UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Hof van Justitie over 'misbruik van Unierecht' in de directe belastingen: quo vadis?

de Wilde, M.; Wisman, C.

Publication date
2020
Document Version
Final published version
Published in
Ars Aequi
License
Other

Link to publication

Citation for published version (APA):
de Wilde, M., & Wisman, C. (2020). Hof van Justitie over 'misbruik van Unierecht' in de directe belastingen: quo vadis? *Ars Aequi*, *69*(1), 22-36. https://arsaequi.nl/product/hof-van-justitie-over-misbruik-van-unierecht-in-de-directe-belastingen-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

Verdieping arsaequi.nl/maandblad AA20200022

Hof van Justitie over 'misbruik van Unierecht' in de directe belastingen: quo vadis?

Maarten de Wilde & Ciska Wisman*

Eerder dit jaar sprak het Hof van Justitie zich nader uit over het fenomeen 'misbruik van Unierecht' in de directe belastingen. Het Hof van Justitie lijkt een route te zijn ingeslagen van ambiguïteit, rechtsonzekerheid en uiteindelijk een willekeurige belastingheffing. Niet langer kan worden vastgesteld wanneer misbruik precies aan de orde is. Dit ondermijnt de systeemintegriteit en rechtsstatelijkheid van de internationale winstbelastingstelsels van de EU-lidstaten.

Samenvatting
Eerder dit jaar sprak het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ of Hof)) zich nader uit over het fenomeen 'misbruik van Unierecht' in de fiscaliteit. Bij de beoordeling van de misbruikvraag moeten volgens het HvJ fiscale overwegingen enerzijds en economische, financiële en commerciële overwegingen anderzijds tegen elkaar worden afgewogen. Indien bij het wegen van niet-fiscale en fiscale motieven laatstgenoemde te prominent aanwezig zijn, slaat de schaal door en is sprake van rechtsmisbruik. Wanneer dat precies is, laat het HvJ in het midden. De lidstaten zijn verplicht misbruik van Unierecht te bestrijden, zelfs indien daartoe een nationaalrechtelijke grondslag ontbreekt. In het licht van een ontbrekend normstellend onderliggend beginselenkader blijft het fenomeen Unierechtsmisbruik in de fiscale rechtspraktijk richtingloos in het ongewisse hangen. Als het gaat om de misbruikvaststelling lijkt het HvJ een route te hebben ingeslagen van ambiguïteit, rechtsonzekerheid en uiteindelijk een willekeurige belastingheffing. De Nederlandse regering is zich in reactie hierop beleidsmatig gaan richten op een procedureel aangevlogen 'T-splitsing-bewijsvermoeden-benadering', waarbij de bewijslast rondom de misbruikvraag scharniert om de minimumsubstancevoorwaarden in de belastingwet- en -regelgeving. Nederland kan ook niet zo heel veel anders, nu niet langer inhoudelijk kan worden vastgesteld wanneer misbruik precies aan de orde is. De zo ontstane rechtsonzekerheid ondermijnt de systeemintegriteit en rechtsstatelijkheid van het winstbelastingstelsel. Wij denken dat de oplossing voor de belastingontwijkingsdiscussie niet ligt in antimisbruikbenaderingen, maar in fundamenteel herontwerp van de belastingarchitectuur. Een taak voor de (EU-)wetgever.

In welke mate mag een concern bij de juridische inrichting van zijn economische activiteiten belastingvoordelen opzoeken c.q. commercieel uitnutten? Wat verlangt de geest van de wet?

* Prof.mr.dr. M.F. de Wilde (*dewilde@law.eur.nl*) is verbonden aan de Erasmus School of Law (ESL) van de Erasmus Universiteit Rotterdam en fiscalist te Rotterdam. Deze bijdrage maakt deel uit van het facultaire onderzoeksprogramma van ESL getiteld 'Fiscale autonomie en haar grenzen'. Mr. C. Wisman (*c.wisman@uva.nl*) is verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam en fiscalist te Amsterdam. De kopij is afgesloten op 21 oktober 2019.

1 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*), over de Interest en Royalty Richtlijn, alsmede HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken C-116/16 (*T Danmark*) en C-117/16 (*Y Denmark*), over de Moeder-Dochterrichtlijn. De zaken C-115/16 (*N Luxembourg 1*) e.a. gaan meer precies over uitleg van de term 'uiteindelijk gerechtigde' als voorwaarde voor toepassing van de voordelen van de Moeder-Dochterrichtlijn. De zaken staan bekend als de 'Deense zaken' of de 'Beneficial Owner-zaken', of een combinatie daarvan.

2 Zie bijvoorbeeld P. Kavelaars, 'Doorstromers in de ban', *NLF-W* 2019/2,

Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

1 Inleiding

Het Hof van Justitie van de Europese Unie sprak zich op 26 februari 2019 in de zogenoemde Deense zaken nader uit over het fenomeen 'misbruik van Unierecht' in de fiscaliteit.[1] De arresten hebben veel aandacht gekregen in de (fiscale) vakliteratuur[2] en de media.[3] Het HvJ komt kort gezegd tot de overweging dat de voordelen van het Unierecht op het terrein van de directe belastingen (vennootschapsbelasting, bronbelastingen op dividenden, interest, royalty's, et cetera) voor het internationale bedrijfsleven alleen openstaan voor zover de juridische inkleding van betrokken economische activiteiten de onderliggende economische realiteit daarvan weerspiegelt. Dit is niet het geval waar bedrijven proberen op juridisch gekunstelde wijze met een beroep op het Unierecht een bepaald belastingvoordeel te verkrijgen, terwijl dat voordeel eigenlijk niet bedoeld is om aan hen, in hun situatie, te worden toegekend. Dan is sprake van misbruik van Unierecht, of in iets lossere c.q. meer populaire termen geformuleerd 'belastingontwijking', en zijn de lidstaten gehouden het opgezochte belastingvoordeel niet toe te kennen en de rechtsgevolgen in dat geval vast te stellen op een wijze die in lijn is met de geest van de wet.

De lastig te beantwoorden vraag is wanneer misbruik precies aan de orde is. In welke mate mag een concern bij de juridische inrichting van zijn economische activiteiten belastingvoordelen opzoeken c.q. commercieel uitnutten? Wat verlangt de geest van de wet? Het Hof overweegt in dit verband dat bij de beoordeling van de misbruikvraag de fiscale overwegingen en de economische, financiële en commerciële overwegingen achter de juridische structurering tegen elkaar moeten worden afgewogen. Indien bij het wegen van niet-fiscale en fiscale motieven laatstgenoemde te prominent aanwezig zijn, slaat de schaal door en is sprake van rechtsmisbruik. Wanneer dat precies is, laat het HvJ in het midden. Het Hof laat het bij het aanreiken van aanwijzingen voor misbruik, zoals de aanwezigheid van een 'doorstroomvennootschap zonder economische rechtvaardiging' in een bepaalde fiscale jurisdictie. Hoewel bedoeld ter verduidelijking, roepen de aanwijzingen vooral weer nieuwe vragen op.

O.C.R. Marres, 'Panta rhei: de doorstroomarresten', *NTFR-B* 2019/23, H. Vermeulen, 'De Deense beneficial ownership-zaken in relatie tot Deister Holding en Juhler Holding', *NTFR* 2019/1787, L.C. van Hulten & J.J.A.M. Korving, 'Svig og misbrug: de Deense antimisbruikzaken', *WFR* 2019/129, alsmede de commentaren bij de arresten van W.F.E.M. Egelie, *NTFR* 2019/990, G.F. Boulogne, *FED* 2019/53, I. de Groot, *NLF* 2019/0597, en N. de Haan, *NLF* 2019/0598 en het *NJB Blog* van P.J. Wattel, 23 april 2019, 'Misbruikbestrijding van interne bevoegdheid naar EU-plicht', ook gepubliceerd in Vooraf, *NJB* 2019/836. Zie over misbruik van recht meer in het algemeen ook M.F. de Wilde, 'ATAD's GAAR: a Pandora's Box?', in: P. Pistone, D. Weber (red.), *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, Amsterdam: IBFD 2018, M.F. de Wilde & C. Wisman, 'Netherlands', in: A.P. Dourado (red.), *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context* (EATLP International Tax Series, Vol.

Met de Deense zaken lijkt het HvJ een nieuwe weg te zijn ingeslagen. Waar het in het verleden voor bedrijven nog mogelijk leek bij de juridische inrichting van hun activiteiten het 'misbruikspook' weg te jagen met de aanwezigheid van een zekere mate van economische activiteiten in een fiscale jurisdictie – *nexus* in fiscale terminologie, of *substance* – ziet het ernaar uit dat dit nu niet langer meer het geval is. Met het arrest lijkt het HvJ een beweging, of wellicht beter een glijdende schaal, te hebben ingezet weg van de klassieke toetsvraag uit het HvJ-arrest *Cadbury Schweppes*[4] óf sprake is van aanwezigheid van economische activiteiten in een jurisdictie in de richting van de vraag wáárom betrokken economische activiteiten in een jurisdictie op een bepaalde wijze juridisch zijn ingericht. Is de inrichting (mede) fiscaal gedreven, dan is (mogelijk) sprake van misbruik en heeft het betrokken concern (wellicht) een fiscaal probleem. Niet alleen dit is nieuw; ook nieuw is de door het HvJ aan de lidstaten opgelegde verplichting om misbruik te bestrijden. Deze verplichting heeft het Hof in de sfeer van de directe belastingen overgenomen vanuit de binnen de EU geharmoniseerde omzetbelasting. Het HvJ is daarmee feitelijk overgegaan tot harmonisatie van de bestrijding van Unierechtsmisbruik in fiscale zaken.[5]

Lastig is dat fiscale aspecten bij de juridische structurering van economische activiteiten in het bedrijfsleven eigenlijk altijd een rol van ten minste enige betekenis spelen

