2010/9**

J.N. Bouwman & H. Halma, 'De Fusierichtlijn – 'Belastingontwijking'', *NTFR 2010/9*.

### **Bruijsten 2016**

C. Bruijsten, *'Waarschijnlijkheid van fiscale rechtsgevolgen'*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

### **Burgt, van der, & Vries, de, WFR 2012/1693**

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

### **Burgt, van der, FBN 2015/9-49**

G.C. van der Burgt, 'Reorganisatiefaciliteiten in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, antimisbruikbepaling en 'verkoopklaarmaken'', *FBN 2015/9-49*.

### **Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia, WFR 2013/1492**

M. Chin-Oldenziel & M. Belkaid-Koubia, 'Fraus legis, het normvereiste geanalyseerd', *WFR 2013/1492*.

### **Commissie Misbruik van Recht 2016**

Commissie Misbruik van Recht, *'Rapport van de Commissie Misbruik van recht - Misbruik van recht - Een nationaal, internationaal en Unierechtelijk perspectief'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 256, 2016.

**Dijkstra, WFR 2018/130**

C.M. Dijkstra, 'De plicht om géén belasting te betalen - Gewetensbezwaarden en fair share', *WFR 2018/130*.

**Douma, TFO 2013/125.4**

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

**Gaurav Garg & Shweta Gupta 2019**

C.A. Gaurav Garg & C.A. Shweta Gupta, '*Multilateral Instrument – An Epitome*, India: Wolters Kluwer 2019.

**Geest, van, Kleef van & Smits 2014**

M. van Geest, J. van Kleef & H.W. Smits, '*Het belasting paradijs – waarom niemand hier belasting betaalt – behalve u*', Amsterdam: Uitgeverij Business Contact Amsterdam/Antwerpen 2014.

**Geppaart 1965**

P.A. Geppaart, '*Fiscale Rechtsvinding*', Amsterdam 1965.

**Gooijer, NTFR-B 2020/19**

J. Gooijer, 'Het normvereiste in de Principal Purpose Test', *NTFR-B 2020/19*.

**Graaf, de, MBB 2019/43**

C.G.A.C. de Graaf, 'Wet bronbelasting 2021, kritisch belicht vanuit EU-vrijheden', *MBB 2019/43*.

**Happé, WFR 2015/938**

R.H. Happé, 'Fiscale ethiek voor multinationals', *WFR 2015/938*.

**Hennevelt, NLF 2020/1708**

M. Hennevelt, annotatie bij Rb. Noord-Holland 26 juni 2020, nr. 19/862, ECLI:NL:RBNHO:2020:5137 & nr. 19/879, ECLI:NL:RBNHO:2020:5138, *NLF 2020/1708*.

**Hulten, van, & Korving, *WFR 2019/129***

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

**IJzerman 1991**

R.L.H. IJzerman, '*Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*', Deventer: Wolters Kluwer 1991.

**IJzerman 2006**

R.L.H. IJzerman, '*Over fraus legis, herkwalificatie en het motiefvereiste, in: S. van Weeghel en Ch.J.Langereis (red.), De grote lijn (Van Brunschot-bundel)*', Deventer: Wolters Kluwer 2006.

**Jones, e.a. 1984**

J.F.A. Jones, C.J. Berg, H.R. Depret, M.J. Ellis, P. Fontaneau, R. Lenz, & J. Strobl, '*The Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3(2) of the OECD Model-II*', British Tax Review, 1984.

**Kastrop, *WFR 2018/174***

E.M.J. Kastrop, 'Zetelverplaatsingen in het internationaliserende fiscale landschap', *WFR 2018/174*.

