UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Hoge Raad over misbruik van Unierecht in de winstbelastingen: quo vadis?

de Wilde, M.F.; Wisman, C.

Publication date
2026
Document Version
Final published version
Published in
Ars Aequi
License
Other

Link to publication

Citation for published version (APA):
de Wilde, M. F., & Wisman, C. (2026). Hoge Raad over misbruik van Unierecht in de winstbelastingen: quo vadis? *Ars Aequi*, *75*(3), 218-231. https://arsaequi.nl/product/hoge-raad-over-misbruik-van-unierecht-in-de-winstbelastingen-quo-vadis/

General rights
It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations
If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: https://uba.uva.nl/en/contact, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, P.O. Box 19185, 1000 GD Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (https://dare.uva.nl)

Download date:08 Nov 2026

Annotatie

arsaequi.nl/maandblad AA20260218

Hoge Raad over misbruik van Unierecht in de winstbelastingen: quo vadis?

Prof.dr. M.F. de Wilde & mr. C. Wisman*

Hoge Raad 25 april 2025, nr. 22/04506, ECLI:NL:HR:2025:668 (*Curaçaose aandeelhouder A*),
Hoge Raad 25 april 2025, nr. 22/04508, ECLI:NL:HR:2025:669 (*Curaçaose aandeelhouder B*),
Hoge Raad 18 juli 2025, nr. 22/02691, ECLI:NL:HR:2025:1162 (*Belgische aandeelhouder A*),
Hoge Raad 18 juli 2025, nr. 22/02695, ECLI:NL:HR:2025:1163 (*Belgische aandeelhouder B*),
Hoge Raad 5 september 2025, nr. 23/02746, ECLI:NL:HR:2025:1250 (*Brillenzaak II*),
Hoge Raad 19 december 2025, nr. 23/03961, ECLI:NL:HR:2025:1960 (*Koffiezaak II*),
Hoge Raad 16 januari 2026, nr. 20/03948 bis, ECLI:NL:HR:2026:60 (*Eindarrest X BV*).

De auteurs bespreken hoe de Hoge Raad in recente winstbelastingzaken binnen het toepassingsbereik van het Unierecht het leerstuk van misbruik van (Unie)recht autonoom toepast, zonder het Hof van Justitie om uitleg te vragen. De Hoge Raad vult daarbij het onduidelijke Unierechtelijke normstellende kader (het EU-doelvereiste) in met nationaalrechtelijke, buitenwettelijke anti-misbruiknormen, die hij vervolgens als EU-conform beoordeelt. Dit roept vragen op over fiscale gelijke behandeling van marktdeelnemers in binnenlandse en internationale situaties, het legaliteitsbeginsel en de rolverdeling tussen nationale rechter en EU-rechter.

1 Inleiding

In 2025 en begin 2026 wees de Hoge Raad een reeks arresten over de vennootschaps- en dividendbelasting in internationaal verband.[1] De zaken gingen over investeringsrendementen van grote ondernemingen, vermogende families en investeringsfondsen. Steeds stond dezelfde vraag centraal: is sprake van belastingontwijking, oftewel misbruik van recht?

In vrijwel alle zaken oordeelde de Hoge Raad dat sprake was van misbruik van recht, waardoor het beoogde belastingvoordeel wegviel. In de vennootschapsbelasting ging het vooral om renteaftrek die internationale bedrijven en investeringsfondsen creëerden door eigen vermogen

* Maarten de Wilde is verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam (EUR) en een internationaal assurance- en (belasting)advieskantoor te Rotterdam (*dewilde@law.eur.nl*). Ciska Wisman is verbonden aan de Universiteit van Amsterdam (*c.wisman@uva.nl*). De kopij werd afgesloten 20 februari 2026.

1 Zie HR 25 april 2025, nr. 22/04506, ECLI:NL:HR:2025:668 (*Curaçaose aandeelhouder A*), HR 25 april 2025, nr. 22/04508, ECLI:NL:HR:2025:669 (*Curaçaose aandeelhouder B*), HR 18 juli 2025, nr. 22/02691, ECLI:NL:HR:2025:1162 (*Belgische aandeelhouder A*), HR 18 juli 2025, nr. 22/02695, ECLI:NL:HR:2025:1163 (*Belgische aandeelhouder B*), HR 5 september 2025, nr. 23/02746, ECLI:NL:HR:2025:1250 (*Brillenzaak II*), HR 19 december 2025, nr. 23/03961, ECLI:NL:HR:2025:1960 (*Koffiezaak II*), HR 16 januari 2026, nr. 20/03948 bis, ECLI:NL:HR:2026:60 (*Eindarrest X BV*).

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

fiscaal als schuld te presenteren. In de dividendbelasting ging het om families uit Curaçao en België die persoonlijke houdstervennootschappen tussenplaatsten om de inhoudingsvrijstelling te benutten. In sommige zaken oordeelde de Hoge Raad dat sprake was van misbruik van Unierecht,[2] in andere van misbruik van nationaal recht (*fraus legis*).[3] Alleen de Curaçaose zaken vormden een uitzondering.[4] Daar zag de Hoge Raad geen misbruik, omdat het voordeel volgens de Hoge Raad voortvloeide uit een wijziging in de Koninkrijkswetgeving en niet uit een opgezette belastingontwijkingsstructuur.

De koers die de Hoge Raad heeft ingezet, is opvallend. Steeds stond de vraag centraal of sprake is van misbruik van (Unie)recht, en steeds speelde dit binnen het toepassingsbereik van de EU-verdragsvrijheden en relevante EU-wetgeving. Opmerkelijk is dat de fiscale voordelen – renteaftrek en inhoudingsvrijstelling – voor zover relevant in een vergelijkbare binnenlandse situatie zonder discussie zouden zijn toegekend.[5] Toch stelde de Hoge Raad geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie (hierna ook HvJ of Hof). Kennelijk achtte hij de werking van het Unierecht voldoende duidelijk, omdat bij twijfel een primair Unierechtelijke verwijzingsplicht bestaat.[6]

In deze bijdrage bespreken we de lijn van de Hoge Raad om belastingontwijking aan te pakken via buitenwettelijke nationale misbruikdoctrines en daarop gebaseerde antimisbruikwetgeving in feitenstellen binnen de toepassingssfeer van het EU-recht. Eerder schreven we in *Ars Aequi* (2020) al over het Unierechtelijke antimisbruikleerstuk.[7] Toen naar aanleiding van de arresten van het Hof van Justitie in de *Deense zaken*.[8] Destijds zagen we een ontwikkeling richting ambiguïteit en rechtsonzekerheid. Nu, enkele jaren en arresten later, vraagt de Hoge Raad het HvJ niet om verduidelijking. Is het EU-recht inmiddels duidelijk? Houdt de Hoge Raad zich aan de Unierechtelijke kaders? Of speelt wellicht iets anders?

We laten zien dat het Unierecht sinds de *Deense zaken* (2019) op dit punt weinig vooruitgang heeft geboekt. Nog altijd is veel onhelder, met name waar het om de normstelling gaat. Ook blijkt dat de Hoge Raad in winstbelastingzaken terughoudend is met het stellen van prejudiciële vragen, zelfs wanneer het Unierecht – zo menen wij – om verduidelijking vraagt. Daarmee draagt hij beperkt(er) bij aan een consistente ontwikkeling van het EU-recht. Dat is jammer. Hoge Raad, hoe nu verder?

2 Hoge Raad, *quo vadis*?

2.1 Weeffouten in fiscaal systeemontwerp

2.1.1 Wie, wat, waar hoeveel belasten?

Om de problematiek scherp te krijgen, beginnen we bij de basis. De belastingheffing over internationale investeringsrendementen.[9] Ongeacht het belastingmiddel – vennootschapsbelasting, dividendbelasting, bronbelasting of minimumbelasting – draaien de kernvragen steeds om hetzelfde: wie wordt belast, wat wordt belast, waar wordt belast en tegen welk tarief; en op basis van welke onderliggende gedachten. Belastingen, ook winstbelastingen, moeten zorgen voor een eerlijke bijdrage aan de samenleving, in lijn met het gelijkheidsbeginsel, neutraliteitsbeginsel en het legaliteitsbeginsel. Toch blijven deze fundamentele vragen in de praktijk, en zelfs in wetgeving en rechtspraak, vaak onderbelicht. De problematiek speelde ook in de recente zaken bij de Hoge Raad.

Westerse winstbelastingstelsels – ook het Nederlandse – zijn traditioneel gebaseerd op het uitgangspunt dat internationaal inkomen eenmaal moet worden belast, en dan in het land waar de band tussen de belastingheffende jurisdictie en de belastingplichtige met zijn inkomen het sterkst wordt geacht (nexus). Ondernemingswinsten van bedrijven worden belast in de staat waarin zij investeren, de oor-

2 Zie HR 18 juli 2025, nr. 22/02691, ECLI:NL:HR:2025:1162 (*Belgische aandeelhouder A*), HR 18 juli 2025, nr. 22/02695, ECLI:NL:HR:2025:1163 (*Belgische aandeelhouder B*) en HR 16 januari 2026, nr. 20/03948 bis, ECLI:NL:HR:2026:60 (*Eindarrest X BV*).

3 Zie HR 5 september 2025, nr. 23/02746, ECLI:NL:HR:2025:1250 (*Brillenzaak II*), HR 19 december 2025, nr. 23/03961, ECLI:NL:HR:2025:1960 (*Koffiezaak II*).

4 Zie HR 25 april 2025, nr. 22/04506, ECLI:NL:HR:2025:668 (*Curaçaose aandeelhouder A*), HR 25 april 2025, nr. 22/04508, ECLI:NL:HR:2025:669 (*Curaçaose aandeelhouder B*).

5 Volledigheidshalve merken wij op dat in de vennootschapsbelastingsfeer vanwege de implementatie van art. 6 Anti-belastingontwijkingsrichtlijn (Anti-Tax Avoidance Directive, ATAD; Richtlijn 2016/1164, gewijzigd met Richtlijn 2017/952), ook in zuiver nationale situaties de Unierechtelijke verplichting bestaat om misbruik van recht te bestrijden. Nederland heeft deze bepaling voor de jaren 2019 tot en met 2024 geïmplementeerd via het nationale leerstuk *fraus legis*. Voor de jaren 2025 en later heeft implementatie plaatsgevonden in het nieuwe art. 29i Wet Vpb 1969. Uit de recente 'Call For Evidence For An Impact Assessment' van de Europese Commissie op 16 februari 2026 met oog op de 'Taxation Omnibus' en de evaluatie van de EU ATAD 2, leiden wij af dat mogelijk wordt nagedacht over een uitbreiding van de reikwijdte van art. 6 Anti-belastingontwijkingsrichtlijn. Zie 'Lastly, the scope of the General Anti-Abuse Rule may require review to ensure that it is broad enough to cover all relevant direct taxes'. Ook in een binnenlandse situatie komt dan de vraag op naar de uitleg van het objectieve en subjectieve element van de misbruiktoets. Overigens, zo benadrukken wij, hebben de EU-lidstaten op grond van het algemene Unierechtelijke beginsel van verbod op rechtsmisbruik de verplichting om misbruik van Unierecht te bestrijden, waarbij dat beginsel volstaat als grondslag. Dit roept de vraag op of, en zo ja, in hoeverre, een vergelijkbare discussie als in de onderhavige zaken zou kunnen ontstaan in een zuiver binnenlandse situatie. Dit laten wij hier onbesproken.

6 Zie HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT/Ministero della Sanità*), HvJ EU 6 oktober 2021, C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799 (*Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi en Catania Multiservizi*), HvJ EU 14 maart 2024, C-516/22, ECLI:EU:C:2024:231 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk (Arrêt de la Cour suprême)*) en HvJ EU 15 oktober 2024, C-144/23, ECLI:EU:C:2024:881 (*KUBERA*). Zie ook de door Nederland gestelde prejudiciële vragen over de omvang van de motiveringsplicht, zie zaak C-767/23 (*Remling*).

7 Zie M.F. de Wilde & C. Wisman, 'Hof van Justitie over "misbruik van Unierecht" in de directe belastingen: quo vadis?', *AA* 2020, afl. 1, p. 22 (AA20200022).

8 Zie HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken C-115/16 *(N Luxembourg 1)*, C-118/16 (*X Denmark*), C-119/16 (*C Danmark I*) en C-299/16 (*Z Denmark*), alsmede HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken C-116/16 (*T Danmark*) en C-117/16 (*Y Denmark*). De zaken staan bekend als de *Deense zaken* en worden hierna ook zo aangeduid.

9 Zie, voor achtergronden, bijvoorbeeld, Reuven S. Avi-Yonah, *Advanced introduction to international tax law*, Cheltenham/Northampton, MA: Edward Elgar Publishing 2019.