Eerstgenoemde auteur van dit artikel noemde het misbruikconcept in een eerder artikel enkele jaren geleden een doos van Pandora, die zou opengaan indien het HvJ zich ertoe zou laten verleiden de aanwezigheid van *substance* niet langer te accepteren als misbruikvrijwaring.[6] Lastig is dat fiscale aspecten bij de juridische structurering van economische activiteiten in het bedrijfsleven eigenlijk altijd een rol van ten minste enige betekenis spelen. Bovendien is het onderliggende doel van betrokken belastingwetgeving, het kompas, in de rechtspraktijk eigenlijk nooit echt helder. We weten niet 'wie' 'waarover' 'waar' precies belasting zou moeten betalen en komen qua normstelling in de rechtspraktijk vaak niet heel veel verder dan de misschien wat weinigzeggende frase dat 'bedrijven' hun *fair share of tax* moeten bijdragen – een frase die alle kanten kan worden opgespind. Omdat we in de rechtspraktijk eigenlijk niet precies weten hoe we multinationale ondernemingen over hun investeringsrendementen zouden moeten belasten, dragen alle misbruikbestrijdende herstelingrepen in de winstbelastingstelsels van landen steeds minstens enige mate van ongerichtheid of zelfs enige mate van arbitraire heffing in zich. Met de Deense zaken lijkt het Hof voor wat betreft de EU-lidstaten op dit punt een route te hebben ingeslagen van ambiguïteit en onzekerheid. Het Hof heeft bovendien de lidstaten als een quasi-wetgever een verplichting tot misbruikbestrijding opgelegd, die zelfs moet worden toegepast in de afwezigheid van een nationaal misbruikbestrijdingsinstrumentarium. De lidstaten kunnen dientengevolge bij niet-naleving van hun Unierechtelijke verplichtingen in het vervolg door de Europese Commissie voor het HvJ worden gedaagd (inbreukprocedure, art. 258 VWEU). De vraag rijst hoe nu verder. Deze vraag staat in de voorliggende bijdrage centraal, samen met de vraag hoe Nederland zich afgelopen periode – met name met de voorstellen met Prinsjesdag 2019 – in dit licht op belastingontwijkingsterrein fiscaalbeleidsmatig heeft geheroriënteerd.

2 Van recht op gebruikmaking internemarktvrijheden naar verplichting tot misbruikbestrijding

2.1 De Deense zaken van het HvJ

Op 26 februari 2019 wees het HvJ arrest in de Deense zaken. Het gaat hier om zes zaken die hebben geleid tot twee arresten.[7] Het ene arrest betreft de uitleg en toepassing van de zogenoemde EU Interest en Royalty Richtlijn (IRR), de andere de zogenoemde EU Moeder-Dochterrichtlijn (MDR). Op grond van de IRR mogen EU-lidstaten in bepaalde gevallen géén bronbelasting heffen over uitgaande intra-EU interest- en royaltybetalingen binnen concernverband. Het gaat hier kort gezegd om betalingen van een concernvennootschap (groepsdebitrice, -licentienemer) gevestigd in een lidstaat aan een andere concernvennootschap (groepscreditrice, -licentiegever) gevestigd in een andere lidstaat.[8] Voorwaarde voor verkrijging van het richtlijnvoordeel – 'geen bronbelasting' – is dat de ontvangende concernvennootschap ter zake van de rente- of royaltybetalingen kwalificeert als 'uiteindelijk gerechtigde' ('uiteindelijkegerechtigdetoets' of *beneficial-ownershiptest*). De MDR regelt

15), Amsterdam: IBFD 2017, alsmede C. Wisman, Kluwer Thema Fiscaal, 'Misbruik van Unierecht' (nog te publiceren).

3 Zie bijvoorbeeld *Het Financieele Dagblad* 26 april 2019 (online), *https://fd.nl/economie-politiek/1298706/europees-hof-legt-bom-onder-nederland-als-fiscale-vrijhaven*.

4 Zie HvJ EU 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*).

5 De zaken zijn ook gerubriceerd onder de noemer 'Onderlinge aanpassing van de wetgevingen'.

6 Zie De Wilde 2018.

7 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*).

8 Dit geldt, mits tussen betrokken vennootschappen een direct aandeelhoudersbelang van 25% of meer bestaat of zij een gezamenlijke directe moedervennootschap hebben. Ook moeten betrokken vennootschappen een goedgekeurde rechtsvorm hebben (rechtsvormvoorwaarde) en dienen betrokken vennootschappen te zijn onderworpen aan een binnen een lidstaat geldende vennootschapsbelasting (onderworpenheidseis).

iets vergelijkbaars voor uitgaande intra-EU dividenduitdelingen binnen concernverband. Ook deze mogen lidstaten niet aan bronbelasting onderwerpen. Voor de MDR gelden vergelijkbare toepassingsvoorwaarden als bij de IRR.[9] Anders dan de IRR kent de MDR evenwel geen uiteindelijkegerechtigdetoets. In plaats daarvan mogen de lidstaten betrokken concernvennootschappen toekenning van de richtlijnvoordelen – 'geen bronbelasting' – ontzeggen in de aanwezigheid van 'misbruik'. Dit laatste op grond van de in de MDR opgenomen antimisbruikbepaling. De gedachte achter zowel de IRR als de MDR lijkt te zijn dat de winsten van het binnen de interne markt opererende internationale bedrijfsleven ergens in ieder geval eenmaal door één van de lidstaten moeten worden belast. Geheel duidelijk is de achterliggende ratio van deze richtlijnen echter niet. Concrete richtinggeving ontbreekt.

De zes zaken hebben met elkaar gemeen dat het in alle gevallen gaat om investeerders van buiten de EU die ervoor gekozen hebben hun investeringen in Deense concernvennootschappen juridisch te geleiden via een tussengelegen vennootschap in een andere lidstaat

De zes zaken hebben met elkaar gemeen dat het in alle gevallen gaat om investeerders van buiten de EU die ervoor gekozen hebben hun investeringen in Denemarken, in Deense concernvennootschappen, juridisch te geleiden via een tussengelegen vennootschap, een 'hub', in een andere lidstaat. Van belang om te weten is dat investeerders van buiten de EU niet in aanmerking komen voor de EU-richtlijnvoordelen. De richtlijnvoordelen zijn alleen beschikbaar voor intra-concernbetalingen binnen de interne markt. Het gevolg hiervan is dat niet-Europese investeerders, als zij niet oppassen, zo maar eens tegen bronbelastingen kunnen aanlopen wanneer zij hun rendementen uit hun Europese investeringen repatriëren in de vorm van rente, royalty's of dividenden. Bij de inrichting van hun EU-investeringen zien we dan wel eens dat internationale bedrijven de interne markt betreden via de EU-jurisdictie met het voor hen in hun situatie meest gunstige fiscale regime. De betrokken 'tussenjurisdictie' kent bijvoorbeeld lagere bronbelastingtarieven of -vrijstellingen, volgens de nationale wetgeving of onder toepassing van een belastingverdrag. Sommige lidstaten kennen in het geheel geen bronbelasting op uitgaande rente-, royalty- (zoals thans Nederland) of dividendbetalingen (zoals het Verenigd Koninkrijk). Dit maakt winstrepatriatie via een 'EU-hubjurisdictie' in voorkomende gevallen fiscaal goedkoper – of minder duur – dan wanneer direct, zonder tussenligger, in betrokken EU-jurisdictie zou worden geïnvesteerd. In de Deense zaken betraden betrokken niet-EU-investeerders de Deense markt, en daarmee de interne markt, via concernvennootschappen in Zweden, Luxemburg en Cyprus. In sommige gevallen zou je betrokken tussengelegen vennootschappen kunnen kenschetsen als 'brievenbusmaatschappijen'. In sommige gevallen werden vanuit betrokken tussenvennootschappen met inzet van mensen en middelen economische activiteiten verricht, in ieder geval in enige mate.

In alle zes zaken riepen betrokken investeerders de voordelen van de IRR en MDR in. Zij verzochten Denemarken met een beroep op voornoemde richtlijnen af te zien van het heffen van Deense bronbelastingen op interest- en royaltybetalingen en dividenduitdelingen die vanuit Denemarken (c.q. de Deense concernvennootschappen) naar Zweden, Cyprus en Luxemburg (c.q. de aldaar gevestigde tussengelegen vennootschappen) stroomden en die vervolgens doorstroomden naar betrokken achterliggende niet-EU-investeerdersherkomstjurisdicties. Het is in de procedure voor het HvJ helaas onbekend gebleven hoe de achterliggende investeerders over hun inkomsten in hun thuisstaat in de belastingheffing werden betrokken. Ook is helaas onbekend hoe Denemarken de binnen Denemarken behaalde ondernemingswinsten van betrokken investeerders in de Deense winstbelastingheffing betrok. Dit maakt het lastig om vast te stellen hoe 'fout' of 'goed' de concernstructuur in onderhavige zaken nu eigenlijk precies was. Wat hiervan ook zij, de Deense belastingautoriteiten weigerden van bronbelastingheffing af te zien en beriepen zich daartoe op de uiteindelijkegerechtigdetoets in de IRR en de antimisbruikbepaling in de MDR. Helaas is in de procedure voor het HvJ tevens onbekend gebleven of en in hoeverre deze bronbelastingheffing in Denemarken aanleiding gaf tot internationaal enkelvoudige belastingheffing of juist tot

9 Onder de MDR gelden een rechtsvormvoorwaarde en onderworpenheidseis vergelijkbaar met die onder de IRR. Anders dan bij de IRR volstaat een aandeelhoudersbelang van 10% of meer. Naast de verplichting om geen bronbelasting te heffen schrijft de MDR de lidstaten tevens voor dat de lidstaat van de ontvangende vennootschap ter zake van de dividendontvangst voorziet in een maatregel ter voorkoming van economisch dubbele belasting. Dit, in de vorm van hetzij een verrekenings- of vrijstellingsmechanisme. De lidstaten mogen de vrijstelling niet toepassen (en dienden dividendbaten dientengevolge te belasten) indien betrokken winstuitdeling in de jurisdictie van waaruit deze afkomstig is voor vennootschapsbelastingdoeleinden bij de betalende concernvennootschap tot een aftrekbare last leidt.

internationaal meervoudige belastingheffing over effectief dezelfde inkomensbestanddelen. Dit maakt het lastig om vast te stellen of de Deense herstelingrepen als 'goed' of wellicht juist als 'fout' zouden moeten worden gekenschetst. Vermeldenswaardig is dat de Deense nationale belastingwetgeving niet voorzag in afdoende aanknopingspunten voor belastingheffing en de Deense autoriteiten zich dientengevolge rechtstreeks op de richtlijntekst moesten beroepen. In het Nederlandse fiscale recht ligt dit overigens genuanceerder. Nederland kent het aloude leerstuk van de wetsontduiking (*fraus legis*), het nationaalrechtelijke antimisbruikleerstuk dat met de implementatie van de Antibelastingontwijkingsrichtlijn (Anti Tax Avoidance Directive (ATAD)) sinds 1 januari 2019 EU-conform moet worden uitgelegd. De variant van dit leerstuk in het Nederlandse fiscale verdragsrecht (*fraus tractatus*, *fraus conventionis*) heeft de Hoge Raad in jurisprudentie uit de jaren 1990 (vooralsnog) geblokkeerd. In Denemarken kwam de kwestie uiteindelijk via prejudiciële vragen van een van de betrokken Deense gerechtelijke instanties bij het HvJ terecht. Het HvJ kwam voor de vraag te staan wanneer sprake is van rechtsmisbruik en in welke omstandigheden dit door de lidstaten kan, of zelfs moet, worden ingeroepen.