**Kavelaars, *WFR 2011/1177***

P. Kavelaars, 'Misbruik van Recht in de EU', *WFR 2011/1177*.

**Kavelaars, *NTFR 2014/46***

P. Kavelaars, 'Herziening OESO-Modelverdrag 2014 (I)', *NTFR 2014/46*.

**Kavelaars, *NTFR 2018/40***

P. Kavelaars, 'Detacheringsverklaringen in de sociale zekerheid', *NTFR 2018/40*.

**Kavelaars, *TFO 2018/159.1***

P. Kavelaars, 'Antimisbruikbepalingen in het MLI', *TFO 2018/159.1*.

**Kavelaars, *TFO 2019/161.3***

P. Kavelaars, 'Exitheffingen en antimisbruikbepaling onder ATAD1' *TFO 2019/161.3*.

**Kavelaars, *NLFW 2019/2***

P. Kavelaars, 'Doorstromers in de ban', *NLFW 2019/2*.

**Kemmeren, van, *TFO 1994/21***

E.C.C.M. van Kemmeren, 'Fraus legis in de vennootschapsbelasting', *TFO 1994/21*.

**Kemmeren, van, *WFR 2003/133***

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

**Kloosterhuis 2016**

H.T.M. Kloosterhuis, '*Juridische methoden*', Den Haag: Boomjuridisch 2016.

**Kok, *WFR 2015/184***

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

**Kok, *MBB 2017/4***

Q.W.J.C.H. Kok, 'Het tegengaan van verdragsmisbruik onder het multilaterale instrument', *MBB 2017/4*.

**Koopman, *WFR 1995/1711***

R.J. Koopman, 'Over het einde van de annaal-bezitseis en de mensenrechten van een tussenholding', *WFR 1995/1711*.

**Koopman 1996**

R.J. Koopman, '*Bewijslast in belastingzaken*', Deventer: Wolters Kluwer 1996.

**Koriak, *European Taxation, 2016 (Volume 56), No 12***

O. Koriak, 'European Union - The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law?', *European Taxation, 2016 (Volume 56), No 12*.

**Kors 2017**

M.M. Kors, *'Pleitbaar standpunt in het fiscale boete- en strafrecht'*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Korving, TFO 2013/125.3**

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

**Lang, Tax Notes International 2014**

M. Lang, 'BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties', *Tax Notes International* 2014.

**Lohuis, TFO 2018/159.3**

H. Lohuis, 'Verdragstoepassing bij hybride mismatches onder het multilaterale instrument', *TFO* 2018/159.3.

**Lubbers, WFR 2011/62**

A.O. Lubbers, 'Hoe behoudt de belastingrechter op het punt van rechtsvinding en rechtsvorming het vertrouwen van de maatschappij?', *WFR* 2011/62.

**Lukkien, MBB 2016/2**

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

**Maagdenberg, van den, WFR 2020/5**

S.P.M van den Maagdenberg, 'Verslag van de algemene ledenvergadering van de Vereniging voor Belastingwetenschap over het thema acte clair en acte éclairé, gehouden op 25 november 2019 te 's-Gravenhage', *WFR* 2020/5.

**Marchal, NDFR - commentaar bij 'Fiscale rechtsvinding'**

R. Marchal, *NDFR - commentaar bij 'Fiscale rechtsvinding'*.

**Marres & Groot, de, WFR 2020/209**

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

**Marres 2020**

O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek (Fiscale monografieën, nr. 113)*, Deventer: Kluwer 2020.

**Marres & Groot, de, WFR 2015/118**

O.C.R. Marres & I.M. de Groot, 'Implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn' *WFR 2015/118*.

**Marres, NTFR-B 2017/18**

O.C.R. Marres, 'De Anti-ontgaansrichtlijnen', *NTFR-B 2017/18*.

**Merkx & Teeuwsen, WFR 2020/216**

M.M.W.D. Merkx & H.G.J. Teeuwsen, 'De realiteit van de economische realiteit – Europese dimensie' *WFR 2020/216*.

**Merks, MBB 2006/9**

P.F.E.M Merks, 'Belastingontduiking, -ontwijking en -planning: Deel 1', *MBB 2006/9*.

**Merks & van Gelder, FF 2012/227-06**

P.F.E.M. Merks & G.C.F. van Gelder, 'Het belastinglek en de OESO' *FF 2012/227-06*.

**Niessen, NTFR-B 2011/6**

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

**Niessen, WFR 1984/1661**

R.E.C.M. Niessen, 'Richtige heffing en fraus legis', *WFR 1984/1661*.