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

sprongstaat. Beleggingsrendementen worden belast in het woon- of vestigingsland van de belegger. Deze rendementen worden belast nadat de onderliggende winsten in de vennootschapsbelasting zijn betrokken. Daarom liggen in Nederland de tarieven in box 2 (aanmerkelijkbelangregeling) en box 3 (vermogensrendementsheffing) lager dan in box 1.[10] Deze komen bovenop de onderliggende vennootschapsbelasting.[11] Zo ontstaat een globaal evenwicht, waarin het idealiter niet uitmaakt of inkomen wordt verdiend uit arbeid, kapitaal of ondernemerschap (al dan niet 'via de bv').

Bij collectief beleggen via een fonds of ander beleggingsplatform geldt dat op fondsniveau geen additionele heffing zou moeten plaatsvinden. Het zou niet moeten uitmaken of een belegger direct in bedrijven investeert of via een fonds, de zogeheten neutraliteitsgedachte. Fondsen maken bovendien schaalvoordelen toegankelijk voor kleinere beleggers. Daarom kennen veel westerse stelsels, ook het Nederlandse, regimes die tot nihilheffing op fondsniveau leiden, bijvoorbeeld via fiscale transparantie, een vrijstelling of een 0%-tarief.[12] De achterliggende beleggers worden vervolgens belast over hun rendementen en fondsbeheerders over hun managementbeloningen.

Bij winstuitdelingen komt dividendbelasting in beeld.[13] Die wordt geheven wanneer winsten, na vennootschapsbelasting, worden uitgekeerd. De dividendbelasting fungeert vooral als een voorheffing en is doorgaans verrekenbaar met de inkomsten- of vennootschapsbelasting van de ontvanger. In internationale situaties fungeert de dividendbelasting veelal als eindheffing.

In internationale situaties rijst de vraag waar investeringsrendementen moeten worden belast. In de bronstaat waar de onderneming actief is, of in het woon- of vestigingsland van de belegger? Vanuit de gedachte dat beleggingsrendementen in het woonland horen te worden belast, werken landen vaak met inhoudingsvrijstellingen of lage bronbelastingtarieven, zeker binnen vennootschappelijke ketens.[14] Ook het Nederlandse verdragennetwerk volgt deze benadering.[15] Toch lukt dit niet altijd. Bronlanden heffen geregeld dividend- of andere bronbelastingen over het brutorendement op het repatriatiemoment.[16] Het woonland verleent dan doorgaans een vermindering ter voorkoming van dubbele belasting via belastingverrekening.[17] Het streven blijft tot enkelvoudige belastingheffing te komen.[18]

2.1.2 Complexiteit

In de praktijk ontstaat complexiteit zodra de fundamentele uitgangspunten van belastingheffing niet aansluiten bij de keuzes in het systeemontwerp. Die spanning lag ook ten grondslag aan de zaken waarover de Hoge Raad in 2025 en 2026 oordeelde.

In de vennootschapsbelasting kiezen landen vrijwel altijd voor het klassieke stelsel.[19] Elk lichaam is zelfstandig belastingplichtig, ook binnen een concern. Daardoor worden intragroepstransacties fiscaal erkend, inclusief hun juridische vorm (zoals schuld of kapitaal). De prijzen van dergelijke transacties moeten worden vastgesteld alsof zij tussen onafhankelijke partijen plaatsvinden – het 'arm's length'-beginsel of ook wel het zakelijkheidsbeginsel.[20] Hoewel dit een fictie is – aan de keuze om een bepaalde activiteit binnen concern uit te oefenen of juist te outsourcen liggen (bedrijfs)economische overwegingen ten grondslag – bepaalt het concept van *at arm's length pricing* wereldwijd hoe winsten van multinationale ondernemingen over landen worden toegedeeld.[21]

Bij het bepalen van de belastbare winst wordt uitgegaan van het nominale rendement op het eigen vermogen.[22] Rente op schuldfinanciering is aftrekbaar; dividend niet – ook wanneer binnen een concern leningen worden verstrekt die economisch eigenlijk kapitaal vertegenwoordigen. Dit leidt tot een fiscale bevoordeling van schuldfinanciering, de zogenoemde 'debt-equity bias'. Landen gaan daar verschillend mee om. Sommigen bieden een vermogensaftrek, anderen beperken renteaftrek, en weer anderen combineren beide of laten de bias bestaan. Nederland kiest voor een zelfstandige fiscale kwalificatie van geldverstrekkingen als schuld of kapitaal. Daarnaast kiest Nederland voor renteaftrekbeperkende maatregelen, zowel bij interne als externe financiering, met name in internationale situaties.[23]

Ook bij de dividendbelasting kiezen landen vrijwel altijd voor het klassieke stelsel.[24] Winstuitdelingen tussen kapitaalvennootschappen worden in beginsel belast, ongeacht gelieerdheid. Zonder corrigerende maatregelen leidt dit bij winstrepatriatie tot dubbele of zelfs meervoudige juridische en economische heffing, omdat tussenliggende vennootschappen in de vennootschappelijke keten steeds zowel dividendbelasting als vennootschapsbelasting betalen over de ontvangen dividenden. Daarom werken landen veelal met vrijstellingen of andere mitigerende maatregelen. Nederland, bijvoorbeeld, doet dit, via de combinatie

10 Zie art. 2.10 Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) (box 1; oplopend tot 49,50% (2026)), art. 2.12 Wet IB 2001 (box 2; 24,5%-31% (2026)), art. 2.13 Wet IB 2001 (box 3; 36% (2026)).
11 Zie art. 22 Wet Vpb 1969 (19%-25,8% (2026)).
12 Zie art. 6a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) (vrijgestelde beleggingsinstelling) en art. 28 Wet Vpb 1969 (fiscale beleggingsinstelling).
13 Zie Wet op de dividendbelasting 1965 (Wet DB 1965).
14 Zie art. 4 Wet DB 1965 (inhoudingsvrijstelling dividendbelasting).
15 Zie de Nederlandse belastingverdragen, en zie Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020, bijlage 959334 bij *Kamerstukken II* 2019/20, 25087, nr. 256. Vgl. art. 10(1) OESO-Modelverdrag.
16 Vgl. art. 10(2) OESO-Modelverdrag.
17 Vgl. art. 23 OESO-Modelverdrag.
18 Inmiddels lijkt daaraan de gedachte te zijn toegevoegd dat grote ondernemingen – groepen met een jaarlijkse omzet van ten minste 750 miljoen – bovendien onderworpen moeten zijn aan een effectieve winstbelastingdruk van minimaal 15%. Dit staat bekend als 'Pijler 2'. Zie nader, en kritisch over de juridische houdbaarheid, M.F. de Wilde & C. Wisman, 'Waarom alle bijheffingsvarianten in de Pijler 2-richtlijn botsen met de EU-verdragsvrijheden (en hoe dit op te lossen)', *NLF-W* 2025/18.
19 Vgl. art. 1 Wet Vpb 1969. Vgl. art. 1 OESO-Modelverdrag.
20 Vgl. art. 8 Wet Vpb 1969.
21 Vgl. art. 9 OESO-Modelverdrag.
22 Vgl. art. 8 Wet Vpb 1969.
23 Vgl. art. 10a Wet Vpb 1969.
24 Vgl. art. 1 Wet DB 1965. Vgl. art. 1 OESO-Modelverdrag.

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

van een inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting en een deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting Dit leidt ertoe dat de winstuitdelingen niet zijn onderworpen aan juridisch en economisch dubbele belastingheffing.[25] De toepassingsvoorwaarden verlangen doorgaans een minimum omvang van het belang. In Nederland is dat 5%.

Bij bijzondere fondsenregimes, die op fondsniveau tot nihilheffing moeten leiden, gelden voorwaarden die aansluiten bij het beleggingskarakter van het vehikel en de collectiviteit van de beleggers. Het fondsvermogen moet daadwerkelijk worden gebundeld en belegd voor rekening van de achterliggende investeerders. In Nederland geldt voor fiscale beleggingsinstellingen daarnaast een dooruitdelingsverplichting om uitstel van heffing bij uiteindelijke aandeelhouders of participanten – vooral in internationale situaties – te voorkomen.

2.1.3 Strategievorming

Omdat belastingen voor bedrijven kosten zijn en voor overheden een beleidsinstrument, handelen beide strategisch.[26] Bedrijven richten hun activiteiten zo in dat de belastingdruk op rendementen wordt beperkt, terwijl overheden hun stelsel zowel robuust als aantrekkelijk willen houden voor investeringen. Nederland kent verschillende renteaftrekbeperkingen, zoals de 10a-regeling, die hieronder terugkomt bij de bespreking van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Daarnaast geldt een conditionele bronbelasting op uitgaande dividend-, en rente- en royaltystromen (sinds 2024 respectievelijk 2021), bedoeld om te voorkomen dat Nederland wordt gebruikt als doorstroomland naar laagbelastende jurisdicties.[27]

De economische prikkels voor zowel bedrijven als landen zijn duidelijk. Belastingen vormen bedrijfseconomisch gezien kosten en marktdeelnemers streven naar winstmaximalisatie. Dan ligt het voor de hand dat zij hun kosten – dus ook de belastingdruk – proberen te beperken. Doen zij dat niet terwijl concurrenten dat wel doen, dan lopen zij achterstand op. Dat geldt voor bedrijven, maar ook voor landen die concurreren om bedrijfsinvesteringen aan te trekken. Fiscale strategieën van bedrijven worden belastingplanning of belastingontwijking genoemd, terwijl vergelijkbaar gedrag van staten wordt aangeduid als eerlijke of oneerlijke belastingconcurrentie.

Daarna wordt het snel complex. Elk land maakt eigen fiscale keuzes en hanteert eigen regels en voorwaarden. Dat leidt tot verschillen – fiscale mismatches of, in EU-terminologie, dispariteiten – die diep verankerd zitten in nationale en internationale belastingstelsels. De variatie is groot. Systemen verschillen in wie wordt belast, wat wordt belast, hoe winsten geografisch worden toegerekend en welke tarieven gelden. Hetzelfde geldt voor bronbelastingen, vrijstellingen en fondsenregimes. Omdat landen concurreren, ontwikkelen zij ieder hun eigen benadering, waarbij elke mismatch weer nieuwe strategieën én nieuwe regels uitlokt.

2.1.4 Belastingplanning en belastingconcurrentie

Hoe ziet deze strategievorming er in de praktijk uit? Door de complexiteit van internationale belastingstelsels en onderlinge verschillen is het lastig zonder fiscale kennis internationaal te investeren zonder risico op dubbele heffing.[28] Tegelijkertijd bieden diezelfde verschillen juist ruimte voor belastingplanning – ook binnen de EU. Dat werd ook zichtbaar in de zaken waarover de Hoge Raad recent oordeelde.

Internationaal actieve bedrijven – groot en klein – en vermogende families zoeken geregeld naar juridische structuren om hun fiscale positie te organiseren en beheersbaar te houden. Beleggings- en private-equityfondsen kiezen daarbij soms voor laagbelastende jurisdicties of gunstige regimes om hun investeringsplatformen te huisvesten, bijvoorbeeld om fiscale neutraliteit na te bootsen of omdat de voorwaarden voor beleggingsinstellingenregimes in landen onderling uiteenlopen. Familiebedrijven structureren winsten na belastingheffing vaak via (persoonlijke) houdsters, soms om fiscale redenen, soms om organisatorische of aansprakelijkheidskwesties beter te regelen. Fiscaal kan zo'n structuur gunstig uitpakken – éénmaal belasten, beperkt belasten of uitstel van heffing – maar ook nadelig, bijvoorbeeld door dubbele of meervoudige belasting.

Internationale bedrijven en investeringsfondsen kiezen voor hun structuren soms bewust voor laagbelastende jurisdicties of gunstige regimes. Daarbij maken zij gebruik van rechtsvormen die in het ene land als fiscaal transparant gelden en in een ander niet – de kern van hybride structuren. Bij fiscale transparantie wordt belast op het niveau van de achterliggende investeerders; bij niet-transparantie wordt de entiteit zelf belast. Iets vergelijkbaars geldt voor financieringen. Een betaling kan in het ene land als aftrekbare rente worden gezien, terwijl het andere land deze aanmerkt als een vrijgesteld voordeel uit een aandelenbelang. Zo kunnen situaties ontstaan van 'deductions without inclusion' of zelfs 'dual deductions'.[29] Landen spelen hierop in door gunstige regimes aan te bieden om investeringen aan te trekken, maar ook door antimisbruik- en antimismatchregels in te voeren om hun grondslag te beschermen. Bedrijven reageren daar weer op door hun structuren of activiteiten aan te passen.