Het Hof expliciteert, voor het eerst, dat de lidstaten op het terrein van de directe belastingen uit hoofde van het primaire Unierecht de verplichting hebben te voorkomen dat belastingplichtigen via 'fraude of misbruik' zich op oneigenlijke wijze beroepen op de voordelen uit het Unierecht

2.2 'Lidstaten hebben misbruikbestrijdingsverplichting', 'misbruiktoets langs motieven juridische inkleding'

Het HvJ komt onderaan de streep tot twee overwegingen. In de eerste plaats expliciteert het Hof, voor het eerst, dat de lidstaten op het terrein van de directe belastingen uit hoofde van het primaire Unierecht de verplichting hebben te voorkomen dat belastingplichtigen via 'fraude of misbruik' zich op oneigenlijke wijze beroepen op de voordelen uit het Unierecht. Daarbij is het irrelevant of het gaat om de fundamentele vrijheden van het VWEU, een EU-verordening of een EU-richtlijn. Het misbruikbegrip moet onverkort op dezelfde wijze worden uitgelegd. In de tweede plaats slaat het HvJ bij de invulling van het misbruikbegrip, dit is ook voor het eerst, een weg in richting de vraag waaróm betrokken economische activiteiten in een jurisdictie op een bepaalde wijze juridisch zijn ingericht. Eerder volstond de aanwezigheid van economische activiteiten aldaar om tot afwezigheid van misbruik te concluderen. Voor de toetsing of in een concrete situatie sprake is van rechtsmisbruik reikt het HvJ vervolgens 'aanwijzingen' en indicaties' aan. Het al dan niet zijn van uiteindelijk gerechtigde maakt het Hof tot een van deze misbruikaanwijzingen.

We beginnen onze analyse, *ten eerste*, met de door het HvJ geconstateerde Unierechtelijke verplichting van de lidstaten tot misbruikbestrijding in directe-belastingenaangelegenheden. Eerder speelde deze verplichting in de fiscaliteit alleen bij de indirecte belastingen zoals de omzetbelasting en de btw, dat wil zeggen bij de op EU-niveau geharmoniseerde indirecte verbruiksbelasting.[10] Het Hof onderkent in het verbod van misbruik van Unierecht een algemeen beginsel van Unierecht. De voordelen uit het primaire en secundaire Unierecht zijn niet beschikbaar indien 'zij niet worden ingeroepen ter verwezenlijking van de doelstellingen van deze bepalingen, maar om een Unierechtelijk voordeel te verkrijgen terwijl slechts formeel voldaan is aan de voorwaarden om op dit voordeel aanspraak te maken'.[11] Aangezien het HvJ bevoegd is tot interpretatie van het Unierecht, wordt die doelstelling door het Hof uitgelegd. Daarbij moet rekening worden gehouden met de specifieke kenmerken van de litigieuze bepaling in het licht van het gehele Unierecht. In gevallen binnen de werkingssfeer van het Unierecht zal de Hoge Raad daarom ook in Nederlandse belastingzaken waarin Unierechtsmisbruik mogelijk speelt de plicht hebben tot het stellen van prejudiciële vragen, tenzij sprake is van een zogenoemde *acte clair* of *acte éclairé*.

Het HvJ gaat zo ver dat het algemene Unierechtsmisbruikverbod de lidstaten niet alleen een verplichting tot misbruikbestrijding oplegt, maar de lidstaten bovendien voorschrijft dit zelfs te doen in de afwezigheid van enige nationaalrechtelijke grondslag daartoe. Dat laatste ging A-G Kokott nog te ver. In haar conclusies onderkende zij hierin een niet-toegestane 'omgekeerde rechtstreekse werking', een uiting van het klassieke EU-leerstuk dat

10 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 22 november 2017, C-251/16 (*Cussens e.a.*).
11 Zie HvJ EU 26 februari 2019, C-116/16 (*T Danmark*), punt 72.

inhoudt dat lidstaten belastingplichtigen een richtlijnverplichting niet mogen tegenwerpen, indien zij hebben nagelaten deze op passende wijze in hun nationale wet- en regelgeving te implementeren. De A-G kwam dan ook tot het oordeel dat misbruik in de onderhavige zaken niet aan de orde was om de eenvoudige reden dat Denemarken had nagelaten daartoe een en ander op passende wijze in de nationale wetgeving vast te leggen. Het HvJ stapt hier overheen en overweegt dat belastingplichtigen in misbruikaangelegenheden geen aanspraak kunnen maken op een recht dat de Unierechtelijke rechtsorde beschikbaar maakt. De weigering om een belastingplichtige een richtlijnvoordeel toe te kennen legt de betrokken belastingplichtige in dat licht, aldus het Hof, geenszins een verplichting op uit hoofde van de betrokken richtlijn, maar is de loutere consequentie van de vaststelling dat slechts formeel is voldaan aan de objectieve voorwaarden die deze richtlijn stelt om het gewenste richtlijnvoordeel toe te kennen.[12] Er is in andere woorden, aldus het Hof, in misbruikgevallen niet werkelijk, in materiële zin, aan de richtlijntoepassingsvoorwaarden voldaan. Zo opent het HvJ voor zichzelf de deur naar EU-harmonisatie op fiscaal-misbruikterrein. Het Hof vervolgt zijn quasi-wetgevende weg vervolgens door het misbruikbegrip een nadere invulling te geven.

We vervolgen onze analyse, *ten tweede*, bij 's Hofs nadere invulling van het misbruikbegrip in directe-belastingenaangelegenheden. Volgens bestendige jurisprudentie van het HvJ speelt misbruik van Unierecht in gevallen waarin het toekennen van een Unierechtelijk voordeel betekent dat 'in weerwil van de formele vervulling van de voorwaarden het door die regeling beoogde doel niet wordt bereikt' (objectief element) waarbij de belastingplichtige 'de bedoeling heeft dat voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat' (subjectief element).[13] In dat subjectieve element zit dan weer een test van meer subjectieve aard (de intentie van belastingplichtige; het ontgaansmotief) en een test van meer objectieve aard (de kunstmatigheid van een structuur of transactie).

Om in een concrete situatie te beoordelen of sprake is van misbruik van Unierecht, moeten alle feiten en omstandigheden van het specifieke geval in de analyse worden meegenomen. Het is in de eerste plaats aan de belastingautoriteiten van de betrokken lidstaat om de aanwezigheid van misbruik in een voorkomende situatie aannemelijk te maken. Vervolgens moeten lidstaten aan de hand van een tegenbewijsregeling betrokken belastingplichtige de ruimte bieden het ontgaansmotief ('subjectieve toets') te weerleggen. De lidstaten mogen zich van het HvJ bedienen van bewijsvermoedens. Voor kunstmatige constructies ('objectieve toets'), 'brievenbusmaatschappijen', mogen zij in de wet het vermoeden opnemen dat van een misbruikmotief sprake is. De maatregel moet wel voldoende specifiek zijn.[14] Een wettelijke fictie – een onweerlegbaar wettelijk vermoeden dat bepaalt dat altijd sprake is van misbruik indien is voldaan aan de gestelde voorwaarden of juist niet (*safe harbour*) – is niet toegestaan.[15] Ook mag een lidstaat zich niet enkel beperken tot het toepassen van vooraf bepaalde criteria.

In de Deense zaken zien we het Hof met name bewegen bij het 'subjectieve element' in de misbruikanalyse. Waar het Hof zich op dit terrein in het verleden nog zeer terughoudend opstelde, treedt het in de onderhavige zaken veel scherper naar de voorgrond

2.3 Van 'kunstmatigheidcomponent' naar 'misbruikintentiecomponent'

In de Deense zaken zien we het HvJ met name bewegen bij het 'subjectieve element' (kunstmatigheid en misbruikintentie) in de misbruikanalyse. Waar het Hof zich op dit terrein in het verleden nog zeer terughoudend opstelde, treedt het in de onderhavige zaken veel scherper naar de voorgrond. Overigens is het HvJ in de Deense zaken vrij stil als het gaat om de vaststelling van het objectieve element, het doel van de IRR en MDR c.q. de geest van de wet en de implicaties daarvan in een concrete aangelegenheid. Dat is jammer, omdat uiteindelijk het doel van betrokken instrument de norm zou moeten definiëren waartegen de uitzondering – en daarmee de misbruikvaststelling in een concrete situatie – zou moeten worden afgezet. Zonder richting op dit punt is het lastig 'goed' van 'fout' en 'probleem' van 'oplossing' te onderscheiden.

In de klassieke benadering, met als vlaggenschip het arrest *Cadbury Schweppes* uit 2006,[16] lag de focus op de 'kunstmatigheidcomponent' in het subjectieve element en wat minder op de intentie van belastingplichtige. Daar werd misbruik in directe-belastingaangelegen-

12 Zie HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16 (*N Luxembourg 1*), punt 118-120.
13 Zie HvJ EU 14 december 2000, C-110/99 (*Emsland-Stärke*).
14 Zie HvJ EU 17 september 2009, C-182/08 (*Glaxo*), HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (*Eqiom*) en HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken C-504/16 (*Deister Holding*) en C-613/16 (*Juhler Holding*).
15 Zie HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken C-504/16 (*Deister Holding*) en C-613/16 (*Juhler Holding*).
16 Zie HvJ EU 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*).

heden pas gezien bij de aanwezigheid van een 'volstrekt kunstmatige constructie'[17] die 'geen verband houdt met de economische realiteit' en die bedoeld is om 'de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied', en waarbij bovendien geen sprake is van misbruik indien 'daadwerkelijke economische activiteiten worden uitgeoefend'.[18] Misbruik was volgens het Hof bijvoorbeeld aan de orde bij 'brievenbusmaatschappijen' en 'schijnvennootschappen'. De vaststelling van de aanwezigheid van daadwerkelijke economische activiteiten moet, aldus het HvJ in *Cadbury Schweppes*, 'berusten op objectieve en door derden controleerbare elementen die onder meer verband houden met de mate van fysiek bestaan van [de betrokken vennootschap] in termen van lokalen, personeel en uitrusting'. De Antibelastingontwijkingsrichtlijn spreekt in een vergelijkbaar verband over de 'uitoefening van een wezenlijke economische activiteit, ondersteund door personeel, uitrusting, activa en lokalen, zoals blijkt uit de relevante feiten en omstandigheden.'