**Nieuwenhuizen, WFR 1999/159**

J.H.M. Nieuwenhuizen, 'Vrije ontwikkelingen in de wetsontduiking', *WFR 1999/159*.

**Nijkeuter & Groot Koerkamp, MBB 2015/3**

E. Nijkeuter & S.M. Groot Koerkamp, 'Over vervreemdingswinst behaald met aandelen in een onroerendzaakvennootschap in grensoverschrijdende situaties. Een analyse vanuit Nederlands perspectief', *MBB 2015/3*.

**NOB 2003**

NOB, ‘*NOB-commentaar op wetsvoorstel ter implementatie van de EG-rente/royaltyrichtlijn (2003/49/EG)*’, Den Haag 2003.

**NOB 2019**

NOB, ‘*NOB-commentaar op wetsvoorstel Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking (35 241)*’, Den Haag 2019.

**Nouwen, WFR 2012/1296**

M.F. Nouwen, ‘De strijd tegen schadelijke belastingconcurrentie in de Europese Unie is weer losgebarsten: een tussenbalans’, *WFR 2012/1296*.

**OESO 2013**

OESO, ‘*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*’, Parijs: OECD Publishing, 2013.  
Opgeroepen via: <https://doi.org/10.1787/9789264202719-en>.

**OESO 2015**

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

**Pancham, Cursus Belastingrecht - EBR.8.2.8**

S.R. Pancham, *Cursus Belastingrecht - EBR.8.2.8*.

**Post, Cursus Belastingrecht - Vpb.4.0.1.H, Vpb.4.0.1.H.d.**

D.R. Post, *Cursus Belastingrecht - Vpb.4.0.1.H, Vpb.4.0.1.H.d*.

**Pötgens, Cursus Belastingrecht - IBR.3.5.6.B.b.**

F.P.G. Pötgens, *Cursus Belastingrecht - IBR.3.5.6.B.b*.

**Pötgens 2010**

F.P.G. Pötgens, ‘“*Uiteindelijk gerechtigde*” onder Nederlandse belastingverdragen; *nationaal recht of context?* – in: *40 jaar Cursus Belastingrecht*’, Deventer: Kluwer 2010.

**Post & Elswelier, *WFR 2020/193***

D.R. Post & F.J. Elswelier, 'Enige vraagpunten rondom de voorgestelde verliesverrekeningsmaatregel in de vennootschapsbelasting', *WFR 2020/193*.

**Post 2012**

D.R. Post, *'De invloed van belangenwijzigingen op verliesverrekening'*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2012.

**Rasenberg, *WFR 2017/93***

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

**Ravelli, *WFR 2020/150***

A.W. Ravelli, 'Aanpassingen in de deelnemingsvrijstelling niet nodig naar aanleiding van de Deense arresten', *WFR 2020/150*.

**Tydeman-Yousef, *WFR 2014/3***

M. Tydeman-Yousef, 'Fraus conventionis, quae est?', *WFR 2014/3*.

**Vakstudie, commentaar bij 'artikel 3.8 Wet IB, aant. 15.28.19'**

Vakstudie, commentaar bij 'artikel 3.8 Wet IB, aant. 15.28.19'

**Vakstudie, bij Kern & Inleiding - Aant. 1.15.2.**

Vakstudie, bij Kern & Inleiding - Aant. 1.15.2.

**Vogenauer 2011**

S. Vogenauer, *'Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?'* Oxford: Bloomsbury Publishing 2011.

**Vries, de, *WFR 2010/114***

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

**Ward 2006**

D.A. Ward, 'The Interpretation of Income tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model', *IBFD*, Amsterdam 2006.



**Wattel 1999**

P.J. Wattel, in: Den Boer, Koopman en Wattel, *'Algemeen belastingrecht'*, Fiscaal Commentaar 1999.

**Wattel, Marres & Vermeulen 2012**

P.J. Wattel, O.C.R. Marres, H. Vermeulen, *'European Tax Law'*, Deventer: Kluwer 2012.