25 Vgl. art. 4 Wet DB (inhoudingsvrijstelling), art. 13 Wet Vpb 1969 (deelnemingsvrijstelling). Vgl. Moeder-dochterrichtlijn (Richtlijn 90/435/EEG, gewijzigd met Richtlijnen 2003/123/EG, 2011/96/EU 2014/86/EU, 2015/121/EU).

26 Zie, voor achtergronden, bijvoorbeeld, W. Schön (red.), *Tax Competition in Europe* (EATLP International Tax Series), Amsterdam: IBFD 2025.

27 Wet bronbelasting 2021 (Wet BB 2021). Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 1-2.

28 De omvang van de complexiteit is ook zodanig groot, dat onderhavige bijdrage enkel wat hoofdlijnen schetst. Dit is daarom meteen een disclaimer voor de kritische doorgewinterde fiscalist die bij het lezen van deze bijdrage zomaar eens zou kunnen zeggen dat het positieve belastingrecht en de commerciële praktijk oneindig genuanceerder en complexer liggen dan in deze bijdrage wordt voorgesteld en uiteengezet.

29 Bepaalde hybride mismatches worden binnen de EU aangepakt via de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn. Buiten de EU kunnen vergelijkbare maatregelen zijn getroffen, in lijn met Actiepunt 2 van het Base Erosion and Profit Shifting project van de OESO/G20. Zie OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements. Action 2: 2015 Final Report* (OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project), Parijs: OECD Publishing 2015, doi.org/10.1787/9789264241138-en.

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

Landen concurreren, bedrijven concurreren – en dus ontstaan strategieën rondom de *tax cost*. Reacties zijn rationeel en economisch gedreven. Tegelijkertijd ligt de kern van veel problematiek in het ontwerp van het belastingsysteem zelf: het klassieke stelsel (wie wordt belast), het fiscale winstbegrip (wat wordt belast) en het 'arm's length'-beginsel (waar wordt belast). De wetgeving verandert voortdurend, maar het systeemontwerp – en daarmee de problematiek – blijft grotendeels hetzelfde. Vervolgens komen rechters in beweging om gesignaleerde onwelgevalligheden via buitenwettelijke doctrines te adresseren, zoals het nationaalrechtelijke leerstuk *fraus legis* of het EU-rechtelijke leerstuk van misbruik van Unierecht.

2.2 Misbruik van EU-recht; Hof van Justitie

2.2.1 Marktintegratie; verdragsvrijheden en richtlijnen

Hoe pakt de EU belastingplanning aan? Niet via een breed EU-winstbelastingsysteem, maar vooral via buitenwettelijke antimisbruikdoctrines zoals het leerstuk van misbruik van Unierecht.[30] Dat is ook zichtbaar in de recente rechtspraak van de Hoge Raad. De implicaties van systeemkeuzes worden aangepakt via antimisbruikdoctrines.

Binnen de Europese Unie geldt het EU-recht, gericht op een interne markt zonder binnengrenzen.[31] In die binnenmarkt moeten productiefactoren – kapitaal, arbeid, ondernemerschap – en goederen en diensten vrij kunnen bewegen, zo min mogelijk gehinderd door overheidsoptreden. De EU-verdragsvrijheden vormen daarbij het fundament.[32] In relatie tot derdelanden geldt het vrije kapitaalverkeer. Deze vrijheden verplichten lidstaten marktdeelnemers niet te belemmeren of te discrimineren bij het betreden of verlaten van elkaars markten.

Het EU-recht speelt ook bij belastingheffing een belangrijke rol. Lidstaten mogen belastingplichtigen niet discrimineren of belemmeren in hun gebruik van de EU-verdragsvrijheden – in lijn met het gelijkheids- en neutraliteitsbeginsel.[33] Hoewel landen in principe vrij zijn hun eigen belastingstelsel vorm te geven, moeten zij bij iedere vorm van belastingheffing de supranationale EU-non-discriminatieregels en voorwaarden uit EU-wetgeving respecteren.

Binnen de EU-verdragsvrijheden mag de fiscale behandeling in internationale situaties niet ongunstiger zijn dan in vergelijkbare binnenlandse gevallen – het gelijkheidsbeginsel. Tegelijkertijd kunnen verschillen tussen nationale stelsels (mismatches of dispariteiten) niet via deze vrijheden worden gladgestreken, ook niet wanneer marktdeelnemers daarvan profiteren. Dat is in beginsel toegestaan, behalve wanneer sprake is van misbruik van Unierecht, bijvoorbeeld bij belastingontwijking. Dan worden de voordelen uit het EU-recht misbruikt en moeten de lidstaten ingrijpen binnen de door het Hof van Justitie gestelde kaders. Voor het oplossen van structurele verschillen tussen stelsels is echter niet het vrij verkeer aan zet, maar fiscale harmonisatie via EU-richtlijnen. Misbruikdoctrines zijn een *ultimum remedium*, geen alternatief voor wetgeving.

Op enkele punten hebben EU-lidstaten hun belastingregels geharmoniseerd via richtlijnen. Een belangrijk voorbeeld is de Moeder-dochterrichtlijn, die ziet op de fiscale behandeling van winstuitdelingen binnen de EU.[34] Deze verplicht de vestigingsstaat van de ontvanger dubbele heffing te voorkomen via een vrijstellings- of verrekeningsmechanisme, en de bronstaat om dividendbelasting bij uitgaande dividenden achterwege te laten, mits de uitdeling niet aftrekbaar is bij de betaler. Zo ontstaat binnen de vennootschappelijke keten enkelvoudige belastingheffing over kapitaalgefinancierde investeringsrendementen (beleggingscomponent en overwinst) in de staat waarin geïnvesteerd is en de winst is behaald, bij de onderliggende dochtervennootschap. Dit geldt uiteraard alleen zolang geen sprake is van misbruik van Unierecht. Dan moeten lidstaten ingrijpen.[35]

Een ander voorbeeld is de Interest- en royaltyrichtlijn, op basis waarvan interest- en royaltybetalingen tussen gelieerde EU-lichamen zijn vrijgesteld van bronbelasting.[36] Bij schuldfinanciering leidt dit tot enkelvoudige heffing in de staat waar de investering wordt gedaan, althans voor de bovennormale ondernemingswinsten. De beleggingscomponent – de rentebate – wordt belast in de woonstaat van de ontvanger (crediteur), omdat rente daar in de winstbelasting valt. Bij de betaler (debiteur) is de rentelast in beginsel aftrekbaar. Voor royalty's geldt hetzelfde. Ze worden afgetrokken in de staat van betaling (licentienemer) en belast in de staat van waaruit de immateriële activa worden geëxploiteerd (licentiegever). Deze grondslagverdeling is alleen niet in de richtlijn als doelstelling geëxpliciteerd.

Dit alles geldt zolang het zakelijkheidsbeginsel (*at arm's length pricing*) wordt toegepast en geen sprake is van misbruik van Unierecht.[37] Wanneer marktdeelnemers richtlijnvoordelen misbruiken, bijvoorbeeld voor belastingontwijkingdoeleinden, moeten lidstaten ingrijpen. In de literatuur wordt wel betoogd dat zowel de Moeder-dochterrichtlijn als de Interest- en royaltyrichtlijn uiteindelijk zijn bedoeld om enkelvoudige belastingheffing te waarborgen. Dat zou impliceren dat geen misbruik aanwezig is wanneer deze enkelvoudige heffing wordt bereikt, en mogelijk wel wanneer dat niet het geval is.

30 Zie *Deense zaken* (noot 8).
31 Zie VWEU, VEU. Zie voor achtergronden bijvoorbeeld S.C.W. Douma, O.C.R. Marres, H. Vermeulen & D.M. Weber (red.), *Terra / Wattel – European Tax Law: Volume I. General Topics and Direct Taxation*, Deventer: Wolters Kluwer 2025.
32 Zie EU-verdragsvrijheden, neergelegd in het VWEU.
33 Zie bijvoorbeeld, voor het eerst, HvJ EG 28 januari 1986, 270/83, ECLI:EU:C:1986:37 (*Avoir Fiscal*).
34 Zie Moeder-dochterrichtlijn.
35 Van misbruik is sprake als belastingplichtigen zich via een 'kunstmatige constructie' toegang proberen te verschaffen tot de voordelen van de Moeder-dochterrichtlijn, op een wijze die onverenigbaar is met doel en strekking van deze richtlijn. Deze richtlijn beoogt dubbele heffing te voorkomen bij 'economisch reële' situaties. Zie *Deense zaken* (noot 8) en HvJ EU 3 april 2025, C-228/24, ECLI:EU:C:2025:239 (*Nordcurrent*). Zie ook C. Wisman, 'EU GAAR in deelnemingsvrijstelling en irrelevante EC-statements', *taxlive.nl*, 23 april 2025.
36 Zie Interest en royaltyrichtlijn (Richtlijn 2003/49/EG, gewijzigd met Richtlijn 2004/76/EG).
37 Zie *Deense zaken* (noot 8).

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

Wat betreft de vraag waar beleggingsrendementen moeten worden belast, ontstaat met de EU-richtlijnen een ambigu beeld. Bij kapitaalfinanciering wijst de Moeder-dochterrichtlijn richting heffing over het investeringsrendement, inclusief de beleggingscomponent, in de oorsprongstaat (geen aftrekbare betaling, geen heffing over de dividendbate). Bij schuldfinanciering komt de Interest- en royaltyrichtlijn eerder uit bij heffing over het beleggingsrendement in de woonstaat van de ontvanger (aftrekbare rentebetaling, belastingheffing over de rentebate). Daardoor verschilt de plaats van heffing binnen de interne markt afhankelijk van de gekozen financieringsvorm,[38] terwijl het economische onderscheid tussen kapitaal en schuld beperkt is en eerder gradueel dan analytisch van aard.[39]

Het beeld raakte verder vertroebeld toen de Europese Commissie eind 2021 de Unshell-richtlijn voorstelde, bedoeld om brievenbusvennootschappen aan te pakken.[40] Onder dit voorstel zouden de voordelen van de Moeder-dochterrichtlijn en de Interest- en royaltyrichtlijn voor structuren met 'shell companies' vervallen, waardoor zowel oorsprong- als vestigingsstaten internationale investeringsrendementen zouden kunnen belasten – met dubbele heffing als mogelijk gevolg. Daarbij bleek het lastig scherp te definiëren wat precies een 'shell company' is. Conceptueel wringt bovendien dat bij een entiteit zonder economische activiteiten – en dus zonder winst – onduidelijk is op welke grondslag zij zou moeten worden betrokken in een winstbelasting. De daadwerkelijke activiteiten en waardecreatie vinden immers elders in de groep plaats. Wellicht zou belastingheffing daarbij moeten aanknopen.

Uiteindelijk draait deze problematiek om het ontwerp van het belastingsysteem: wie wordt belast, wat wordt belast en waar vindt de heffing plaats? Omdat daarop geen expliciet antwoord wordt gegeven, ook niet binnen de EU, blijft het beeld ambigu. Verdergaande harmonisatie van winstbelastingen binnen de EU lijkt voorlopig niet haalbaar. Commissievoorstellen voor harmonisatie krijgen geen politieke steun.[41] Ook deelvoorstellen sneuvelden,[42] zoals de DEBRA-richtlijn (vermindering van de financieringsdiscriminatie via een vermogensaftrek – de zogeheten Debt-Equity Bias Reduction Allowance – en daarmee versmalling van de belastinggrondslag bij kapitaalgefinancierde investeringen in de oorsprongstaat tot de overwinst),[43] de Transfer Pricing-richtlijn (centralisatie van het zakelijkheidsbeginsel op EU-niveau),[44] en genoemde Unshell-richtlijn.[45] De aanpak van *shell companies* verschuift nu richting administratieve maatregelen, zoals ruimere informatie-uitwisseling en bijstandverlening.[46] Nieuwe Commissievoorstellen worden in de loop van 2026 verwacht.

EU-lidstaten hechten sterk aan hun fiscale autonomie en beleidsruimte en houden vast aan hun eigen winstbelastingstelsels. Ondertussen wordt belastingontwijking vooral buitenwettelijk aangepakt via het Unierechtelijke leerstuk van misbruik van recht, naast onder meer de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn[47] (2016) en de Minimumbelastingrichtlijn[48] (2022) – waarbij veel maatregelen uit de anti-belastingontwijkingsrichtlijn feitelijk neerkomen op toepassing van de Unierechtelijke antimisbruikdoctrine die in de volgende paragraaf wordt besproken. Zo komt een groot deel van de normstelling in handen van de rechter – uiteindelijk het Hof van Justitie – terwijl onduidelijk blijft welk doel de EU en haar lidstaten precies voor ogen hebben bij de belastingheffing van internationale investeringsrendementen binnen de interne markt.