In de praktijk vertaalt deze benadering zich in 'substanceaanwezigheid': de aanwezigheid van arbeid (mensen) en kapitaal (middelen) – de klassieke productiemiddelen in andere woorden. In de aanwezigheid van economische activiteiten in een jurisdictie van enige betekenis, *substance*, is onder de klassieke benadering misbruik niet aan de orde. Daarmee was in feite sprake van een *safe harbour* voor niet-misbruik, namelijk in de aanwezigheid van wezenlijke economische activiteiten in de vorm van de aanwezigheid van productiemiddelen. In zijn afwegingen verkoos het HvJ daarmee het recht op vrij verkeer van *economic operators* boven het recht van de lidstaten om hun nationale belastinggrondslagen te beschermen. Gevolg was wel dat bedrijven de juridische inrichting van hun bedrijfsmatige activiteiten met een grote mate van rechtszekerheid over de fiscale implicaties konden voortzetten door hun klassieke planningsstructuren te verstevigen met *substance*. *Substanceplanning* leverde immers geen misbruik op. Bijkomend effect was dat voor de misbruikanalyse in de praktijk dan niet hoefde te worden gekeken naar het objectieve element, de geest van de wet.

Het HvJ lijkt met de Deense zaken zijn focus te hebben verlegd naar de 'misbruikintentiecomponent' in het subjectieve element en minder te kijken naar de aan- of afwezigheid van economische activiteiten (*substance*) in een jurisdictie. Van belang bij de toetsing in dit verband is nu of het verkrijgen van het Unierechtelijke voordeel het 'voornaamste' of 'wezenlijke' doel van betrokkene is.[19] De algemene antimisbruikbepalingen in de richtlijnen op het terrein van de directe belastingen zoals de MDR in bijvoorbeeld de dividendbelastingsfeer of de Antibelastingontwijkingsrichtlijn in de sfeer van de vennootschapsbelasting spreken in dit verband van 'het hoofddoel of één van de hoofddoelen', hetgeen een weging van fiscale en niet-fiscale doelen impliceert. We zien hier een beweging van 'volstrekt kunstmatige constructie' naar 'het hoofddoel of één van de hoofddoelen'. Het HvJ lijkt hiermee afscheid te hebben genomen van de eerdergenoemde *safe harbour* voor wezenlijke economische activiteiten. Misbruik lijkt daarmee eerder te spelen dan in het verleden, want het is mogelijk ook aan de orde in de aanwezigheid van *substance*, bijvoorbeeld indien deze fiscaal geïndiceerd is gecreëerd. In zijn afwegingen lijkt het HvJ het recht van de lidstaten hun nationale belastinggrondslagen te beschermen in meerdere mate te verkiezen boven het recht op vrij verkeer van *economic operators*. De vraag is vervolgens waar de nieuwe balans ligt tussen grondslagbescherming enerzijds en marktvrijheden anderzijds. Daar laat het HvJ zich helaas niet over uit.

Het kan toch niet zo zijn dat we het HvJ zo zouden moeten begrijpen dat belastingplanningsoverwegingen steeds de aanwezigheid van misbruik zouden impliceren? Dat lijkt ons niet waarschijnlijk

2.4 Een glijdende schaal, tegenstrijdige signalen en 'aanwijzingen' voor misbruikaanwezigheid

Het HvJ lijkt zich hiermee op een glijdende schaal te begeven. Het is onduidelijk(er) geworden wanneer precies sprake is van misbruik. Wanneer vormen fiscale overwegingen 'één van de hoofddoelen' die de balans naar misbruik doet doorslaan? Hoe bepaal je voor praktijkdoeleinden het beoogde doel van betrokken regeling? Het lastige hier is dat de belastingkosten bij bedrijfsbeslissingen en de juridische inkleding daarvan steeds een factor van minstens enige relevantie lijken te vormen. Dit, gezien het feit dat de winstbelastingtarieven in de EU gemiddeld rond de 20%

17 HvJ EU 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*), punt 55.

18 HvJ EU 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*), punt 55.

19 HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16 (*N Luxembourg 1*), punt 107.

tot 25% liggen.[20] Bij de investeringsbeslissing speelt de *tax cost* bij de juridische inkleding van activiteiten eigenlijk altijd wel een rol. Dit maakt de motiefvaststelling in de misbruikanalyse lastig. Het kan toch niet zo zijn dat we het HvJ zo zouden moeten begrijpen dat belastingplanningsoverwegingen steeds de aanwezigheid van misbruik zouden impliceren? Dat lijkt ons niet waarschijnlijk, ook omdat het HvJ tegelijkertijd om redenen van rechtszekerheid en legaliteit overweegt dat het enkele feit dat een belastingplichtige bij het inrichten van zijn economische activiteiten streeft naar het behalen van een belastingvoordeel nog niet betekent dat daarmee sprake is van misbruik.[21] De lidstaten hebben allemaal hun eigen winstbelastingsysteem en deze systemen vertonen onderling verschillen; een uiting van hun autonomie op belastingterrein. Bedrijven mogen van het HvJ profiteren van de concurrentie die dit tussen de lidstaten aanwakkert. Het staat een belastingplichtige 'in de regel vrij om die organisatorische structuren en die voorwaarden van een transactie te kiezen welke hem het meest geschikt lijken om zijn economische activiteiten uit te oefenen en om de op hem rustende belastingdruk te verlichten'.[22] Indien de belastingplichtige een keuze heeft, dan bestaat aldus het recht betrokken ondernemingsactiviteiten 'zodanig te structureren dat de omvang van zijn belastingschuld beperkt blijft'.[23] Belastingplanningsoverwegingen impliceren zo bezien nog geen misbruik. Deze vrijheid wordt niettemin begrensd door het leerstuk van het verbod van Unierechtsmisbruik.

Het HvJ geeft wisselende signalen. De overwegingen van het HvJ dat dezelfde belastingplanningsmotieven die enerzijds tot de vrijheid van belastingplichtigen behoren, doch anderzijds tot de constatering van misbruik aanleiding kunnen geven, laten zich lastig met elkaar rijmen en lijken zelfs tegenstrijdig te zijn. In een concreet feitenstel kan in analytische zin dus net zo goed *altijd* als *nooit* sprake zijn van misbruik. Wat daarenboven niet bepaald helpt, is dat de geest van de wet, het morele kompas, vervolgens in de praktijk niet aan ons in heldere termen verschijnt. Daar kunnen we bij de vaststelling van de fiscale rechtspositie dan ook niet echt naar uitwijken. Wat daar allemaal van zij, sinds de Deense zaken kunnen bedrijven hun belastingplanning niet langer met rechtszekerheid voortzetten via versteviging van hun klassieke planningstructuren met *substance*. *Substanceplanning* levert tegenwoordig immers mogelijk misbruik op. Gevolg hiervan is dat hiermee in meerdere mate wordt ingeboet op het bestaan van rechtszekerheid over de fiscale verplichtingen op het terrein van de vennootschapsbelasting in een lidstaat. Want hoe dient de belastingverplichting te worden vastgesteld in een omgeving waar de winstbelastingsystemen van de lidstaten in hun essentie zijn gebouwd op juridische uitgangspunten en constructen, en waarbij het bij het vinden van de geest van de wet in de praktijk uiteindelijk niet zo heel veel verder lijkt te gaan dan wat koffiedikkijken? Want hoe zouden we de multinational moeten winstbelasten? We weten het niet.

Het HvJ doet vervolgens pogingen het nieuw-/doorontwikkelde misbruikconcept handen en voeten te geven met het aanreiken van 'aanwijzingen' en 'indicaties' voor de aanwezigheid van misbruik in een concrete situatie. Met deze *dashboard indicators* heeft, zo lijkt het althans, het HvJ tegemoet willen komen aan de gecreëerde rechtsonzekerheden rondom het misbruikconcept en handvatten willen aanreiken voor de vaststelling van de fiscale gevolgen in een concreet feitenstel. In het licht van hun verplichtingen is dit van belang voor zowel bedrijven als de lidstaten. Beide, immers, zijn gehouden het Unierechtelijke misbruikbeginsel te eerbiedigen. Tegelijkertijd lijkt het erop dat we niet al te veel hoop moeten vestigen op de door het HvJ aangereikte aanwijzingen. Het gaat hier slechts om indicaties. Geen enkele is doorslaggevend. Het HvJ houdt het kruit droog voor toekomstige ontwikkelingen.

Voor de fiscale liefhebber is het interessant te vermelden dat het Hof de uiteindelijke-gerechtigdetoets in de IRR voor de MDR, en daarmee naar onze inschatting op gelijke wijze voor toepassing van het gehele Unierecht op het terrein van de directe belastingen, omvormt tot misbruikindicator

Voor de fiscale liefhebber is het interessant te vermelden dat het HvJ de uiteindelijke-gerechtigdetoets in de IRR voor de MDR, en daarmee naar onze inschatting op gelijke wijze voor toepassing van het gehele Unierecht op het terrein van de directe belastingen, omvormt tot misbruikindicator.[24] De uiteinde-

20 Meer specifiek, volgens de Nederlandse belastingwetgever is in 2019 het gemiddelde vennootschapsbelastingtarief binnen de EU 21,6%. Zie Nota n.a.v. Verslag bij wetsvoorstel Invoering van een bronbelasting op renten en royalty's (Wet bronbelasting 2021), p. 12.