**Weber, FED 2016/110**

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

**Weber, Erasmus Law Review – Issue 1 2017**

D.M. Weber, 'The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law', *Erasmus Law Review – Issue 1 2017*.

**Weber, WFR 2018/75**

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

**Weeghel, van, TFB 2002 nr. 11/12**

S. van Weeghel, 'Fraus legis in internationaal verband', *TFB* 2002 nr. 11/12.

**Weeghel, van, BNB 2007/42**

S. van Weeghel, annotatie bij HR 14 juli 2006, nr. 42 522, ECLI:NL:HR:2006:AY3747, *BNB* 2007/42.

**Werd, de, Cursus Belastingrecht - FBR.7.1.0, FBR.7.2, FBR.7.4.2., FBR.7.5.5.A., FBR.7.5.1.**

M.M. de Werd, *Cursus Belastingrecht - FBR.7.1.0, FBR.7.2, FBR.7.4.2., FBR.7.5.5.A., FBR.7.5.1.*

**Wetering, van de, WFR 1994/492**

G. C. van de Wetering, 'Een internationale kasgeldconstructie; verdragsinterpretatie en fraus tracatus', *WFR* 1994/492.

**Willigenburg, van, *WFR 2006/961***

F.W. van Willigenburg, ‘Verdragstoepassing bij emigrerende kasgeldvennootschappen in liquidatie’, *WFR 2006/961*.

**Witpeerd, *FTV 2020/07-08***

F.M. Witpeerd. ‘Een nieuwe oplossing voor misbruik door recht: de anti-anti-misbruikbepaling’ *FTV 2020/07-08*.

**Zeijden, van der, & Mierlo, van, *MBB 2019/2-8***

F.M. van der Zeijden & S.P. van Mierlo, ‘Het EU-rechtelijke risico van de earningsstrippingmaatregel’, *MBB 2019/2-8*.

**Zeldenrust, *WFR 2021/26***

R. Zeldenrust, ‘De uniforme uitleg van drie antimisbruikbepalingen’, *WFR 2021/26*.

**Zuidhof & Vermeulen, *WFR 2020/225***

H.R. Zuidhof & H. Vermeulen, ‘Onder welke omstandigheden dienen nationale voordelen als Unierechtelijke voordelen te worden beschouwd’, *WFR 2020/225*.

## Jurisprudentielijst

### Hof van Justitie

HvJ 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*).

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

HvJ 17 oktober 1996, C-283/94, C-291/94 en C-292/94, ECLI:EU:C:1996:387 (*Denkavit-I*).

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

HvJ 12 mei 1998, C-336/96, ECLI:EU:C:1998:221 (*Gilly*).

HvJ 12 mei 1998, C-367/96, ECLI:EU:C:1998:222 (*Kefalas*).

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

HvJ 16 juli 1998, C-355/96, ECLI:EU:C:1998:374, (*Silhouette*).

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

HvJ 12 december 2000, C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695 (*Emsland-Stärke*).

HvJ 21 februari 2006, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121 (*Halifax*).

HvJ 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*).

HvJ 6 november 2006, C-433/04, ECLI:EU:C:2006:702 (*Commissie/België*).

HvJ 13 maart 2007, C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*).

HvJ 5 juli 2007, C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408 (*Kofoed*).

HvJ 21 februari 2008, C-425/06, ECLI:EU:C:2008:108 (*Part Service*).

HvJ 20 mei 2010, C-352/08, ECLI:EU:C:2010:282 (*Zwijnenburg*).

HvJ 22 december 2010, C-277/09, ECLI:EU:C:2010:810 (*RBS Deutschland*).

HvJ 22 december 2010, C-103/09, ECLI:EU:C:2010:804 (*Weald Leasing*).

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

HvJ 4 juli 2013, C-350/11, ECLI:EU:C:2013:447 (*Argenta Spaarbank*).

HvJ 8 maart 2017, C-14/16, ECLI:EU:C:2017:17 (*Euro Park Service*).

HvJ 7 september 2017, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (*Egiom en Enka*).

HvJ 22 november 2017, C-251/16, ECLI:EU:C:2017:881 (*Cussens*).