2.2.2 Misbruik van Unierecht; keerzijde van marktliberalisering

Het EU-recht onderkent de fiscale schaduwzijde van marktliberalisering: belastingontwijking en misbruik van recht. Daarom geldt binnen de EU een algemene antimisbruikdoctrine, het verbod op misbruik.[49] Deze buitenwettelijke Unierechtelijke antimisbruikdoctrine speelt zowel bij de verdragsvrijheden als bij EU-richtlijnen. In richtlijnen op het terrein van directe belastingen – zoals de Moeder-dochterrichtlijn, de Interest- en royaltyrichtlijn en de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn – is deze doctrine gecodificeerd,[50] maar moet altijd worden uitgelegd in lijn met het primaire EU-recht. Het Hof van Justitie oordeelde in de *Deense zaken* dat de antimisbruikdoctrine haar grondslag vindt in het primaire Unierecht. Daarmee bepaalt het Hof de kaders waarbinnen lidstaten en hun instellingen – waaronder nationale rechters – moeten optreden bij de aanpak van belastingontwijking.

De EU-antimisbruikdoctrine bepaalt dat marktdeelnemers hun verdragsvrijheden niet op een oneigenlijke manier mogen inzetten.[51] De vrijheden mogen niet worden

38 Ook ten aanzien van de aanpak van fiscale mismatches die leiden tot een 'deduction – no inclusion' wordt geen eenduidige lijn getrokken. Onder de Moeder-dochterrichtlijn blijft de aftrek in stand en wordt de bate belast. Onder de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn wordt primair de aftrek geweigerd (en secundair de bate belast). De gerichte antimismatchmaatregel van de Moeder-dochterrichtlijn gaat vóór op toepassing van de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn.

39 De verschillen tussen kapitaal- en schuldfinanciering zijn gradueel van aard en zien op de omvang van het risico en daarmee de hoogte van de vergoeding voor de beschikbaar gestelde middelen. Bij schuldfinanciering bestaat een recht op vergoeding (rente) en terugbetaling (aflossing) van de beschikbaar gestelde middelen. Dit maakt het risico lager. Hetzelfde geldt voor het verwachte rendement. Bij kapitaalfinanciering bestaat slechts een verwachting (dividend). Dat maakt het risico groter, en het verwachte rendement. Dat neemt niet weg dat zowel de verschaffer van eigen vermogen als de verschaffer van vreemd vermogen in economische zin risico loopt en een rendement verwacht, als basis voor de beslissing om al dan niet tot de middelenverschaffing over te gaan. Vanuit een economisch perspectief zijn juridische en fiscale verschillen niet meer dan een omstandigheid als het gaat om risicoprofiel en rendementsverwachting.

40 Zie Unshell-richtlijnvoorstel (COM(2021)565).

41 Vgl. CCCTB-richtlijnvoorstellen (2011: COM(2011)121, 2016: COM(2016)685, COM(2016)683), BEFIT-richtlijnvoorstel (2023: (COM(2023)532)).

42 Zie Werkprogramma van de Commissie voor 2026, COM(2025)870 final.

43 Zie DEBRA-richtlijnvoorstel (COM(2022)216).

44 Zie TP-richtlijnvoorstel (COM(2023)529).

45 Zie Unshell-richtlijnvoorstel (COM(2021)565 final).

46 Zie Council of the European Union, *ECOFIN report on tax issues* (9960/25, FISC 134, ECOFIN 720), Brussel, 18 juni 2025, p. 5, punt 10.

47 Zie Richtlijn (EU) 2016/1164, gewijzigd met Richtlijn (EU) 2017/952.

48 Zie Richtlijn (EU) 2022/2523. Deze richtlijn staat ook bekend als de EU Pijler 2-Richtlijn.

49 Zie *Deense zaken* (noot 8).

50 Zie de algemene antimisbruikbepalingen van art. 1, lid 2 en 3 Moeder-dochterrichtlijn, art. 5 Interest en royaltyrichtlijn en art. 6 Anti-belastingontwijkingsrichtlijn.

51 Zie, bijvoorbeeld, HvJ EU 4 oktober 2024, C-585/22, ECLI:EU:C:2024:822 (*X BV*), punt 66: 'Hierbij is voor de vaststelling van het bestaan van een volstrekt kunstmatige constructie naast

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

misbruikt voor doelen die daarmee strijdig zijn, zoals belastingontwijking. Lidstaten mogen belemmeringen of ongelijke behandeling alleen rechtvaardigen wanneer daadwerkelijk sprake is van misbruik van Unierecht.[52] Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie volgt bovendien dat lidstaten verplicht zijn dergelijk misbruik actief tegen te gaan.[53]

Ook EU-richtlijnen bestrijden belastingontwijking, gebaseerd op dezelfde antimisbruikdoctrine.[54] Richtlijnvoordelen mogen evenmin worden misbruikt voor doeleinden die daarmee strijdig zijn. Sinds 2019 geldt de anti-belastingontwijkingsrichtlijn. Ook deze EU-richtlijn biedt weinig duiding van de onderliggende doelstellingen van de winstbelasting binnen de EU en bevat, naast een codificatie van de antimisbruikdoctrine, vooral technische maatregelen, zoals de beperking dat renteaftrek bij een belastingplichtige groepsentiteit niet hoger mag zijn dan 30% van de Earnings Before Interest and Taxes (EBIT), dan wel – naar keuze van de lidstaat – de derdenrente-/EBIT-ratio op groepsniveau. Eind 2023 kwam daar de Minimumbelastingrichtlijn bij, die voor grote ondernemingen (jaaromzet boven € 750 miljoen) een wereldwijd minimumbelastingniveau van 15% moet waarborgen. Deze regeling werkt met gedetailleerde berekeningsregels en bijheffingen wanneer landen zelf niet tot 15% heffen, terwijl een algemene antimisbruikregel en renteaftrekbeperkende maatregelen en/of een vermogensaftrek – eigenlijk een coherent onderliggend denkkader – ontbreken. Gevolg, ook in de context van de minimumbelasting, is belastingplanning en -concurrentie. Begin 2026 werd bovendien in de wereldwijde minimumbelasting een vrijstelling geïntroduceerd speciaal voor bedrijven met een hoofdkantoor in de Verenigde Staten.[55]

2.2.3 Algemene antimisbruikdoctrine; concept zonder inhoud

Het Hof van Justitie heeft de algemene EU-misbruikdoctrine in zijn rechtspraak vormgegeven. Het is een concept om misbruik te bestrijden. Hoewel de abstracte toetsing helder is, is de concrete uitwerking vaak onduidelijk door het ontbreken van de materiële invulling van de norm. Door sommigen wordt het concept geduid als een leeg vat.[56]

De EU-misbruikdoctrine houdt in dat marktdeelnemers Unierechtelijke voordelen verliezen wanneer zij deze kunstmatig en om fiscaal-strategische redenen proberen te benutten – het subjectieve element, ofwel de motieftoets – én dit gebruik strijdig is met doel en strekking van het betreffende Unierechtelijke voordeel – het objectieve element, ofwel het doelvereiste.[57] Dit geldt bijvoorbeeld voor de inhoudingsvrijstelling en de voorkomingsmaatregelen uit de Moeder-dochterrichtlijn, de bronbelastingvrijstellingen uit de Interest- en royaltyrichtlijn, en de fundamentele EU-verdragsvrijheden. Deze voordelen zijn niet bedoeld om belastingontwijking te faciliteren. Daarbij geldt dat elke antimisbruikmaatregel passend en proportioneel moet zijn, in lijn met het EU-evenredigheidsbeginsel.[58] Marktdeelnemers mogen niet in de uitoefening van hun marktvrijheden ongerechtvaardigd worden belemmerd.

Een bijkomend probleem is dat onduidelijk is hoe het Unierechtelijke doelvereiste en de motieftoets in belastingzaken precies moeten worden uitgelegd, zowel bij de verdragsvrijheden als bij de richtlijnen. Het Hof van Justitie benadrukt een holistische benadering,[59] maar biedt voor de operationalisering nauwelijks concrete handvatten. Wel is duidelijk dat misbruikbestrijding maatwerk is.[60] Fiscale motieven bij marktdeelnemers mogen meewegen, maar niet overheersen.[61] Wanneer de balans doorslaat, blijft echter onduidelijk – evenals het moment waarop een constructie als 'kunstmatig' moet worden aangemerkt.[62] Het Hof noemt wel indicatoren.[63] Ook blijft vaag of kunstmatigheid een vereiste is voor of gelijk kan worden gesteld met misbruik,[64] of slechts een aanwijzing.[65] Het belangrijkste gemis is dat onduidelijk blijft wanneer fiscaal gedreven structuren zó in strijd komen met doel en strekking van een Unierechtelijk voordeel dat dit voordeel betrokken marktdeelnemer moet worden onthouden. De normstelling ontbreekt.[66]

een subjectief element, namelijk de wil om een belastingvoordeel te verkrijgen, ook vereist dat uit een geheel van objectieve elementen blijkt dat, in weerwil van de formele vervulling van de door het Unierecht gestelde voorwaarden, het door de vrijheid van vestiging beoogde doel niet werd bereikt', met verwijzing naar HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*) en de *Deense zaken* (noot 8).

52 Zie, bijvoorbeeld, HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*)

53 Zie, bijvoorbeeld, *Deense zaken* (noot 8).

54 Zie art. 1, lid 2 en 3 Moeder-dochterrichtlijn, art. 5 Interest en royaltyrichtlijn en art. 6 Anti-belastingontwijkingsrichtlijn.

55 Zie OECD, *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two), Side-by-Side Package. Inclusive Framework on BEPS* (OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project), OECD 2026. Deze ontwikkelingen worden vanuit Unierechtelijk perspectief zeer kritisch bekeken. Zie bijvoorbeeld D.M. Weber, 'The Pillar 2 – Side-by-Side Package: A Structural Breach of EU Tax Law', *Kluwer International Tax Blog*, 8 januari 2026. Zie ook C. Wisman, 'Over internationale politieke akkoorden, EU Pijler 2-Richtlijn en rechtsmisbruik', *TFO* 2025/200.7 en M.F. de Wilde, 'Side-by-Side-pakket wereldwijde minimumbelasting (Pijler 2)', *NTFR* 2026/151.

56 Vgl. M. Velthoven, *The General Anti-Abuse Rule of Article 6 of the EU Anti-Tax Avoidance Directive* (diss. Amsterdam, UvA), Amsterdam 2024.

57 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 3 april 2025, C-228/24, ECLI:EU:C:2025:239 (*Nordcurrent*), HvJ EU 13 maart 2025, C-135/24, ECLI:EU:C:2025:176 (*John Cockerill*).

58 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009 (*Deister Holding en Juhler Holding*).

59 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 3 april 2025, C-228/24, ECLI:EU:C:2025:239 (*Nordcurrent*).

60 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009 (*Deister Holding en Juhler Holding*).

61 Zie bijvoorbeeld *Deense zaken* (noot 8).

62 Vgl. bijvoorbeeld HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*), *Deense zaken* (noot 8), HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (*Lexel*), HvJ EU 4 oktober 2024, C-585/22, ECLI:EU:C:2024:822 (*X BV*).

63 Zie *Deense zaken* (noot 8), HvJ EU 3 april 2025, C-228/24, ECLI:EU:C:2025:239 (*Nordcurrent*)

64 Zie HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*), HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (*Lexel*), vgl. HvJ EU 4 oktober 2024, C-585/22, ECLI:EU:C:2024:822 (*X BV*)

65 Zie *Deense zaken* (noot 8), HvJ EU 3 april 2025, C-228/24, ECLI:EU:C:2025:239 (*Nordcurrent*).

66 Zie De Wilde & Wisman 2020, en zie, bijvoorbeeld, M.F. de Wilde & C. Wisman, 'Over tripledip- en overnamestructuren; heeft de Hoge Raad het Hof van Justitie gepasseerd?', *NLF-W* 2021/26 en zie bijvoorbeeld M.F. de Wilde & T.M. Vergouwen, 'De Belgische inhoudingsvrijstellingszaken: (geen) twijfels over (ondermijning van) doel en toepassing van de Moeder-dochterrichtlijn?', *NTFR* 2025/1495.