21 HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16 (*N Luxembourg 1*), punt 109.

22 Zie HvJ EU 17 december 2015, C-419/14 (*WebMindLicenses Kft.*), punt 42, alsmede HvJ EU 22 december 2010, C-277/09 ((*RBS Deutschland Holdings*), punt 53 en 54.

23 Zie HvJ EU 21 februari 2006, C-255/02 (*Halifax*), punt 73.

24 Zie ook C. Wisman, '"The integrity of the tax system": van "beneficial ownership" tot consultatie liquidatieverliesregeling' (Uitvergroot), *www.taxlive.nl*, 8 mei 2019.

lijkegerechtigdetoets vindt zijn oorsprong in het internationaal fiscaal verdragsrecht, een ander fiscaal rechtsgebied derhalve, waar de term veelvuldig in de belastingverdragennetwerken van landen, die van de lidstaten incluis, is terug te vinden. Daar geldt het als een autonoom werkend begrip van fiscaal verdragsrecht. Binnen de werkingssfeer van het Unierecht heeft het begrip, weten we nu, met de uitspraken van het HvJ in de Deense zaken een Unierechtelijke invulling gekregen. Voor de uitleg kiest het HvJ nadrukkelijk voor een materiële, meer economische, benadering; vergelijkbaar met de invulling die in het fiscaal verdragsrecht aan het begrip wordt gegeven, misschien iets ruimer. De uiteindelijk gerechtigde is volgens het HvJ de entiteit die de betalingen 'te eigen gunste ontvangt'. Dit betekent dat die term 'niet verwijst naar een formeel vastgestelde begunstigde, maar naar de entiteit die het economische genot van de ontvangen interest heeft en derhalve vrij kan beslissen over het gebruik ervan.'[25]

Als aanwijzing voor de aanwezigheid van rechtsmisbruik refereert het HvJ aan het bestaan van een 'doorstroomvennootschap zonder economische rechtvaardiging' tussen de betaler van de rente, royalty of dividend en de uiteindelijke gerechtigde daartoe en het louter formele karakter van het concern, de financiële constructie en de leningen.[26] Van een doorstroomvennootschap is in dit kader sprake indien een entiteit zich uitsluitend bezighoudt met het ontvangen en doorbetalen van bedragen en het verder ontbreken van daadwerkelijke economische activiteiten. Belangrijk kernmerk is het ontbreken van uiteindelijke gerechtigdheid tot het betreffende inkomen in dat verband, en daarmee de bevoegdheid om vanuit economisch oogpunt vrij over de ontvangen bedragen te beschikken en over de aanwending daarvan te kunnen beslissen. Dit laatste bijvoorbeeld vanwege wettelijke of contractuele verplichtingen daartoe of juridische verplichtingen anderszins. Ook het 'zeer snel' doorbetalen van ontvangen bedragen aan een entiteit die niet voldoet aan de toepassingsvoorwaarde van het betreffende Unierecht geeft een indicatie voor misbruikaanwezigheid.[27] Hetzelfde geldt voor een 'onbeduidende belastbare winst bij de doorstroomvennootschap' en het ontbreken van daadwerkelijke economische activiteiten in de betrokken vennootschap.[28] Het HvJ merkt hierbij op dat het bestaan al dan niet van een daadwerkelijke economische activiteit 'in het licht van de specifieke kenmerken van de economische activiteit in kwestie, moet worden afgeleid uit een onderzoek van alle relevante gegevens betreffende met name het beheer van de onderneming, haar boekhoudkundige balans, haar kostenstructuur en de werkelijk gemaakte kosten, haar werknemers, alsook haar kantoren en uitrusting.' Deze aanwijzingen kunnen worden versterkt door het samenvallen van transacties met (aanstaande) fiscale wetswijzingen. De enkele aanwezigheid van een belastingverdrag maakt de aanwezigheid van Unierechtsmisbruik op zichzelf beschouwd niet noodzakelijk anders. Het HvJ lijkt wat dit laatste punt betreft te suggereren dat de lidstaten niet zijn toegestaan hun Unierechtelijke verplichtingen te frustreren via het sluiten van gunstiger werkende belastingverdragen. Dit past niet in de geest van de wet, zo lijkt het. En hier moet de vragenstellende Deense rechter het in aanloop naar zijn eindbeslissing mee doen.[29]

> Het Hof blijft stil als het gaat om de achterliggende doelstellingen van de IRR en MDR. Dat is jammer, want het doel van betrokken regelingen zou onzes inziens, als gezegd, juist het kompas moeten vormen waar de hele misbruikanalyse op zou moeten koersen

2.5 Substancecreatie levert geen misbruikvrijwaring meer op voor lidstaten en bedrijven…

De afdronk van bovenstaande is dat het HvJ met de Deense zaken de misbruikweegschaal stevig heeft laten doorslaan. Er lijkt eerder dan voorheen sprake van misbruik en de lidstaten zijn verplicht misbruik aan te pakken. Substancecreatie levert bedrijven en lidstaten geen misbruikvrijwaring meer op. Waar het in het verleden vooral ging om de economische aanwezigheid in enige mate – *substance* – draait het inmiddels om de vraag waaróm het betrokken concern zijn economische activiteiten op voorliggende wijze heeft ingericht. Daarmee heeft het HvJ de zwaarte van het recht op vrij verkeer van justitiabelen in gewicht laten afnemen ten gunste van het recht van de lidstaten op, of zelfs de plicht tot, belastinggrondslagbehoud.[30] Deze herijking heeft het HvJ afgeruild tegen de beginselen van rechtszekerheid en legaliteit die het HvJ eerder juist aangreep om te overwegen dat belastingplichtigen het recht hebben om te kiezen voor een fiscaal gunstige route. Op grond van deze eerdere jurispruden-

25 Zie HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16 (*N Luxembourg 1*), punt 89.
26 Zie HvJ EU 26 februari 2019, C-116/16 (*T Danmark*), punt 100 en verder.
27 Zie HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16 (*N Luxembourg 1*), punt 128.
28 Zie HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16 (*N Luxembourg 1*), punt 129-131.
29 Zie HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16 (*N Luxembourg 1*), punt 131
30 Zie ook treffend P.J. Wattel, 'Misbruikbestrijding van interne bevoegdheid naar EU-plicht', *NJB* 2019/836: 'Daarmee wijzigt de vraag naar de verenigbaarheid van nationaal recht met EU-recht: onder de oude bepalingen ging het erom of Lidstaten niet *te ver* gingen in misbruikbestrijding (het Richtlijndoel c.q. het vrije verkeer niet te zeer beperkten); onder de nieuwe bepalingen is de vraag of Lidstaten wel *ver genoeg* gaan in misbruikbestrijding (de Richtlijnvoordelen c.q. het vrije verkeer wel *genoeg* beperken).'

tie van het HvJ konden belastingplichtigen profiteren van de concurrentie tussen de op fiscaal terrein vooral autonoom opererende lidstaten.[31] Ook dit behoorde tot de essentie van de interne markt. Het HvJ blijft stil als het gaat om de achterliggende doelstellingen van de IRR en MDR. Dat is jammer, want het doel van betrokken regelingen zou onzes inziens, als gezegd, juist het kompas moeten vormen waar de hele misbruikanalyse op zou moeten koersen. Want hoe bepaal je anders het onderscheid tussen goed (géén misbruik) en fout (wél misbruik)? Hier wreekt zich dat EU-richtlijnen op het terrein van de directe belastingen geen equivalent kennen van de parlementaire historie zoals we die gewend zijn rondom de totstandkoming van wetgeving in de nationale context. Als gevolg daarvan blijft het fenomeen Unierechtsmisbruik wat richtingloos in het ongewisse hangen.

Wat hiervan ook zij, met de verschuiving in het EU-recht van *substance* naar intentie wordt het voor belastingplichtigen in de praktijk steeds belangrijker bij de juridische inrichting van economische activiteiten nauwgezet de commerciële, economische, financiële overwegingen die hieraan ten grondslag liggen te documenteren. Deze dienen voortaan immers tegen de fiscale overwegingen te worden afgewogen. De vraag rijst nog hoe deze ontwikkelingen zich verhouden tot de internemarktgedachte die uitgaat van vrije (neutraliteitsbeginsel) en eerlijke (gelijkheidsbeginsel) mededinging en inzet van productiemiddelen binnen de interne markt zonder verstorende overheidsinterventies. Hetzelfde geldt voor de vraag hoe deze ontwikkelingen bijdragen aan de verwezenlijking van de welzijnsoptimalisatiedoelstellingen van de Unie.[32] Deze laten wij, hoe interessant ook, in deze bijdrage verder liggen.

3 De hernieuwde fiscale beleidspositie van Nederland; *substance*: van *safe harbour* naar bewijslastverdeler

3.1 Heroriëntering Nederland op internationale fiscale beleidspositie en reputatie

De Nederlandse overheid heeft zich afgelopen jaren in beleidsmatige zin stevig geheroriënteerd op de internationale fiscale beleidspositie en reputatie van Nederland als het gaat om de wijze waarop multinationale ondernemingen in de Nederlandse winstbelastingheffing worden betrokken. De lijn is enerzijds hard op te treden tegen belastingontwijking en anderzijds het fiscale klimaat voor bedrijven met reële en operationele investeringsactiviteiten in Nederland aantrekkelijk te houden, bijvoorbeeld via generieke tariefsverlagingen en door het bieden van zekerheid over de fiscale positie (*tax certainty*).[33] De uitdaging hier is het vinden van de juiste balans; een uitdaging, in feite, gelijk aan die waar het gaat om het vinden van een gebalanceerd misbruikbegrip. Tot voor kort bewoog Nederland richting substanceaanwezigheid als *safe harbour* voor niet-misbruik. Sinds de Deense zaken, echter, staat deze route niet langer open en heeft de Nederlandse regering een andere benadering moeten kiezen.

Tot voor kort bewoog Nederland richting substanceaanwezigheid als *safe harbour* voor niet-misbruik. Sinds de Deense zaken, echter, staat deze route niet langer open en heeft de Nederlandse regering een andere benadering moeten kiezen

Voor wat betreft de belastingheffing van internationale ondernemingswinsten wordt Nederland traditioneel gezien als een aantrekkelijke jurisdictie, een investeringsplatform of -hub, voor multinationale ondernemingen om hun investeringen juridisch doorheen te geleiden. Het gaat in dit verband niet alleen om investeringen van het Nederlandse bedrijfsleven in het buitenland, zowel binnen de EU als daarbuiten, of om investeringen van het buitenlandse bedrijfsleven, zowel EU als niet-EU, in Nederland, maar ook om investeringen door buitenlandse bedrijven in het buitenland die zij om hen moverende redenen via Nederland inkleden.