HvJ 20 december 2017, C-504/16 & C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009 (*Deister en Juhler*).

HvJ 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 (*N Luxembourg 1, X Denmark, C Danmark I en Z Denmark*).

HvJ 26 februari 2019, C116/16 & C117/16, ECLI:EU:C:2019:135 (*T Danmark en Y Denmark*).

HvJ 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (*Lexel*).

### Conclusies

Conclusie, A-G J. Kokott, van 8 februari 2007 bij zaak C-321/05, ECLI:EU:C:2007:86 (*Kofoed*).

Conclusie, A-G M. Bobek, van 7 september 2017 bij de zaak C-251/16, ECLI:EU:C:2017:648 (*Cussens*).

### Hoge Raad

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

HR 7 februari 1951 B 8939.

HR 5 juni 1957, nr. 13 127, ECLI:NL:HR:1957:AY1891.

HR 13 maart 1974, nr. 17 214, ECLI:NL:HR:1974:AX4536.

HR 4 juni 1975, nr. 17 526, ECLI:NL:HR:1975:AX4000.

HR 21 november 1984, nr. 22 092, ECLI:NL:HR:1984:AC8603.

HR 20 maart 1985, nr. 23 003, ECLI:NL:HR:1985:AW8319.

HR 11 juni 1986, nr. 23 64, ECLI:NL:HR:1986:AW7995.

HR 17 juni 1987, nr. 24 535, ECLI:NL:PHR:1987:AW7648.

HR 11 mei 1988, nr. 25 006, ECLI:NL:HR:1988:ZC3833.

HR 27 januari 1988, nr. 23 919, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744.

HR 11 juli 1990, nr. 26 306, ECLI:NL:HR:1990:ZC4348.

HR 2 september 1992, nr. 26.059, ECLI:NL:HR:1992:ZC5045.

HR 3 maart 1993, nr. 28 329, ECLI:NL:HR:1993:ZC5465.

HR 10 maart 1993, nr. 28.139, ECLI:NL:HR:1993:ZC5286.

HR 19 januari 1994, nr. 28 646, ECLI:NL:HR:1994:ZC5570.

HR 23 augustus 1995, nr. 29 521, ECLI:NL:HR:1995:AA1681.

HR 6 september 1995, nr. 27 927, ECLI:NL:HR:1995:AA1683.

HR 20 september 1995, nr. 29 737, ECLI:NL:HR:1995:AA1682.

HR 27 september 1995, nr. 30 400, ECLI:NL:HR:1995:AA1668.

HR 10 augustus 2001, nr. 35 890, ECLI:NL:HR:2001:AB3138.

HR 23 januari 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AI0739, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N* 2004/9.13.

HR 17 december 2004, nr. 39 080, ECLI:NL:HR:2004:AP6652.

HR 1 juni 2012, 11/00009, ECLI:NL:HR:2012:BW7073.  
HR 29 juni 2012, nr. 10/00786, ECLI:NL:HR:2012:BR4525.  
HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, ECLI:NL:HR:2012:BP6629.  
HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, ECLI:NL:HR:2014:224.  
HR 21 april 2017, nrs. 15/05278, 15/05357, 16/03673, ECLI:NL:HR:2017:638.  
HR 21 april 2017, nr. 16/03669, ECLI:NL:HR:2017:640.

### Conclusies

Conclusie van A-G van Ballegooijen – Zaak 39/224, ECLI:NL:PHR:2006:AX1086.  
Conclusie van A-G Wattel – Zaak 12/03540, ECLI:NL:PHR:2013:BZ0216.

### Gerechtshof

Hof Amsterdam 25 januari 1973, nr. 518/71

### Rechtbank

Rb. Noord-Holland 26 juni 2020, nr. 19/862, ECLI:NL:RBNHO:2020:5137 en nr. 19/879,  
ECLI:NL:RBNHO:2020:5138.