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

We weten bijvoorbeeld niet wanneer precies sprake is van misbruik van Unierecht bij bedrijven of private-equity-fondsen die commerciële eigenvermogensfinanciering fiscaal als schuld presenteren om renteaftrek te creëren. Misbruiken zij daarmee hun EU-vrijheden, of wenden zij deze juist gerechtvaardigd aan, bijvoorbeeld, om de financieringsdiscriminatie in het belastingsysteem te compenseren? Het EU-recht geeft daarop geen antwoord, de verdragsvrijheden niet, en ook de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn of de Minimumbelastingrichtlijn niet. Interessant is dat dit vraagstuk mogelijk genuanceerder had gelegen als het DEBRA-voorstel, met een aftrek voor eigenvermogenfinanciering, was ingevoerd. Dan zou voor overnames en investeringen een vermogensaftrek beschikbaar zijn geweest, waardoor er wellicht geen prikkel zou zijn ontstaan om eigen vermogen fiscaal om te zetten in schuld. Maar dat voorstel haalde het niet, en daarmee blijft deze onzekerheid bestaan – ook ten aanzien van de vraag of het misbruikelijk is wanneer marktdeelnemers kapitaal fiscaal als schuld presenteren. Over dit laatste moest de Hoge Raad in 2025 en 2026 oordelen, waarover hieronder meer.

Een vergelijkbare onzekerheid speelt bij vermogende families die persoonlijke houdstervennootschappen oprichten om bij winstuitkeringen de inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting te benutten. Ook hier is onduidelijk of dit vanuit EU-perspectief problematisch is. De verdragsvrijheden en richtlijnen bieden ook hier geen concreet kader om te bepalen wanneer zo'n structuur misbruik vormt en marktdeelnemers het Unierechtelijke voordeel moet worden ontzegd. In onze bijdrage in *Ars Aequi* in 2020 wezen we er al op dat het Hof van Justitie in de *Deense zaken* weinig richting geeft als het gaat om de normstelling.[67] Sommige auteurs lezen uit deze arresten dat richtlijnvoordelen mogelijk alleen zouden moeten vervallen wanneer de ontvanger buiten de EU woont, omdat dan geen belastingheffing op investeerdersniveau is gewaarborgd.[68] Binnen de EU zou dat wellicht anders liggen. De opbrengsten blijven dan binnen de Unie en kunnen door een lidstaat worden belast. De lidstaten zouden elkaar dan mogen vertrouwen dat dit ook gebeurt. Enkelvoudige heffing zou dan zijn geborgd. Vanuit die gedachte zou het tussenplaatsen van een kale houdster door een binnen de EU wonende particulier niet per se bezwaarlijk zijn. Maar zekerheid daarover ontbreekt. Precies hierover moest de Hoge Raad in 2025 oordelen.

Wij menen dat ingrijpen door de rechter op basis van buitenwettelijke antimisbruikregels een duidelijke normstelling vereist.[69] Kiezen voor een teleologische benadering zonder heldere normstellende grondslag – zelfs in afwijking van verdragsteksten of richtlijnteksten – kan anders al snel willekeurig worden. Dat geldt des te meer wanneer rechters zich beroepen op veronderstelde, maar niet kenbare bedoelingen achter de wet. Daar wezen we in 2020 al op naar aanleiding van de *Deense zaken*, en anno 2026 is dat niet anders. De Unierechtelijke antimisbruikdoctrine blijft op het terrein van directe belastingen opvallend leeg qua concrete normatieve inhoud.[70] Precies die leegte kwam naar voren in de zaken waarover de Hoge Raad zich recent boog, en waar we in de volgende paragraaf dieper op ingaan.

2.3 Misbruik van EU-recht; Hoge Raad legt uit

2.3.1 De Hoge Raad koerst autonoom

Hoe ging de Hoge Raad om met de EU-misbruikdoctrine in zijn arresten van 2025 en begin 2026? Hij koos een opvallend zelfstandige koers. Zonder het Hof van Justitie te raadplegen en zonder het Unierechtelijke doelvereiste expliciet te betrekken, oordeelde de Hoge Raad dat betrokken marktdeelnemers geen aanspraak konden maken op de voordelen van het vrije verkeer of de Moeder-dochterrichtlijn. Volgens de Hoge Raad was sprake van misbruik van recht en bleven renteaftrek en inhoudingsvrijstelling achterwege.

Laten we de rechtspraak van de Hoge Raad nader bekijken. Daarbij is van belang te benadrukken dat zowel de inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting als de renteaftrek in de vennootschapsbelasting voor zover relevant naar de huidige stand van het nationale positieve recht zonder discussie beschikbaar zouden zijn geweest als het om een binnenlandse situatie ging. Binnen Nederland zou de winstuitdeling zijn vrijgesteld en de rente aftrekbaar. De problemen ontstonden pas toen de geldstromen de landsgrens passeerden, binnen een interne markt die juist zonder binnengrenzen moet functioneren. De Hoge Raad oordeelde dat dan wél belasting moest worden geheven: er was sprake van misbruik van recht.

2.3.2 Misbruik bij de inhoudingsvrijstelling

In april en juli 2025 wees de Hoge Raad arresten over de toepassing van de inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting,[71] voortbouwend op een arrest uit 2020.[72] In alle zaken ging het om families die vanuit het buitenland via persoonlijke houdstervennootschappen investeerden in Nederlandse kapitaalvennootschappen, die op hun beurt deelnemingen aanhielden in operationele vennootschappen. De zaken uit juli 2025 betroffen in België woonachtige families met Belgische houdsters. De

67 Zie De Wilde & Wisman 2020.

68 Zie B. Kuźniacki & J. Kokott, 'Prohibition of Abuse in EU Tax Law (and Beyond): Fundamental Aspects of Relevance to Properly Apply the Concept of Beneficial Ownership', *Bulletin for International Taxation* (79) 2025, afl. 3, par. 2.2.4. Zie tevens B. Kuźniacki & J. Kokott, 'Prohibition of Abuse and Beneficial Ownership: Disentanglement via a Principle-Based Approach in EU Tax Law (and Beyond)', *Bulletin for International Taxation* (79) 2025, afl. 4, par. 2.2.2, waarin auteurs schrijven dat 'attempts of investors from third countries to repatriate income generated within the European Union without taxation were of overarching importance for the CJEU in identifying abuse in the Danish cases'.

69 Zie tevens De Wilde & Wisman 2020.

70 Vgl. Velthoven 2024.

71 Zie HR 25 april 2025, nr. 22/04506, ECLI:NL:HR:2025:668 (*Curaçaose aandeelhouder A*), HR 25 april 2025, nr. 22/04508, ECLI:NL:HR:2025:669 (*Curaçaose aandeelhouder B*), HR 18 juli 2025, nr. 22/02691, ECLI:NL:HR:2025:1162 (*Belgische aandeelhouder A*), HR 18 juli 2025, nr. 22/02695, ECLI:NL:HR:2025:1163 (*Belgische aandeelhouder B*). In de zaken van de Curaçaose aandeelhouder ging het in fiscaaltechnische zin om de toepassing van de zogeheten technisch-aanmerkelijkbelangregeling in de vennootschapsbelasting. Hoewel op zichzelf technisch interessant is deze nuance voor de analyse in deze bijdrage verder niet relevant.

72 Zie HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:21.

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

zaken uit april 2025 gingen over in Curaçao woonachtige families met een Curaçaose houdstervennootschap. In alle gevallen ging het om vennootschappen die – behalve het houden van aandelen – nauwelijks economische activiteiten verrichtten: feitelijk kale houdsters.

De Nederlandse maatregelen waar het in deze zaken om ging, hadden in essentie betrekking op de implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn, specifiek de bronbelastingvrijstelling bij internationale winstuitdelingen. Die vrijstelling vervalt wanneer sprake is van misbruik in strijd met doel en strekking van de richtlijn. In de Curaçaose zaken speelde bovendien dat vóór de betreffende uitdeling de oude Belastingregeling voor het Koninkrijk gold, terwijl op het moment van uitkering de nieuwe Belastingregeling Nederland-Curaçao van toepassing was. Die nieuwe regeling was gunstiger. Waar de oude regeling nog 15% bronbelasting voorschreef, bood de nieuwe een vrijstelling.

In de zaken van de Belgische aandeelhouders oordeelde de Hoge Raad, zonder nadere motivering, dat de nationale uitleg van de relevante vennootschaps- en dividendbelastingwetgeving in de regel voldoet aan het Unierechtelijke doelvereiste.[73] In de Curaçaose zaken – waar het Unierecht van toepassing was omdat de Nederlandse wetgever dit zelf had bepaald, ondanks dat Curaçao geen EU-grondgebied is[74] – oordeelde de Hoge Raad dat geen sprake was van misbruik. Het belastingvoordeel was volgens de Hoge Raad niet door de aandeelhouder opgezocht. Deze vloeide voort uit wijzigingen in de Koninkrijksregeling, die hiërarchisch boven de dividendbelastingwetgeving staat. Omdat deze wijziging de Curaçaose aandeelhouder overkwam, bleef Nederlandse dividendbelasting achterwege. De Hoge Raad ging niet in op de vraag hoe deze vrijstelling zich verhoudt tot de hoger geplaatste EU-richtlijnverplichtingen. De aandeelhouder kwam met de schrik vrij.

In de Belgische zaken oordeelde de Hoge Raad dat sprake was van misbruik van Unierecht.[75] Door een persoonlijke houdster tussen te plaatsen, had de familie volgens de Hoge Raad uit strategische overwegingen op kunstmatige wijze het voordeel van de inhoudingsvrijstelling opgezocht, in strijd met doel en strekking van de Moeder-dochterrichtlijn. Het gerechtshof mocht daarbij meewegen dat de familie vrij kon bepalen of de houdster de ontvangen dividenden zou dooruitdelen of herinvesteren. Het gevolg was dat het richtlijnvoordeel niet beschikbaar kwam en de inhoudingsvrijstelling niet gold. Over het dividend moest dividendbelasting worden ingehouden.

De Hoge Raad liet op basis van het nationale formele belastingrecht wél het voordeel uit het Belastingverdrag Nederland-België toe. Daardoor gold uiteindelijk 5% bronheffing in plaats van 15% (of wellicht zelfs het aanmerkelijkbelangtarief in de inkomstenbelasting). De verdragstoepassing stond niet ter discussie, en de Hoge Raad ging daarom niet in op de verhouding tot de EU-richtlijnverplichtingen. Per saldo kwamen de Belgische aandeelhouders er minder goed vanaf dan de Curaçaose. Zij kregen te maken met (i) 5% dividendbelasting op houdsterniveau, (ii) vennootschapsbelasting over de operationele winsten onderin de structuur, en (iii) Belgische inkomstenbelasting bij de uiteindelijke aandeelhouders – kortom, meervoudige heffing.

Belangrijk is dat als de Belgische en Curaçaose aandeelhouders in Nederland zouden hebben gewoond, de winstuitdelingen zonder discussie geheel waren vrijgesteld van dividendbelasting – zelfs wanneer hun persoonlijke houdsters als brievenbusvennootschappen zouden gelden en aanmerkelijkbelangheffing zou worden uitgesteld tot het realisatiemoment. De uiteindelijke belastinglast zou dan bestaan uit: (i) vennootschapsbelasting over de operationele winsten (circa 25%), (ii) geen heffing bij de houdstermaatschappijen bij repatriatie binnen de vennootschappelijke keten, en (iii) box 2-heffing van ongeveer 30% bij de aandeelhouders (bij realisatie). Een globaal evenwicht, zogezegd.

2.3.3 Misbruik bij de renteaftrek

– Fraus legis *en de 10a-regeling, geen renteaftrek*

De Hoge Raad wees in 2025 en begin 2026 ook arresten over renteaftrek in de vennootschapsbelasting, de *Brillenzaak* (september 2025), de *Koffiezaak* (december 2025) en de zaak over het Belgische coördinatiecentrum (januari 2026).[76] Daarbij borduurde de Hoge Raad voort op zijn eerdere rechtspraak.[77] In de zaak van het Belgische coördinatiecentrum stond de 10a-regeling centraal, terwijl het in de *Brillenzaak* en *Koffiezaak* ging om het buitenwettelijke leerstuk *fraus legis* – misbruik van nationaal recht. Daarbij verdient opmerking dat met de invoering van de 10a-regeling midden jaren 1990 de wetgever in essentie het leerstuk *fraus legis* naar de stand van dat moment codificeerde en verscherpte.

Alle drie de zaken lagen voor de tweede keer bij de Hoge Raad.[78] In de *Brillenzaak* en *Koffiezaak* betrof het een private-equityfonds in een laagbelastende jurisdictie,

73 Zie HR 25 april 2025, nr. 22/04506, ECLI:NL:HR:2025:668 (*Curaçaose aandeelhouder A*), r.o. 4.5.2. HR 18 juli 2025, nr. 22/02691, ECLI:NL:HR:2025:1162 (*Belgische aandeelhouder A*), HR 18 juli 2025, nr. 22/02695, ECLI:NL:HR:2025:1163 (*Belgische aandeelhouder B*), verwijzen naar *Curaçaose aandeelhouder A*.