De traditionele aantrekkelijkheid van Nederland in zijn rol bij het samenbrengen van vraag en aanbod en het faciliteren van internationale verbindingen tussen landen en bedrijven is van oudsher op zowel fiscale als niet-fiscale pijlers gegrondvest. Enerzijds zijn het de welbekende gunstige geografische ligging, de moderne logistieke infrastructuur, de hoogstaande kenniseconomie, de goed opgeleide beroepsbevolking en de open economie en politieke en juridische stabiliteit die Nederland van oudsher aantrekkelijk maken als investeringsjurisdictie. Anderzijds zijn de fiscale pijlers natuurlijk niet weg te denken als relevante parameters voor de aantrekkelijkheid van het Nederlandse vestigingskli-

31 Zoals ook herhaald in HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16 (*N Luxembourg 1*), punt 108.
32 Art. 3 lid 1 VEU.
33 Zie bijvoorbeeld Brief Staatssecretaris van Financiën, 23 februari 2018, nr. 2018-0000026987.

maat. De klassieke 'kroonjuwelen' van het Nederlandse winstbelastingstelsel in dit verband zijn ontegenzeggelijk de importneutraliteitbevorderende deelnemingsvrijstelling, de afwezigheid van bronbelastingen op uitgaande rente- en royaltybetalingen, het omvangrijke en liberale belastingverdragennetwerk en de mogelijkheid tot het verkrijgen van zekerheid vooraf over de fiscale positie op zowel ad-hocbasis (rulingpraktijk) als op meer holistische wijze (horizontaal toezicht). Naast een open en (fiscaal) aantrekkelijk vestigingsklimaat heeft Nederland in de loop van de jaren een imago gecreëerd, over zichzelf afgeroepen wellicht, van gunstige fiscale behandeling. Nederland is zelfs afgeschilderd als een oneerlijk fiscaal concurrerend belastingparadijs. Boegbeeld van 'Nederland Belastingparadijs' is de zogenoemde en inmiddels aangepakte 'CV/BV-' of 'Spaarpot-op-zeestructuur', die het voor met name het Amerikaanse bedrijfsleven in het verleden mogelijk zou hebben gemaakt investeringen jarenlang onbelast te kunnen laten renderen. Interessant daarbij is dat hier nooit echt duidelijk geworden is aan wie deze spaarpot nu eigenlijk precies te wijten was. Aan de Verenigde Staten omdat zij het belastinguitstel faciliteerden, aan Nederland omdat wij de doorstroom faciliteerden, of aan betrokken investeringsjurisdicties omdat zij ter zake van de winstrepatriërende betalingen aftrek toestonden in hun vennootschapsbelastingen en/of afzagen van bronbelastingheffingen? Ook hier speelt het probleem dat de geest van de wet zich hier niet toont.

Tegen de achtergrond van de politiek-maatschappelijk verdergaande aandacht voor de aanpak van belastingontwijking is Nederland de laatste jaren in hoog tempo overgegaan tot het nemen van allerlei maatregelen

Tegen de achtergrond van de politiek-maatschappelijk verdergaande aandacht voor de aanpak van belastingontwijking door multinationale ondernemingen en oneerlijke belastingconcurrentie door landen is Nederland de laatste jaren in hoog tempo overgegaan tot het nemen van allerlei maatregelen. Diverse daarvan zijn terug te voeren op ontwikkelingen in internationaal verband (OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), Multilateraal Instrument (MLI)) en EU-verband (Antibelastingontwijkingsrichtlijn, Administratieve Samenwerkingsrichtlijn, Geschilbeslechtingsrichtlijn). Bij sommige van deze maatregelen is Nederland zelfs verder gegaan dan noodzakelijk was, bijvoorbeeld rondom de invoering van de zogenoemde 'earningsstrippingsmaatregel' in artikel 15b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet VPB 1969) per 1 januari 2019. Onder invloed van ontwikkelingen in de jurisprudentie van het HvJ op het terrein van de EU-verdragsvrijheden en als gevolg van interventies van de Europese Commissie op staatssteunvlak is Nederland overgegaan tot respectievelijk versobering van het regime van de fiscale eenheid uit artikel 15 Wet op de vennootschapsbelasting,[34] in de loop van 2018, en aanscherping van de voorwaarden om in aanmerking te komen voor een vaststellingsovereenkomst (*ruling*) medio 2019.[35] Op 17 september 2019, Prinsjesdag 2019, heeft het kabinet voorgesteld om per 2021 een zogenoemde 'conditionele bronbelasting' in te voeren die moet voorkomen dat interest- en royaltybetalingen binnen concernverband via Nederland onbelast naar belastingparadijzen c.q. zwartelijstjurisdicties kunnen worden geleid, of anderszins fiscaal geïndiceerd onbelast zouden kunnen renderen. Er bestaan plannen om een vergelijkbare maatregel in te voeren voor dividenduitdelingen ter vervanging c.q. omvorming van de huidige dividendbelasting. Met Prinsjesdag vorig jaar, op 18 september 2018, kwam het kabinet met wetsvoorstellen voor dat doeleinde maar trok deze op een later moment weer in. Internationaal loopt thans de discussie of het hele internationale winstbelastingmodel zou moeten worden hervormd en de belastinggrondslag op een andere wijze over landen zou moeten worden verdeeld. Ook hier ontbreekt (vooralsnog) een heldere onderliggende gedachte over de wenselijke richting. Landen zijn hier hopeloos verdeeld.[36] Dit, vanwege het ontbreken van consensus op onderliggend beginselenniveau over de vraag hoe de winst van de multinational over landen zou moeten worden verdeeld.

3.2 Unierechtelijke verplichting tot misbruikbestrijding vormt fiscaal-beleidsmatig een uitdaging

De Unierechtelijke verplichting die ook voor lidstaat Nederland geldt om waar aan de orde misbruik in de sfeer van de directe belastingen in welke verschijningsvorm dan ook te adresseren, levert in fiscaal-beleidsmatige zin een uitdaging op. Hoe immers de juiste balans te vinden tussen enerzijds de bestrijding van

34 Wet spoedreparatie fiscale eenheid.
35 Besluit vooroverleg rulings met een internationaal karakter.
36 Bewegingen die de beleidsautonomie van landen dreigen in te perken, bijvoorbeeld op het vlak van de tariefstelling (BEPS 2.0; Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy), lijken met enige terughoudendheid te worden ontvangen. De staatssecretaris van Financiën heeft onlangs een commissie ingesteld die hem voor jaareinde 2019 zal adviseren over de belastingheffing van multinationals ('commissie belastingheffing multinationals').
37 Art. 2d Uitv.besch. VpB 1971.
38 Art. 1bis Uitv.besch. DB 1965. Vgl. art. 3a lid 7 Uitvoeringsbesluit internationale bijstandsverlening bij

de heffing van belastingen, op basis waarvan voor zogenoemde 'dienstverleningslichamen' (art. 8c Wet VpB 1969) Nederland spontaan tot informatie-uitwisseling overgaat met het buitenland, indien betrokken lichaam in Nederland over onvoldoende *substance* beschikt. Opmerking verdient dat de daar opgenomen minimum-substancevoorwaarden uitgaan van een inmiddels iets verouderde benadering van minimumsubstance. In vergelijking met minimumsubstance-voorwaarden onder de uitvoeringsbeschikkingen vennootschaps- en dividendbelasting gelden hier niet de voorwaarden van de 24-maanden kantoorruimte en de loonsomeis van minimaal € 100.000 relevante loonkosten.

39 Zie Brief Staatssecretaris van Financiën, 14 juni 2019, nr. 2019-0000095322.

40 Art. 4 lid 3, onderdeel c en lid 12 Wet DB 1965

41 Art. 17 lid 3, onderdeel b en lid 5 Wet VpB 1969

42 Art. 13ab lid 5 en 11 Wet VPB 1969. Deze maatregel geldt per 1 januari 2019 en dient ter implementatie van de Antibelastingontwijkingsrichtlijn.

43 Art. 2.1 lid 1, onderdeel c, Wet bronbelasting 2021. Complicerend element is namelijk dat in de voorgestelde bronbelasting bij intra-concernuitdelingen richting laagbelastende jurisdicties een soort misbruikfictie, een soort mechanisch werkend onweerlegbaar bewijsvermoeden, zit ingebakken. Uitdelingen naar laagbelastende jurisdicties, opgenomen in een zwarte lijst gelijk aan die voor toepassing van de CFC-maatregel, worden bijvoorbeeld te allen tijde door de heffing gegrepen, ongeacht de vraag – en dus zonder tegenbewijsmogelijkheid – of al dan niet aan de misbruiktoets wordt voldaan. De nieuw in te voeren bronbelasting zal overigens worden geflankeerd door vrij stringente administratieve informatie- en inlichtingenverplichtingen voor betrokken concernentiteiten.

44 Zie Besluit vooroverleg rulings met een internationaal karakter in samenhang met art. 3 Besluit Fiscaal Bestuursrecht.

misbruikgevallen zonder daarbij het belang van een aantrekkelijk vestigingsklimaat voor het reële bedrijfsleven in Nederland uit het oog te verliezen? Is het bijvoorbeeld mogelijk belastingplichtigen met reële activiteiten rechtszekerheid te bieden over de fiscale positie in een omgeving, waar het HvJ diezelfde rechtszekerheid tegen een misbruikbestrijdingsverplichting heeft geruild? En dit allemaal zonder een degelijk kompas beschikbaar te hebben waarmee we voor praktijkdoeleinden goed en fout van elkaar kunnen onderscheiden? Hoe komen de Deense zaken in het Nederlandse beleid tot uitdrukking? Met de Prinsjesdag 2019-voorstellen hebben we het beeld hier zich zien aftekenen.