### Buitenlandse rechtspraak

High Court of Australia in Thiel v. Federal Commissioner of Taxation (1990) 171 CLR 338.  
Supreme Court of Canada in Crown Forest Industries Ltd. v. Canada (1995) 2 S.C.R. 802.  
Court of Appeal 2006, EWCA Civ 158 (Indofood International Finance Ltd. vs. JP Morgan Chase Bank N.A., London Branch).

## Regelgeving en parlementaire stukken

### Parlementaire geschiedenis

*Kamerstukken I* 1999/2000, 26 727, nr. 202a.

*Kamerstukken II* 1987/88, 20 365, nr. 2.

*Kamerstukken II* 1995/96, 24 696, nr. 3.

*Kamerstukken II* 1996/97, 25 087, nr. 1.

*Kamerstukken II* 1997/98, 25 087, nr. 4.

*Kamerstukken II* 2000/01, 27 896, nr. 3.

*Kamerstukken II* 2001/02 28 259, nr. 6.

*Kamerstukken II* 2002/03, 28 259, nr. 10.

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

*Kamerstukken II* 2007/08, 31 206, nr. 7.

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

*Kamerstukken II* 2016/17, 25 087, nr. 137.

*Kamerstukken II* 2017/18, 25 087, nr. 188.

*Kamerstukken II* 2017/18, 2992.

*Kamerstukken II* 2017/18, 34 788, nr. 3.

*Kamerstukken II* 2017/18, 34 788, nr. 6.

*Kamerstukken II* 2017/18, 34 853, nr. 3

*Kamerstukken II* 2017/18, 34 853, nr. 6.

*Kamerstukken II*, 2017/18, 34 959, nr. 3.

*Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3.

*Kamerstukken II* 2018/19, 35 028, nr. 3

*Kamerstukken II* 2018/19, 35 241, nr. 3.

*Kamerstukken II* 2019/20, 35 305 nr. 3.

Brief van de Minister van Financiën van 26 juli 1987, nr. 87/222.

Ministerie van Financiën, 'Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011'.

Ministerie van Financiën, 'Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020'.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, IFZ/2013/25 U.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2019, vraag 11.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2020.

## Richtlijnen Europese Raad

### **Richtlijn 2003/49/EG**

Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten.

### **Richtlijn 2009/133/EG**

Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat.

### **Richtlijn 2011/96/EU**

Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

### **Richtlijn 2014/86/EU**

Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten

### **Richtlijn 2015/121**

Richtlijn 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.

### **Richtlijn 2016/1164**

Richtlijn 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.

### **Richtlijn 2017/952**

Richtlijn 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen.

### **Richtlijn 2018/822**

Richtlijn 2018/822 van de Raad van 25 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied met betrekking tot meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies.

### Overige Europese stukken

#### **COM(2009)179 definitief**

Verslag van de Commissie aan de Raad overeenkomstig artikel 8 van Richtlijn 2003/49/EG van de Raad betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten.

#### **Aanbevelingen C-439/1**

Aanbevelingen C-439/1 van het Hof van Justitie van 25 november 2011 betreffende aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures.

#### **COM(2013)814 definitief**

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.

#### ***PbEU C 226/40 van 16 juli 2014***

*PbEU C 226/40 van 16 juli 2014 - Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het 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.*



***PbEU C 264/93 van 20 juli 2016***

PbEU C 264/93 van 20 juli 2016 - Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied.

## **Internetbronnen**

### **Wisman 2021**

C. Wisman, *Bedoeld of onbedoeld: verrassende wending EU-uitleg 'belastingontwijking'*.  
Opgeroepen via: <https://www.taxlive.nl/nl/documenten/opinie/uitvergroot/bedoeld-of-onbedoeld-verrassende-wending-eu-uitleg-belastingontwijking/>.

### **Belasting en Douane Museum 2019**

Belasting en Douane Museum, *Digitale reis door de geschiedenis van belastingen in Nederland*. Opgeroepen via:  
<https://www.bdmuseum.nl/digitale-reis-door-de-geschiedenis-van-belastingen-in-nederland/>.

### **Rijksoverheid 2019**

Rijksoverheid, *Geschiedenis belastingen*. Opgeroepen via:  
<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/prinsjesdag/lesmateriaal/geschiedenis-belastingen>.