74 Wanneer een lidstaat unilateraal tot uitbreiding beslist van de reikwijdte van het Unierecht – hier de geografische reikwijdte van de Moeder-dochterrichtlijn tot het overzeese gebiedsdeel (LGO) Curaçao – dan acht het Hof van Justitie zich omwille van de bewaking van de eenheid van het EU-recht bevoegd ook in die gevallen te beslissen over de uitlegging van het Unierecht. Zie HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem*), alsmede HvJ EG 18 oktober 1990, C-297/88, ECLI:EU:C:1990:360 (*Dzodzi*), HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (*Ullens de Schooten*), HvJ EU 19 oktober 2017, C-303/16, ECLI:EU:C:2017:773 (*Solar Electric Martinique*) en HvJ EU 10 december 2020, C-620/19, ECLI:EU:C:2020:1011 (*J & S Service*).

75 Zie HR 18 juli 2025, nr. 22/02691, ECLI:NL:HR:2025:1162 (*Belgische aandeelhouder A*), HR 18 juli 2025, nr. 22/02695, ECLI:NL:HR:2025:1163 (*Belgische aandeelhouder B*).

76 Zie HR 5 september 2025, nr. 23/02746, ECLI:NL:HR:2025:1250 (*Brillenzaak II*), HR 19 december 2025, nr. 23/03961, ECLI:NL:HR:2025:1960 (*Koffiezaak II*), HR 16 januari 2026, nr. 20/03948 bis, ECLI:NL:HR:2026:60 (*Eindarrest X BV*).

77 Zie, bijvoorbeeld, HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152 (*Hunkemöller*), HR 3 maart 2023, nr. 21/00299, ECLI:NL:HR:2023:330 (*Spilfunctie*), HR 22 maart 2024, nr. 21/01534, ECLI:NL:HR:2024:469 (*Sidecar*). Arresten van de Hoge Raad hieraan voorafgaand laten we onbenoemd.

78 Zie HR 15 juli 2022, nr. 20/02096, ECLI:NL:HR:2022:1086 (*Koffiezaak I*), HR 15 juli 2022, 20/03946, ECLI:NL:HR:2022:1085 (*Brillenzaak I*), HR 2 september 2022, nr. 20/03948, ECLI:NL:HR:2022:1121 (*Prejudiciële vragen X BV*).

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

waarin diverse – onderling onafhankelijke – investeerders eigen vermogen hadden ingebracht. Dat kapitaal werd via een vennootschap in een andere EU-lidstaat (Luxemburg) gebruikt om een Nederlandse moedervennootschap over te nemen en haar activiteiten te herfinancieren. Fiscaal werd deze herfinanciering als schuld gepresenteerd, waardoor in Nederland renteaftrek werd gecreëerd, terwijl de achterliggende investeerders feitelijk kapitaal hadden verstrekt, een hybride financieringsstructuur derhalve. In de zaak van het Belgische coördinatiecentrum bracht een multinationale onderneming eigen vermogen bijeen in een actieve Belgische groepsvennootschap, die vervolgens een Nederlandse groepsmaatschappij met schuld financierde. Die Nederlandse vennootschap gebruikte de aangetrokken middelen om overnames te doen, waarbij in Nederland renteaftrek werd opgezocht.

In alle drie de zaken werd in Nederland een schuld- en rentepositie gecreëerd, kennelijk met het doel de renteaftrek ten laste van de Nederlandse winst te brengen. Aan de ontvangende kant vond geen onmiddellijke belastingheffing plaats – feitelijk een situatie van 'deduction without inclusion'. In de *Brillenzaak* en *Koffiezaak* kwam dat doordat de middelen fiscaal als schuld bij de Luxemburgse vennootschap werden gepositioneerd, terwijl deze vanuit het fondsperspectief en dat van de investeerders economisch (en fiscaal) eigen vermogen vormden. Het fonds zelf werd in zijn laagbelastende vestigingsjurisdictie nauwelijks belast, en de investeerders pas later, bij realisatie van hun rendement op hun kapitaalinvestering, afhankelijk van hun eigen fiscale positie. In de zaak van het Belgische coördinatiecentrum bleef de rentebate in België laagbelast vanwege een gunstig belastingregime voor zogeheten coördinatiecentra – een belastingregime voor groepsfinancieringsactiviteiten dat inmiddels in België is afgeschaft na druk vanuit de Gedragscodegroep, de Raadswerkgroep die met politieke middelen oneerlijke belastingconcurrentie binnen de EU tegengaat.

In alle drie de zaken weigerde de Hoge Raad de renteaftrek toe te staan.[79] Volgens de Hoge Raad handelden de belastingplichtigen in strijd met de anti-winstdrainagedoelstelling van de Wet Vpb 1969. De vennootschapsbelasting beoogt, zo lijkt het althans, de beleggingscomponent in kapitaalgefinancierde investeringsrendementen te belasten. Belastingplichtigen mogen de vennootschapsbelasting niet voor zichzelf in een overwinstbelasting transformeren door kapitaal fiscaal als schuld te presenteren. In de *Brillenzaak* en *Koffiezaak* leidde dit tot toepassing van het nationaalrechtelijke leerstuk *fraus legis*. De structuren waren volgens de Hoge Raad strategisch opgezet én in strijd met doel en strekking van de Nederlandse belastingwetgeving, waardoor zowel het norm- als het motiefvereiste uit *fraus legis* was vervuld. In de zaak van het Belgische coördinatiecentrum werd renteaftrek geweigerd op grond van de 10a-regeling. De Hoge Raad oordeelde dat de lening – verstrekt door een verbonden lichaam – niet overwegend zakelijk was en dat op groepsniveau feitelijk sprake was van een eigenvermogengefinancierde overname. De 10a-renteaftrekbeperking vond toepassing.

Relevant is dat ook de 10a-regeling, net als de Wet Vpb 1969 voor fraus-legisdoeleinden, is gestoeld op de door de Hoge Raad ontwikkelde anti-winstdrainagedoelstelling.[80] Bij de invoering midden jaren 1990 legde de 10a-regeling de fraus-legisjurisprudentie vast van de Hoge Raad tot dat moment. Inmiddels zijn zowel *fraus legis* als de 10a-regeling verder ontwikkeld, met als resultaat dat *fraus legis* vandaag de dag in volle omvang kan worden toegepast, op basis van genoemde onderliggende anti-winstdrainagedoelstelling en zelfs los van de vraag of de 10a-regeling al dan niet toepassing vindt. Een beperking van renteaftrek is mogelijk op grond van artikel 10a Wet Vpb 1969, vanwege *fraus legis* van artikel 10a Wet Vpb 1969 of vanwege *fraus legis* van de Wet Vpb 1969. Deze maatregelen moeten alle met het Unierecht in overeenstemming worden toegepast. Sinds de arresten van de Hoge Raad uit 2025 kan men, denken wij, zelfs stellen dat de 10a-regeling overbodig is geworden. Ook zonder deze regeling zou het buitenwettelijke fraus-legisleerstuk toepassing vinden en tot dezelfde uitkomst leiden: geen renteaftrek.

Ook hier is relevant dat de rente voor zover relevant zonder beperking aftrekbaar zou zijn geweest als de geldverstrekkers in Nederland waren gevestigd. In de *Brillenzaak* en *Koffiezaak* – net als eerder in de *Hunkemöller*-zaak (2021)[81] en de *Sidecar*-zaak (2024)[82] – toetste de Hoge Raad bovendien niet inhoudelijk door op de vraag of de door Nederland opgeworpen beperking van het vrije verkeer gerechtvaardigd was volgens de EU-misbruikdoctrine.

– Hof van Justitie over 10a-regeling: 'verenigbaar met EU-recht, binnen kaders'

In de zaak van het Belgische coördinatiecentrum had de Hoge Raad eerder prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie over de verenigbaarheid van de 10a-regeling met de EU-verdragsvrijheden.[83] Aanleiding daarvoor was

79 Zie HR 5 september 2025, nr. 23/02746, ECLI:NL:HR:2025:1250 (*Brillenzaak II*), HR 19 december 2025, nr. 23/03961, ECLI:NL:HR:2025:1960 (*Koffiezaak II*), HR 16 januari 2026, nr. 20/03948 bis, ECLI:NL:HR:2026:60 (*Eindarrest X BV*). In *Brillenzaak II* en *Koffiezaak II* speelde ook de problematiek van het buitenwettelijke fiscale leerstuk van de zogeheten 'onzakelijke lening'. In de *Koffiezaak* was voorts op een onderdeel sprake van een herfinanciering van een bestaande schuldpositie van belanghebbende, waarover de Hoge Raad zich niet inhoudelijk boog omdat over de renteaftrek voor dat deel van de financieringsstructuur een compromis was bereikt tussen belastingplichtige en de belastingdienst. Hoewel interessant, zijn deze aspecten voor de onderhavige analyse niet relevant en blijven daarom verder onbesproken.

80 Zie voor analyses, achtergronden en jurisprudentieverwijzingen M.F. de Wilde & C. Wisman, *The Meaning of Avoidance and Aggressive Tax Planning and the BEPS Initiative* (EATLP 2016 Congress; National Report, The Netherlands), 12 april 2016, beschikbaar op ssrn.com en gepubliceerd in: A.P. Dourado (red.), *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*, Amsterdam: IBFD 2017, hfst. 19, p. 455-536.

81 Zie HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152 (*Hunkemöller*) Zie over dit arrest nader (ook voor verdere literatuurverwijzingen) De Wilde & Wisman 2021.

82 Zie HR 22 maart 2024, nr. 21/01534, ECLI:NL:HR:2024:469 (*Sidecar*). Zie over dit arrest nader (ook voor verdere literatuurverwijzingen) M.F. de Wilde, 'Zwanenzang of Phoenix, het arrest van de Hoge Raad van 22 maart 2024 in de zaak Sidecar', *NLF-W* 2024/16.

83 Zie HR 2 september 2022, nr. 20/03948, ECLI:NL:HR:2022:1121 (*Prejudiciële vragen X BV*).

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

niet alleen de ongelijke behandeling van binnenlandse en internationale situaties, maar ook het arrest *Lexel* (2021),[84] waarin het Hof een Zweedse aftrekbeperking – gemodelleerd naar de Nederlandse 10a-regeling – onverenigbaar verklaarde wanneer een lening onder 'arm's length'-voorwaarden was verstrekt.[85] Dat oordeel plaatste ook de Nederlandse 10a-regeling onder druk, omdat deze pas ná toepassing van het 'arm's length'-beginsel ingrijpt en juist 'arm's length'-rente in aftrek beperkt. De kritiek versterkte toen het EVA-Hof in *PRA Group Europe AS* (2022)[86] op basis van *Lexel* een vergelijkbare Noorse renteaftrekbeperking in strijd met het EER-recht achtte. Mogelijk mede vanwege deze verstrekkende gevolgen nuanceerde het Hof van Justitie zijn eerdere lijn uit *Lexel* in zijn antwoord op de vragen van de Hoge Raad in de zaak *X BV* (2024),[87] na een conclusie van A-G Emiliou die het Hof adviseerde *Lexel* te heroverwegen.[88]

In *X BV* oordeelde het Hof van Justitie dat de 10a-regeling verenigbaar is met de EU-verdragsvrijheden – ook wanneer het om rente op 'arm's length'-voorwaarden gaat.[89] Daarbij formuleerde het Hof het voor fiscalisten beruchte punt 88: 'renteaftrek mag daarentegen volledig worden geweigerd wanneer (i) de lening economisch geen rechtvaardiging heeft, (ii) zij niet zou zijn aangegaan tussen onafhankelijke partijen, en (iii) zij zonder het beoogde belastingvoordeel niet tot stand zou zijn gekomen'. In letterlijke lezing introduceert het Hof hiermee een nieuwe driedelige toets voor kunstmatigheid. Daarmee lijkt *X BV* een nieuw kader te schetsen, een kunstmatigheidscomponent bovenop het 'arm's length'-beginsel, waarbinnen zowel de 10a-regeling als, welbeschouwd, het nationale leerstuk *fraus legis* moeten functioneren om niet in strijd te komen met het fundamentele recht op vrij verkeer.[90]

– Verwarring; welk kader?