Waar de Nederlandse lijn tot voor kort was ingestoken op 'substanceaanwezigheid als *safe harbour*' ('heb je *substance* dan zit je goed') is deze als gevolg van de Deense zaken gaan bewegen richting 'substanceaanwezigheid als bewijslastverdeler' ('heb je *substance* dan moet de fiscus bewijzen dat het fout zit; heb je geen *substance* dan moet je bewijzen dat het toch goed zit'). Een procedureel ingestoken 'T-splitsing-bewijsvermoeden-benadering' met andere woorden, waarbij de bewijslast scharniert om de zogenoemde 'minimumsubstancevoorwaarden' neergelegd in de uitvoeringsbeschikkingen in de vennootschapsbelasting-[37] en dividendbelastingsfeer.[38] Onderdeel van deze minimumsubstancevoorwaarden, bijvoorbeeld en onder meer, is dat betrokken concernentiteiten ten minste twee jaar kantoorruimte – kapitaal – moeten aanhouden ('kantoorruimtevoorwaarde') en relevante medewerkers – arbeid – op de loonlijst moeten hebben staan die jaarlijks ten minste € 100.000 salaris ontvangen ('loonsomeis'). De T-splitsingbenadering is terug te herleiden naar de brief van de staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2019 die hij schreef als antwoord op gestelde Kamervragen in reactie op de Deense zaken en vooruitlopend op de wetsvoorstellen met Prinsjesdag 2019, 17 september jongstleden.[39] In deze brief zet de staatssecretaris zijn visie uiteen op de implicaties van deze jurisprudentie in Nederland. De lijn is dat de Belastingdienst de 'T-splitsingbenadering' per 1 januari 2020 hanteert (dus niet voor alle openstaande belastingtijdvakken per datum HvJ-arrestwijzing).

De gekozen benadering heeft inmiddels ook zijn weg gevonden naar de fiscale wet- en regelgeving en geldt voor de antimisbruikbepalingen in de vennootschapsbelasting en dividendbelasting ten aanzien van zowel de investeringsrendementen van buitenlandse investeerders in Nederland (de zogenoemde 'inhoudingsvrijstelling dividendbelasting'[40] en de zogenoemde 'technisch-aanmerkelijkbelangregeling' in de vennootschapsbelasting[41] bij inkomende investeringen) als die van Nederlandse investeerders in het buitenland (de zogenoemde 'controlled-foreign-company-maatregel' (CFC-maatregel) in de vennootschapsbelasting[42] bij uitgaande investeringen). Eenzelfde benadering zal met ingang van 1 januari 2021 gaan gelden voor de met Prinsjesdag 2019 voorgestelde conditionele bronbelasting voor uitgaande rente- en royaltybetalingen binnen concernverband naar laagbelastende zwartelijstjurisdicties en in misbruiksituaties (overigens niet helemaal, hetgeen in de praktijk tot discussie aanleiding geeft).[43] Gevolg van de toepassing van deze antimisbruikmaatregelen is dat betrokken buitenlandse investeringsrendementen in Nederland in de belastingheffing worden betrokken. Dit, ongeacht investeringsrichting, -locatie en/of -herkomst. Voor belastingplichtigen die deel uitmaken van een concern en die in aanmerking willen komen voor een *ruling* is de aanwezigheid van minimumsubstance in Nederland niet genoeg. Sinds 1 juli 2019 moet hiertoe kort gezegd sprake zijn van de uitoefening door belastingplichtige van bedrijfseconomische operationele activiteiten in Nederland (de zogenoemde *economische nexus*) met inzet in Nederland van voldoende relevant personeel.[44] Het moet nog uitkristalliseren wanneer dit precies aan de orde is.

Onze indruk is dat de staatssecretaris met zijn huidige beleidslijn belastingplichtigen met reële economische activiteiten op een zo welwillend mogelijke wijze wil blijven benaderen

3.3 Belastingplichtigen met reële economische activiteiten zo welwillend mogelijk blijven benaderen

Onze indruk is dat de staatssecretaris met zijn huidige beleidslijn belastingplichtigen met reële economische activiteiten op een zo welwillend mogelijke wijze wil blijven benaderen. De Nederlandse regering heeft gekozen voor een procedureel ingestoken benadering van 'substanceaanwezigheid als bewijslastverdeler', vermoedelijk omdat ook de beleidsmakers in Den Haag niet weten wanneer

onder toepassing van het Unierecht misbruik materieel bezien nu precies aan de orde is. In zijn brief van 14 juni 2019 schrijft de staatssecretaris dat hij het nog steeds goed verdedigbaar acht dat de reeds bestaande Nederlandse antimisbruikmaatregelen op hoofdlijnen in overeenstemming zijn met de zienswijze van het HvJ. Op deze basis wordt de huidige praktijk zoveel als mogelijk gehandhaafd. Bestaande *rulings* blijven onaangetast, althans totdat de Belastingdienst bij betrokken belastingplichtige met een andersluidend bericht op de stoep staat. In genoemde brief laat de staatssecretaris zich overigens niet echt uit over de relaties tussen de EU-misbruikbestrijdingsverplichtingen van Nederland en de staande verplichtingen van Nederland onder de belastingverdragen. Het is goed denkbaar dat Nederland in voorkomende gevallen onder een belastingverdrag geen belasting mag heffen, terwijl Nederland op grond van het Unierecht ter zake van hetzelfde inkomensbestanddeel juist verplicht is dit wél te doen. De vraag is dan welke verplichting voorgaat en hoe vervolgens te handelen. Een aantal belastingverdragen, maar lang niet alle, kennen naast de uiteindelijkegerechtigdetoets bepalingen die verdragsmisbruik moeten tegengaan. Voorbeelden zijn de zogenoemde *principal purpose test* (PPT) en/of de *limitation of benefits test* (LOB). Vergelijkbare verdragsbepalingen worden op dit moment via een multilateraal verdrag (MLI) het Nederlandse verdragennetwerk ingefaseerd. Hoewel de antimisbruiktoetsen in het fiscale verdragsrecht lijken op die in het EU-recht, functioneren zij niet op identieke wijze. Ons gevoel is dat de antimisbruikmaatregelen in de belastingverdragen, vertaald in EU-termen, in hun toepassing nog op de klassieke lijn van 'substanceaanwezigheid als *safe harbour*' doorresoneren. Dit zet druk op de relatie tussen de Nederlandse fiscale verplichtingen van internationaal publiekrechtelijke aard en de supranationale verplichtingen van Nederland tot bestrijding van Unierechtsmisbruik binnen de werkingssfeer van het EU-recht. Een complexe aangelegenheid waar we in de toekomst vast en zeker nog wel enige rechtsontwikkelingen zullen gaan zien. Dit betekent wel dat het rechtsgevolg in een concreet feitenstel thans niet op heldere wijze kan worden vastgesteld.

3.4 Voorzichtigheid lijkt geboden

Voorzichtigheid lijkt geboden. De Belastingdienst heeft sinds de uitspraken van het HvJ in de Deense zaken als gezegd de Unierechtelijke verplichting misbruik te bestrijden. Dit, bijvoorbeeld op basis van nationale wet- en regelgeving, verdragsbepalingen, en waar aan de orde langs de lijnen van een EU-conforme inzet van de leerstukken *fraus legis* en (wellicht) *fraus tractatus* – al kan het bij een eventueel ontbreken daarvan ook gewoon direct op basis van het klaarblijkelijk omgekeerd rechtstreeks werkende primaire Unierecht. De beleidslijn vanuit Financiën is procedureel ingestoken en, zo lijkt het, er vooral op gericht waar het even kan de boel inhoudelijk zoveel als mogelijk bij het oude te laten. Een spannende combinatie, zeker nu we eigenlijk niet weten wanneer Unierechtsmisbruik nu precies in materiële zin aan de orde is.

Het is goed denkbaar dat Nederland in voorkomende gevallen onder een belastingverdrag geen belasting mag heffen, terwijl Nederland op grond van het Unierecht ter zake van hetzelfde inkomensbestanddeel juist verplicht is dit wél te doen

Indien op enig moment zou blijken dat de Belastingdienst structureel niet ingrijpt in gevallen waarin weliswaar wordt voldaan aan de minimumsubstancevoorwaarden – en de Nederlandse benaderingswijze dientengevolge terugvalt naar substanceaanwezigheid als *safe harbour* – maar Unierechtsmisbruik materieel bezien toch aan de orde is, wordt Nederland Unierechtelijk kwetsbaar. Belastingplichtigen zullen vermoedelijk niet zo snel gaan klagen. Nederland zou in voorkomende gevallen evenwel door de Europese Commissie in een inbreukprocedure voor het HvJ kunnen worden gedaagd. Wij vermoeden dat hetzelfde geldt voor gevallen waar staande fiscale verdragsverplichtingen Unierechtelijke verplichtingen doorkruisen. Ook daar is Nederland kwetsbaar, denken wij. Dit, indien op enig moment zou blijken dat Nederland in een dergelijke context niet bij voorrang uiting geeft aan haar Unierechtelijke verplichtingen. Het EU-recht is immers van supranationale en dus hogere orde dan de belastingverdragen. Overigens geldt dit laatste punt, menen wij, in gelijke zin voor alle EU-lidstaten.