X BV werd in de fiscale vakpers met enige verwarring ontvangen.[91] Wat bedoelt het Hof precies met de drie elementen uit punt 88? Ook wij zien ten minste twee – beide problematische – lezingen, als uitersten in een spectrum:

Zienswijze 1. Punt 88 valt volledig samen met het 'arm's length'-beginsel ('Zou een dergelijke transactie zich ook tussen derden voordoen?'). Als een intragroepslening zakelijk kan worden geprijsd op basis van het 'arm's length'-beginsel, dan volgt daaruit dat onafhankelijke partijen die transactie ook zouden aangaan. Dan blijft van de nieuwe toets weinig over en zou, net als in *Lexel*, geen misbruik kunnen worden aangenomen bij leningen onder 'arm's length'-voorwaarden. In dat geval had de 10a-regeling op EU-gronden moeten sneuvelen – wat het Hof níet oordeelde.[92]

Zienswijze 2. Punt 88 problematiseert elke intraconcernfinanciering ('Zou deze belastingplichtige deze transactie ook met een derde zijn aangegaan?'). Indien de lening binnen concern tot stand komt – feitelijk is geen sprake van een derdenlening en aan de keuze voor financiering binnen de groep liggen economische overwegingen ten grondslag – zou zij per definitie niet tussen onafhankelijke partijen zijn aangegaan (want dat is immers niet gebeurd) en dus kunstmatig zijn, zelfs bij 'arm's length'-voorwaarden. Dat zou het 'arm's length'-beginsel uithollen, iets wat het Hof evenmin lijkt te beogen.

Beide lezingen wringen. *X BV* laat ons zonder helder toetsingskader achter. Als wij de kans zouden hebben, dan zouden we het Hof van Justitie daarom vragen wat het precies met punt 88 in *X BV* heeft willen zeggen.

– Voor de Hoge Raad géén verwarring: 'verenigbaar met EU-recht, geen kaders maar toelichting'

Voor de Hoge Raad was *X BV* opvallend genoeg wél duidelijk. In de zaak van het Belgische coördinatiecentrum oordeelde hij – in lijn met A-G Pauwels, die na het arrest van het Hof van Justitie in *X BV* in de zaak voor de Hoge Raad conclusie nam – dat het Hof met de passage over het ontbreken van 'elke economische rechtvaardiging' géén nieuwe driedelige maatstaf voor kunstmatigheid heeft willen formuleren. Punt 88 moest volgens de Hoge Raad worden gelezen als een toelichting, niet als toetsingskader.[93]

84 Zie HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (*Lexel*).
85 Zie HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (*Lexel*), en met name punten 51 en 56.
86 Zie Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA-Hof) 1 juni 2022, zaak E-3/21 (*PRA Group Europe AS*), *PbEU* 2023, C 29/39. Zie hierover, bijvoorbeeld, M.F. de Wilde & C. Wisman, 'Ook EVA-Hof omarmt na HvJ in Lexel arm's length-standaard als baken, wat nu?', *NLF Opinie* 2022/21.
87 Zie HvJ EU 4 oktober 2024, C-585/22, ECLI:EU:C:2024:822 (*X BV*).
88 Zie conclusie A-G Emiliou (ECLI:EU:C:2024:238) in HvJ EU 4 oktober 2024, C-585/22, ECLI:EU:C:2024:822 (*X BV*).
89 Zie HvJ EU 4 oktober 2024, C-585/22, ECLI:EU:C:2024:822 (*X BV*).
90 Vgl. De Wilde 2024 schreef in aanloop naar *X BV* (HvJ EU 4 oktober 2024, C-585/22, ECLI:EU:C:2024:822), na *Sidecar* (HR 22 maart 2024, nr. 21/01534, ECLI:NL:HR:2024:469): 'Ook […] zou druk op het oordeel van de Hoge Raad in de zaak Sidecar komen te staan. Dit, indien het HvJ zou omgaan, in een richting als door A-G Emiliou geëxpliciteerd, en het Hof in het nog te wijzen arrest in X BV/Staatssecretaris van Financiën bovenop het zakelijkheidsbeginsel een nieuwontwikkelende Unierechtelijke antimisbruikkop zou gaan plaatsen. Dan zou het Unierechtelijke antimisbruikkader voorbij het zakelijkheidsbeginsel gaan bewegen in een vooralsnog ongewisse richting.' Met punt 88 in HvJ EU 4 oktober 2024, C-585/22, ECLI:EU:C:2024:822 (*X BV*), is dit realiteit geworden.
91 Vgl. W. Boei, 'Renteaftrekbeperking groepsleningen niet strijdig met Unierecht?' *NLF* 2024/2342, en zie bijvoorbeeld, C. Wisman, 'HvJ EU gaat (wederom) stilzwijgend om: over "economische logica" en kunstmatigheid', *taxlive.nl*, 23 oktober 2024, en de reactie van D. ter Steege, 'Het arrest X BV: van een koerswijziging geen sprake', *taxlive.nl*, 28 november 2024, met naschrift van C. Wisman.
92 Het HvJ verklaarde voor recht: 'Artikel 49 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan bij het bepalen van de winst van een belastingplichtige de aftrek van rente ter zake van een leenschuld die is aangegaan met een verbonden lichaam en die verband houdt met de verwerving of uitbreiding van een belang in een ander lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een met de belastingplichtige verbonden lichaam is, volledig wordt geweigerd wanneer deze schuld wordt aangemerkt als (onderdeel van) een volstrekt kunstmatige constructie, zelfs indien die schuld tegen marktconforme voorwaarden is aangegaan en indien die rente niet uitgaat boven het bedrag dat zou zijn overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen.'
93 Zie HR 16 januari 2026, nr. 20/03948 bis, ECLI:NL:HR:2026:60 (*Eindarrest X BV*), r.o. 2.5.3. en 2.5.4.

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

Daarmee schoof de Hoge Raad de gedachte dat *X BV* een nieuw kader introduceert terzijde. De Hoge Raad benadrukte dat vooral de fiscale motieven – het subjectieve element – doorslaggevend zijn binnen de EU-misbruikdoctrine.[94] De nationale maatstaf van de 10a-regeling ('in overwegende mate zakelijke overwegingen') oordeelt de Hoge Raad als niet strenger dan de Unierechtelijke maatstaf. Het gerechtshof mocht aannemen dat belastingbesparing de hoofdreden voor de financiering was.[95]

De Hoge Raad onderzocht niet of de als kunstmatig aangemerkte schuldfinanciering binnen de groep ook strijdig was met doel en strekking van de verkeersvrijheden. Het doelvereiste uit de EU-misbruikdoctrine bleef buiten beeld – terwijl de Hoge Raad in de inhoudingsvrijstellingszaken, in navolging van het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Nordcurrent* (2025),[96] nog had overwogen dat bij een kunstmatige constructie moet worden getoetst of het doelvereiste is geschonden. Ook ging de Hoge Raad niet in op de wisselwerking tussen de 10a-regeling, het nationale fraus-legisleerstuk en de EU-misbruikdoctrine.

2.4 Acte clair *of* acte éclairé?

2.4.1 Acte (é)clair(é) *voor de Hoge Raad*

De arresten van de Hoge Raad zijn opmerkelijk. De Hoge Raad lijkt er niet aan te twijfelen dat zijn nationaalrechtelijke uitlegging – voortbouwend op *fraus legis* – volledig strookt met de EU-misbruikdoctrine.

Volgens de Hoge Raad mag in de regel worden aangenomen dat bij toepassing van de Nederlandse belastingwetgeving niet het Unierechtelijke doelvereiste wordt geschonden.[97] Zo zou de toepassing van de inhoudingsvrijstelling onder de Belastingregeling Nederland-Curaçao in de Curaçaose zaken het doel van de Moeder-dochterrichtlijn niet ondermijnen. Hetzelfde zou blijkbaar gelden voor de tariefverlaging uit het Nederlands-Belgische belastingverdrag in de Belgische zaken.

Daarmee onttrekt de Hoge Raad deze kwesties feitelijk aan Unierechtelijke toetsing. Bovendien, waar partijen niet over twisten, hoeft de rechter geen Unierechtelijke gronden ambtshalve aan te vullen, ook niet vanuit het effectiviteitsbeginsel, zo lijkt de Hoge Raad te menen.[98] Dat de Belgische aandeelhouder – anders dan de aandeelhouders in de *Deense zaken* – wél binnen de EU woonde en regulier aan Belgische inkomstenbelasting was onderworpen, en dus mogelijk zou worden geconfronteerd met internationale dubbele heffing door het vervallen van de inhoudingsvrijstelling, lijkt in de benadering van de Hoge Raad geen rol te spelen.

Volgens de benadering van de Hoge Raad hoeft bij toepassing van het nationale fraus-legisleerstuk in een EU-situatie niet inhoudelijk te worden doorgetoetst aan het Unierechtelijke misbruikleerstuk. De gedachte lijkt dat de nationale rechtstoepassing vanzelf voldoet aan het – door het Hof op dit punt nog altijd niet ingevulde – EU-doelvereiste. Daardoor volstaat een toets aan de nationale norm van *fraus legis*, zonder verdere doortoetsing aan het EU-recht. Dat geldt zelfs wanneer renteaftrek binnen Nederland wél mogelijk is, maar in internationale situaties wordt beperkt en daarmee het vrije verkeer wordt belemmerd. De Hoge Raad lijkt de nationale anti-winstdrainagedoelstelling gelijk te stellen aan het hier oningevulde Unierechtelijke doelvereiste, waarmee toetsing aan *fraus legis* voldoende wordt geacht.

Kennelijk hoeft volgens de Hoge Raad geen verdere toetsing plaats te vinden aan de doelstellingen van de EU-verdragsvrijheden. Hij gaat ervan uit dat het Hof van Justitie in *X BV* geen nieuwe maatstaf heeft willen formuleren met de passage over het ontbreken van iedere economische rechtvaardiging, maar slechts een toelichting gaf. Een andere uitleg zou, aldus de Hoge Raad, berusten op een 'verkeerde lezing' van de overwegingen van het Hof in *X BV*.[99] Het is 'redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar' dat het Hof van Justitie niet anders kan hebben bedoeld, zo oordeelde de Hoge Raad.[100] Zo oordeelde hij het nationale belastingrecht als EU-conform.

2.4.2 Redelijkerwijs wél voor twijfel vatbaar

Het probleem is dat we uiteindelijk niet weten wat binnen het EU-recht in normstellende zin als toelaatbaar geldt.[101] Het is onduidelijk of het 'goed' of 'fout' is, wanneer marktdeelnemers kapitaalfinanciering fiscaal als schuld presenteren om renteaftrek te creëren, of wanneer EU-inwoners persoonlijke houdsters oprichten om onder de Moeder-dochterrichtlijn de inhoudingsvrijstelling te benutten (dan wel de voordelen van de Interest- en royaltyrichtlijn bij schuldfinanciering of IP-licentiëring). Een duidelijke Unierechtelijke norm ontbreekt. Wij menen dat het dan niet aan de nationale rechter is om dit gat te vullen met een nationaalrechtelijk normstellend kader. Het gaat hier tenslotte om de uitleg van het EU-recht en zijn normatieve kaders waar het nationale recht

94 Zie HR 16 januari 2026, nr. 20/03948 bis, ECLI:NL:HR:2026:60 (*Eindarrest X BV*), r.o. 2.4.2.

95 Zie HR 16 januari 2026, nr. 20/03948 bis, ECLI:NL:HR:2026:60 (*Eindarrest X BV*), r.o. 2.6.1.

96 Zie HvJ EU 3 april 2025, C-228/24, ECLI:EU:C:2025:239 (*Nordcurrent*), dictum.

97 Zie HR 25 april 2025, nr. 22/04506, ECLI:NL:HR:2025:668 (*Curaçaose aandeelhouder A*), r.o. 4.5.2.

98 Daar kan verschillend over gedacht worden. Wellicht verlangt het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel dat de nationale rechter ambtshalve Unierechtelijke rechtsgronden aanvult. Vgl. HvJ EG 10 juli 1997, C-261/95, ECLI:EU:C:1997:351 (*Palmisani*), punt 20, waar het HvJ overweegt dat nationale rechterlijke instanties 'de meest uitgebreide bevoegdheid bezitten zich tot het Hof van Justitie te wenden, indien zij menen dat een bij hen aanhangig geding vragen opwerpt welke een uitlegging […] van bepalingen van gemeenschapsrecht verlangen en ter zake waarvan zij een beslissing moeten nemen'. Zie voorts K. Lenaerts, K. Gutman & J. Tomasz Nowak, *EU Procedural Law*, Oxford: Oxford University Press 2023, par. 3.16 ('the national court has the right to refer questions of its own motion […]. National (procedural) law cannot detract from this'). Zie ook De Wilde 2024, die stelt dat het doeltreffendheidsbeginsel de nationale rechters van de lidstaten verplicht desnoods ambtshalve te beoordelen of het stellen van prejudiciële vragen geboden zou zijn.

99 Zie HR 16 januari 2026, nr. 20/03948 bis, ECLI:NL:HR:2026:60 (*Eindarrest X BV*), r.o. 2.5.4.

100 Zie HR 16 januari 2026, nr. 20/03948 bis, ECLI:NL:HR:2026:60 (*Eindarrest X BV*), r.o. 2.4.2.

101 Zie reeds De Wilde & Wisman 2020.

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

aan moet conformeren. Niet om de uitleg van het nationale recht en zijn onderliggende doelstellingen waar het EU-recht omheen moeten worden gebogen.

Daarbij dringt zich de vraag op of dit soort problemen niet primair via EU-wetgeving zouden moeten worden opgelost – via de gebruikelijke, democratisch geborgde EU-wetgevingsprocessen zoals neergelegd in het VWEU – in plaats van via buitenwettelijke antimisbruikdoctrines die de rechter traditioneel als *ultimum remedium* inzet, maar die inmiddels een meer centrale rol lijken te krijgen in de fiscale rechtstoepassing. Het zijn immers systeemkeuzes in het winstbelastingontwerp – het klassieke stelsel, het 'arm's length'-beginsel en de *debt-equity bias* – én de verschillen tussen nationale stelsels, die hier de marktverstoringen veroorzaken. Vanuit het legaliteitsbeginsel ligt het dan voor de hand dat de EU-wetgever het voortouw neemt. Als dat politiek niet lukt, zie de ontwikkelingen rondom de EU-voorstellen voor DEBRA en EU-winstbelastingharmonisatie, is het de vraag of het wenselijk is dat de rechter de lacunes vervolgens buitenwettelijk invult. In de fiscale literatuur bestaan bovendien tal van voorstellen voor fundamentele stelselhervormingen waar de EU-wetgever uit zou kunnen putten – ook van onze hand.[102]

Daarbij komt dat de beslissingen van de Hoge Raad niet rechtstreeks zijn te herleiden tot bestaande EU-wetgeving of heldere normstellende jurisprudentie van het Hof van Justitie. De Hoge Raad geeft het Unierecht hier feitelijk een eigen uitleg en vaart daarmee een autonome op nationaalrechtelijke gronden ingestoken koers. In een supranationale rechtsorde is dat problematisch. Als de betekenis van het EU-recht niet volstrekt duidelijk is – *acte clair* of *acte éclairé* – moet de hoogste nationale rechter volgens de *CILFIT*-doctrine het hiërarchisch hoger geschikte Hof van Justitie prejudiciële vragen stellen.[103] Alleen het Hof van Justitie bepaalt immers de uitleg van het EU-recht. Meent een rechter dat het recht wél *clair* of *éclairé* is en stelt hij geen vragen, dan moet hij dat expliciet motiveren. Dat is iets anders dan veronderstellen dat buiten redelijke twijfel staat wat het Hof bedoeld heeft. Ook dat onderstreept dat nationale rechters zich, waar het EU-recht betreft, tegenover het HvJ verantwoorden – niet andersom.

Wanneer een nationale rechter bij onduidelijkheden géén prejudiciële vragen stelt, ontneemt hij het Hof van Justitie de kans om de eenheid van het Unierecht te bewaken. Nationale rechters maken immers deel uit van de supranationale rechterlijke hiërarchie die de lidstaten in de EU-verdragen hebben vastgelegd. Niet-nakoming betekent niet alleen een schending van het EU-recht. Het EHRM heeft geoordeeld dat het weigeren van prejudiciële verwijzing, ondanks onduidelijkheden, een schending kan vormen van het recht op toegang tot de rechter onder het EVRM.[104] Daarnaast kan de Europese Commissie een inbreukprocedure starten. In voorkomende gevallen kan zelfs staatsaansprakelijkheid ontstaan voor door belastingplichtigen geleden schade.

2.4.3 Terughoudendheid Hoge Raad ondanks verplichting tot prejudiciëlevragenstelling

We moeten constateren dat de Hoge Raad in misbruikzaken in de winstbelastingsfeer opvallend terughoudend blijkt met het stellen van prejudiciële vragen, ook wanneer de uitleg van het Unierecht onduidelijk is. Daarmee laat hij een deel van zijn institutionele verantwoordelijkheid liggen om bij te dragen aan een uniforme uitleg en verdere ontwikkeling van het EU-recht binnen de interne markt.

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad in andere recente belastingdossiers – bijvoorbeeld over de aftrek van persoonsgebonden posten en 'hypotheekrente' – wél uitgebreid motiveert waarom het Unierecht onduidelijk is en vervolgens het Hof van Justitie raadpleegt.[105] Het is ons onduidelijk waarom de Hoge Raad een andere benadering kiest ten aanzien van vermogende particulieren, internationale ondernemingen of private-equityfondsen die zich strategisch beraden op hun belastingpositie. In meer abstracte zin merken wij op dat alle justitiabelen aanspraak maken op rechtmatige en consistente rechtsbescherming met een grondslag in de wet, zeker als het om belastingheffing gaat.[106]

Misbruikdoctrines zijn geen wondermiddel om met buitenwettelijke ingrepen onwelgevallige uitkomsten van gebrekkige (EU)-wetgeving te corrigeren. Evenmin zijn zij een alternatief voor politieke onwil om Europese fiscale problemen wetgevend op te lossen. Dat sommige richtlijnvoorstellen voor harmonisatie of voor het tegengaan van financieringsdiscriminatie geen politieke tractie krijgen, creëert misschien een vacuüm – maar het is niet aan de rechter om dat buitenwettelijk te vullen. De rechter is geen wetgever. Evenmin past het dat een nationale rechter zich, zonder duidelijke basis, onttrekt aan zijn supranationale plicht bij onduidelijkheden prejudiciële vragen te stellen – ook niet door te veronderstellen wat het Hof 'buiten twijfel' bedoeld zou hebben.

Wanneer de kaders voor kunstmatigheid of het Unierechtelijke doelvereiste in belastingzaken vaag, onduidelijk of zelfs geheel afwezig zijn, is het aan de nationale rechter om het Hof van Justitie om verduidelijking te vragen. Het is níet de bedoeling daarin een 'geitenpaadje' te

102 Zie, bijvoorbeeld, M.F. de Wilde, *Sharing the Pie. Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, alsmede De Wilde & Wisman 2017.

103 Zie HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT/Ministero della Sanità*), Zie HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT/Ministero della Sanità*), HvJ EU 6 oktober 2021, C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799 (*Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi en Catania Multiservizi*), HvJ EU 14 maart 2024, C-516/22, ECLI:EU:C:2024:231 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk (Arrêt de la Cour suprême)*).

104 Zie o.a. EHRM 16 april 2019, 55092/16 (*Baltic Master LTD. v. Letland*); EHRM 24 april 2018, 55385/14 (*Baydar v. Nederland*); EHRM 8 april 2014, 17120/09 (*Dhahbi v. Italië*); EHRM 20 september 2011, 3989/07 en 38353/07 (*Ullens de Schooten en Rezabek v. België*), en, laatstelijk, EHRM 16 december 2025, 34701/21 (*Gondert v. Duitsland*).

105 Zie HR 18 juli 2025, nr. 22/02356, ECLI:NL:HR:2025:1158, 22/02359, ECLI:NL:HR:2025:1161 en 22/02362, ECLI:NL:HR:2025:889, waarin de Hoge Raad het HvJ vraagt naar de uitlegging van de Unierechtelijke *Schumacker*-doctrine.

106 Ook om te voorkomen dat een mogelijke glijdende schaal ontstaat richting willekeurige belastingheffing.

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

vinden om het EU-doelvereiste autonoom in te vullen om zo – min of meer automatisch – tot de conclusie te komen dat het nationale recht keurig aansluit bij het Unierecht. Zo werkt het EU-recht niet.

3 Afsluiting

Het afgelopen jaar wees de Hoge Raad meerdere arresten over de internationale vennootschaps- en dividendbelasting, waarin hij – op een enkele uitzondering na – steeds tot misbruik van recht oordeelde. Bij de inhoudingsvrijstelling oordeelde hij dat de nationale regels in lijn zijn met het Unierechtelijke doelvereiste, terwijl het Hof van Justitie het doelvereiste op dit punt nog helemaal niet heeft ingevuld. In de renteaftrekzaken achtte de Hoge Raad de aftrekbeperkende 10a-regeling verenigbaar met de EU-verdragsvrijheden en stelde hij dat het Hof in *X BV* geen nieuwe maatstaf voor kunstmatigheid kan hebben bedoeld, hoewel het Hof die naar de letter wél formuleerde. Ook bij *fraus legis* vond geen toetsing plaats van het nationaalrechtelijke normvereiste (anti-winstdrainage) aan het Unierechtelijke doelvereiste (beoogde doel van het vrijeverkeersrecht). Dat is opmerkelijk, juist omdat het Hof van Justitie het doelvereiste – hetgeen overigens nóg opmerkelijker is – nog nauwelijks heeft uitgewerkt.

Het is interessant te constateren dat de Hoge Raad met zijn arresten over de renteaftrek feitelijk een Unierechtelijke norm neerlegt langs buitenwettelijke weg en op nationaalrechtelijke grondslag, zonder het Hof van Justitie daarover te raadplegen. De structuren in deze zaken benutten weeffouten in het fiscale systeemontwerp. Het klassieke stelsel in combinatie met de financieringsdiscriminatie maakt het mogelijk eigen vermogen fiscaal als schuld te presenteren. Dat is wellicht onwenselijk. De vraag is wie dit moet oplossen: de nationale wetgever of de Europese wetgever via wetgeving, of de rechter via buitenwettelijke antimisbruikleerstukken? In 2019 bepleitte eerstgenoemde auteur als lid van een overheidsadviescommissie de 10a-regeling wetgevend om te vormen, door interne financieringen op niet-discriminerende wijze te defiscaliseren en externe schulden voor renteaftrek geografisch te koppelen aan de gefinancierde investeringen.[107] Daarmee zou de mogelijkheid verdwijnen om eigen vermogen binnen de groep fiscaal tot schuld 'om te katten', op basis van een wetgevende ingreep. De Hoge Raad bereikt nu iets vergelijkbaars, zo lijkt het, voor zover het renteaftrek betreft, maar dan buiten het wetgevingsproces om en vooral in internationale gevallen binnen het toepassingsbereik van het EU-recht. Dat roept de vraag op of de Hoge Raad hier niet de EU-verdragsvrijheden buitenspel zet.

Het is ook interessant te constateren dat de Hoge Raad met zijn arresten over de inhoudingsvrijstelling het gebruik van persoonlijke houdsters juist in internationale situaties onder druk zet. Anders dan in binnenlandse situaties kan dit leiden tot meervoudige heffing: (i) vennootschapsbelasting onderin de structuur, (ii) dividendbelasting bij de persoonlijke houdster, en (iii) inkomstenbelasting bij de achterliggende familie. Het is de vraag of dit strookt met de bedoeling van de Moeder-dochterrichtlijn, die er juist op lijkt gericht dubbele heffing te voorkomen. Tegelijkertijd laat de Hoge Raad de inhoudingsvrijstelling uit de gewijzigde Koninkrijksregeling wél toe, en ook het verlaagde belastingverdragstarief – zelfs waar misbruik van recht is aangenomen. Is dat dan wél toegestaan? Als werkelijk sprake is van misbruik van EU-recht, ligt het dan niet voor de hand ook de voordelen uit Koninkrijkswetgeving en belastingverdragen buiten toepassing te laten?

Hoe dan ook, duidelijk is het allerminst. In al deze zaken – zowel over de inhoudingsvrijstelling als over de renteaftrek – had de Hoge Raad het Hof van Justitie om verduidelijking moeten vragen over de Unierechtelijke normstelling. De plicht tot prejudiciële verwijzing geldt ook bij complexe vraagstukken in de internationale winstbelasting. Hier wringt iets. Hoge Raad, *quo vadis*?

107 Zie het *position paper* van De Wilde als een van de leden van de Adviescommissie belastingheffing van multinationals, 'Besluit op Wob-verzoek over adviescommissie belastingheffing van multinationals van 20 juli 2021', kenmerk 2021-0000057932, documentnr. 3, p. 25-32. Vanuit deze adviescommissie verscheen het adviesrapport aan de regering getiteld *Op weg naar balans in de vennootschapsbelasting*, Den Haag: Ministerie van Financiën, 15 april 2022, beschikbaar op *rijksfinancien.nl*. De wetgever nam twee van de aanbevelingen van de commissie over en introduceerde in de vennootschapsbelastingwetgeving een temporiseringsmaatregel voor verticale verliesverrekening en een anti-verrekenprijsmismatchmaatregel.

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.