Ook zullen op de inhoud gerichte ontwikkelingen op misbruikterrein in de jurisprudentie van het HvJ, wellicht aangewakkerd door ontwikkelingen in andere lidstaten, de

45 Wij denken dat de doctrine zoals ontwikkeld door het HvJ EU in *Kühne & Heitz* (HvJ EU 13 januari 2004, C-453/00) niet 'omgekeerd' kan worden ingeroepen, dat wil zeggen door de Belastingdienst ten nadele van belastingplichtigen. In deze zaak oordeelde het HvJ dat de Belastingdienst in bepaalde omstandigheden ten gunste van belastingplichtigen moet terugkomen op definitief geworden besluiten. Dit speelt waar betrokken belastingplichtige zijn zaak tot en met de Hoge Raad heeft uitgeprocedeerd en latere ontwikkelingen in het EU-recht, terugkijkend, een ander licht op de zaak werpen. Dan komt belastingplichtige in aanmerking voor een teruggaaf van ten onrechte geheven belasting. De reden waarom we aan een omgekeerde toepassing van *Kühne & Heitz* denken – en daarmee aan een geval waar de Belastingdienst tot de Hoge Raad heeft doorgeprocedeerd en een latere ontwikkeling in het EU-recht, terugkijkend een ander licht op de zaak werpt en daarin vervolgens aanleiding vindt tot ophoging van de belastingschuld – is omdat het HvJ de betekenis en de strekking van het

Nederlandse lijn kunnen gaan beïnvloeden. De inhoudelijke omstandighedenvraag naar misbruikaanwezigheid zal daarmee, denken wij, uiteindelijk ook in Nederland onherroepelijk en in volle omvang ter tafel komen. Wel denken wij dat de Belastingdienst om redenen van rechtszekerheid en legaliteit niet met een beroep op het Unierechtelijke misbruikleerstuk kan terugkomen op afgesloten belastingtijdvakken waar de belastingschuld is geformaliseerd; gedane zaken zouden, althans wat ons betreft, geen keer moeten nemen ten nadele van belastingplichtigen.[45]

Met het wegbewegen van de *substance-safe-harbour* in de Deense zaken is het HvJ een route ingeslagen van ambiguïteit en rechtsonzekerheid

4 Hoe verder?

4.1 Een lastige vraag

De Nederlandse regering kan hier vooralsnog niet zo heel veel meer doen dan zijn beleidsinzet langs procedurele lijnen aanvliegen. Het punt is dat inhoudelijk niet kan worden vastgesteld wanneer precies sprake is van misbruik. De Nederlandse vennootschapsbelasting is, net als haar equivalenten in andere landen, gebouwd op juridische uitgangspunten en constructen. Het belastingstelsel werkt hier qua regeltoepassing vrij mechanisch uit en op een wijze die met de jaren in zekere mate losgeweekt is geraakt van de onderliggende economische materialiteit. Het gevolg is dat de regeltoepassing vervolgens door zowel ondernemingen als landen fiscaal geïndiceerd kan worden ingezet; een noodzakelijk effect van de gekozen bouwstenen van het bestaande fiscale regelcomplex. In bedrijfsmatige zin vormen belastingen een kostenpost die net als alle andere bedrijfskosten in het licht van de winstoptimalisatiedoelstelling van de naar winst strevende onderneming moet worden geoptimaliseerd.

De belastingplannings- en belastingconcurrentie-effecten waartoe het systeem aanleiding geeft, worden vanuit een meer sociaalmaatschappelijk oogpunt als onwenselijk beschouwd. In reactie daarop is vervolgens niet het regelcomplex aan een fundamentele heroverweging onderworpen, maar is uitgeweken naar een toch wat ongebreidelde inzet van misbruikbestrijdende maatregelen en doctrines. Vervolgens krijgt de rechter, hier het HvJ, de rechtsvormende taak om ons de werking en toepassing van deze maatregelen uit te leggen en loopt daarbij vast door het ontbreken in de rechtspraktijk van een samenhangend normenkader op beginselenniveau. Het gevolg is dat alle misbruikbestrijdende herstelingrepen in de winstbelastingstelsels van landen, die van de lidstaten en Nederland incluis, steeds minstens enige mate van ongerichtheid of zelfs arbitraire heffing in zich dragen. Met het wegbewegen van de *substance-safe-harbour* in de Deense zaken is het HvJ een route ingeslagen van ambiguïteit en rechtsonzekerheid. Dit ondermijnt uiteindelijk de rechtsstatelijkheid van het fiscale systeem en opent een doos van Pandora als het gaat om de vaststelling in een concrete situatie van de belastingverplichtingen van een multinationaal opererende onderneming in een globaliserende en digitaliserende marktomgeving.

De morele verplichting om naar billijkheid bij te dragen aan de financiering van de tot ieders profijt strekkende collectieve uitgaven behoort te berusten op een grondslag in de wet

4.2 Oplossing niet in antimisbruikbenadering maar in fundamenteel herontwerp winstbelastingarchitectuur

Wij denken dat de oplossing niet ligt in antimisbruikbenaderingen, maar in fundamenteel herontwerp van de winstbelastingarchitectuur. Daar is in de fiscaalrechtswetenschappelijke literatuur al veel over verschenen en ook wij schreven hier al eerder over.[46] Naar onze mening begint belastingheffing bij een behoorlijk wetgevend systeemontwerp. De morele verplichting om naar billijkheid bij te dragen aan de financiering van de tot ieders profijt strekkende collectieve uitgaven behoort te berusten op een grondslag in de wet.

Onderaan de streep zouden winstbelastingsystemen moeten zijn ontworpen en ingericht met in gedachten dat zij billijk (gelijke behandeling gelijke gevallen) en economisch efficiënt (zo min mogelijk verstorend) functioneren. Winstbelastingen zouden in dat licht concerns eenmaal moeten belasten over hun economische winsten uit investeringen op die geografische locaties waarmee deze concerns in economische zin een verbinding hebben. Het

Unierecht 'verklaart en preciseert' zoals dat sinds het ontstaan van het Unierecht 'moet of had moeten worden verstaan en toegepast'. Toch denken we dat doorbreking van de formele rechtskracht van besluiten ten nadele van belastingplichtigen ook sinds de Deense zaken niet mogelijk is. Het haakje voor belastingteruggaaf in *Kühne & Heitz* was de mogelijkheid in de Nederlandse belastingwetgeving tot ambtshalve vermindering (art. 65 AWR). Deze mogelijkheid werd met *Kühne & Heitz* uitgebreid tot situaties waar belastingplichtigen die hun rechtsmiddelen hadden uitgeput achteraf bezien, in het licht van Unierechtelijke ontwikkelingen nadien, gelijk bleken te hebben. In het licht van het rechtszekerheids- en legaliteitsbeginsel is ambtshalve herziening alleen mogelijk ten voordele van belastingplichtige. Naar onze inschatting zal het HvJ deze beginselen desgevraagd respecteren en in *Kühne & Heitz*-achtige gevallen waar de fiscus tot de Hoge Raad heeft doorgeprocedeerd niet tot doorbreking van de formele rechtskracht van besluiten komen ten nadele van betrokken belastingplichtige.

46 Zie bijvoorbeeld M.F. de Wilde & C. Wisman, 'OESO-consultatie digitale economie: "grondslagherverdeling" en "ik belast wat jij niet doet"?', *NLF-W* 2019/1, M.F. de Wilde, *Om de toekomst van de belastingheffing van ondernemingswinsten in Europa; Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar Internationaal en Europees Belastingrecht bij de Erasmus School of Law (ESL) van de Erasmus Universiteit Rotterdam op 22 mei 2019*, Amsterdam: Stichting NLFiscaal 2019, beschikbaar op *www.nlfiscaal.nl/fiscanet/pf.nsf/files/oratie_de_wilde.pdf/$file/oratie_de_wilde.pdf*, alsmede de daarin opgenomen literatuurverwijzingen.

gaat hier in andere woorden om enkelvoudige heffing en heffingsjurisdictie op de plaats die economisch bezien als betekenisvol kan worden beschouwd. In de literatuur zijn diverse voorstellen voor systemische hervormingen voorgesteld uiteenlopend van aanbodkant- en/of vraagkantgeoriënteerde belastingsystemen tot heffingen gebaseerd op kasstromen.[47] Zelfs exclusieve woonstaatheffingen voor multinationals zijn als oplossingsrichting gesuggereerd.[48] Alle voorstellen verdienen het om nader te worden onderzocht. Wij kwamen uit op een heffingsmodel dat de mondiale economische winsten van de multinational in de belastingheffing betrekt en de grondslag over landen verdeelt op basis van een bestemmingslandgeoriënteerde omzetsleutel.[49] Alleen langs de route van systeemhervorming is de geopende doos van Pandora naar onze indruk weer te sluiten. En dat is wat ons betreft een taakopdracht voor de (EU-)wetgever.

Als het gaat om de misbruikvaststelling lijkt het Hof een route te zijn ingeslagen van ambiguïteit, rechtsonzekerheid en uiteindelijk een willekeurige belastingheffing

5 Afsluitende opmerkingen

Eerder dit jaar sprak het HvJ zich nader uit over het fenomeen misbruik van Unierecht in de fiscaliteit. Bij de beoordeling van de misbruikvraag moeten fiscale overwegingen enerzijds en economische, financiële en commerciële overwegingen anderzijds tegen elkaar worden afgewogen. Indien bij het wegen van niet-fiscale en fiscale motieven laatstgenoemde te prominent aanwezig zijn, slaat de schaal door en is sprake van rechtsmisbruik. Wanneer dat precies is, laat het HvJ in het midden. De lidstaten zijn verplicht misbruik te bestrijden, zelfs indien een nationaalrechtelijke grondslag daartoe ontbreekt. In het licht van een ontbrekend normstellend onderliggend beginselenkader blijft het fenomeen Unierechtsmisbruik in de fiscale rechtspraktijk richtingloos in het ongewisse hangen. Als het gaat om de misbruikvaststelling lijkt het HvJ een route te zijn ingeslagen van ambiguïteit, rechtsonzekerheid en uiteindelijk een willekeurige belastingheffing. In reactie op deze ontwikkelingen is de Nederlandse regering zich beleidsmatig gaan richten op een procedureel aangevlogen 'T-splitsing-bewijsvermoeden-benadering', waarbij de bewijslast rondom de misbruikvraag scharniert om de minimumsubstancevoorwaarden in de belastingwet- en regelgeving. Nederland kan ook niet zo heel veel anders, nu niet langer inhoudelijk kan worden vastgesteld wanneer misbruik precies aan de orde is. De rechtsonzekerheid waar dit toe aanleiding geeft ondermijnt de systeemintegriteit en rechtsstatelijkheid van het winstbelastingstelsel. Wij denken dan ook dat de oplossing voor de belastingontwijkingsdiscussie niet ligt in antimisbruikbenaderingen maar in fundamenteel herontwerp van de belastingarchitectuur.

47 Zie voor een overzicht en analyses M.F. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017.

48 Zie R.S. Avi-Yonah & H. Xu, 'Evaluating BEPS', *Erasmus Law Review* 2017, afl. 1, p. 3-11.

49 Zie hierover M.F. de Wilde & C. Wisman, 'OESO-consultatie digitale economie: "grondslagherverdeling" en "ik belast wat jij niet doet"?', *NLF-W* 2019/1, alsmede M.F. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017.

Freedom of Establishment for Companies in Europe (EU/EEA)

M. Mannan, I.S. Wuisman

This book provides an overview of the freedom of establishment of companies, the motivations for exercising this freedom and the mechanisms that can be used to do so.

corporate mobility | freedom of establishment | vrijheid van vestiging

ISBN: 978-94-9276-655-7 | Prijs: € 21,50 | 136 pagina's | 1e druk 2019 | www.arsaequi.nl