Maastricht University

De deelnemingsvrijstelling na de Deense zaken: dead or alive?

Citation for published version (APA):

Korving, J. (2021). De deelnemingsvrijstelling na de Deense zaken: dead or alive? *Maandblad Belasting Beschouwingen*, *2021*(10), 27-35. https://www.ndfr.nl/content/g-SDU_MBB102021_402815

Document status and date:
Published: 01/01/2021

Document Version:
Publisher's PDF, also known as Version of record

Document license:
Taverne

Please check the document version of this publication:

• A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
• The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
• The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

Link to publication

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

• Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
• You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
• You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the “Taverne” license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 27 Apr. 2024

30. De deelnemingsvrijstelling na de Deense zaken: *dead or alive*?

MR. DR. J.J.A.M. KORVING

Na de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zogenoemde 'Deense zaken' kwam de vraag op of die arresten er ook toe dwingen om de Nederlandse deelnemingsvrijstelling te weigeren in misbruiksituaties. In deze bijdrage onderzoekt de auteur of het arrest hier inderdaad toe noopt.

1. Inleiding

De Deense zaken deden veel stof opwaaien over de invulling van het misbruikbegrip ten aanzien van de directe belastingen. De centrale vraag in de gevoegde zaken was of Denemarken de vrijstelling van bronbelasting mocht, of moest, weigeren als een vennootschap met beperkte substance werd tussengevoegd met als voornaamste doel om van die inhoudingsvrijstelling gebruik te kunnen maken. Het Hof van Justitie van de Europese Unie beantwoordde die vraag bevestigend. In de Nederlandse fiscale literatuur werd – vanwege de door het Hof van Justitie gehanteerde woordkeuze – al snel de vraag opgeworpen of de Nederlandse deelnemingsvrijstelling ook gevaar liep in misbruiksituaties.[1]

In deze bijdrage gaat de auteur in op het antwoord op deze vraag vanuit het perspectief van het EU-rechtelijke antimisbruikbeginsel.[2] Daartoe komt eerst het 'dividend--arrest' van de Deense zaken aan bod, waarbij de nadruk zal liggen op de belangrijkste overwegingen van het Hof van Justitie (paragraaf 2). Om de effecten van het arrest op de deelnemingsvrijstelling goed te kunnen beoordelen, is het noodzakelijk de totstandkoming en toepassing van de Moeder-dochterrichtlijn te beschrijven (paragraaf 3) om de Deense arresten vervolgens – al dan niet – toe te passen op de Nederlandse deelnemingsvrijstelling (paragraaf 4). Deze bijdrage sluit af met een conclusie (paragraaf 5).

2. T Danmark

2.1 Feiten en omstandigheden

De 'Deense zaken' is de verzamelnaam voor twee series gevoegde zaken. De ene serie (N Luxembourg I e.a.) had betrekking op de Deense weigering voor het geven van een inhoudingsvrijstelling op de betaling van rente (en de interpretatie van de Interest & Royalty-richtlijn[3,4], de andere serie (T Danmark) op het weigeren van de Deense inhoudingsvrijstelling op dividenduitkeringen (en de interpretatie van de Moeder-dochterrichtlijn[5])[6]. In deze bijdrage beperk ik me tot de bespreking van de zaak T Danmark, omdat ik de Deense zaken wil belichten in het licht van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling.

In de zaak T Danmark betrof het vijf beleggingsfondsen die voornemens waren om het Deense concern T Danmark over te nemen. Geen van de beleggingsfondsen was gevestigd in een EU-lidstaat of in een land waarmee Denemarken een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting had gesloten. Met het oog op de overname van T Danmark richtten de beleggingsfondsen in 2005 onder andere een aantal in Luxemburg gevestigde vennootschappen op.[7] Een van die vennootschappen, N Luxembourg 2, heeft in 2010 een belang verworven in het kapitaal van T Danmark. Hierdoor hield de Luxemburgse vennootschap meer dan 50% van de aandelen in T Danmark in de jaren 2011 en

1 Zie bijvoorbeeld S. Douma, *BNB* 2020/9, punt 11.

2 De toepassing van het algemene antimisbruikbeginsel uit art. 6 ATAD, dat in Nederland niet expliciet is geïmplementeerd omdat het overeen zou komen met het reeds bestaande en toepasselijke beginsel van fraus legis, op de deelnemingsvrijstelling blijft in deze bijdrage onbesproken. Liefhebbers verwijs ik naar P. Kavelaars, 'Misbruik van EU-recht in de directe belastingen', *TFO* 2021/175.3; en O.C.R. Marres & I.M. de Groot, 'Bestrijding van misbruik door doorstromers', *WFR* 2020/209.

3 Richtlijn 2003/49/EG van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten, *PbEU* 2003, L157/49.

4 HvJ 26 februari 2019, gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (N Luxembourg I e.a.), ECLI:EU:C:2019:134, *NTFR* 2019/990.

5 Richtlijn 2011/96/EU van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, *PbEU* 2011, L345/8.

6 HvJ 26 februari 2019, gevoegde zaken C-116/16 en C-117/16 (T Danmark e.a.), ECLI:EU:C:2019:135, *NTFR* 2019/693.

7 T Danmark, punt 37.

2012. De overige aandelen in T Danmark waren verspreid over duizenden aandeelhouders.[8]
In 2011 en 2012 keerde T Danmark een dividend uit aan zijn aandeelhouders.[9] De Luxemburgse belastingdienst had inmiddels verklaard dat N Luxembourg 2 de uiteindelijk gerechtigde was tot alle dividenden die waren betaald over de aandelen die zij bezat in T Danmark.[10] Omdat T Danmark zekerheid vooraf wenste over de toepassing van de Deense inhoudingsvrijstelling in het geval van de dividenduitkering, wendde T Danmark zich tot de Deense belastingdienst. Daarbij verklaarde T Danmark dat N Luxembourg 2 'een zelfstandige entiteit met een eigen bestuur en eigen beslissingsbevoegdheid was, zodat zij [T Danmark, JK] logischerwijs niet vooraf met zekerheid kon weten of het bestuur van N Luxembourg 2 de facto zou besluiten om deze dividenden te gebruiken en wat het daarmee zou aanvangen'.[11] Pas toen T Danmark aanvulde dat de dividenden door hem zouden worden uitgekeerd aan N Luxembourg 2, die op haar beurt dividenden aan haar eigen moedermaatschappij zou uitkeren, en de verwachting uitsprak dat de dividenden 'zouden worden doorgesluisd naar de uiteindelijke beleggers in de kapitaalfondsen',[12] antwoordde de Deense belastingdienst dat de inhoudingsvrijstelling zou worden geweigerd.[13] T Danmark stelde hiertegen beroep in omdat de weigering van de inhoudingsvrijstelling niet in overeenstemming zou zijn met de Moeder-dochterrichtlijn. De Deense beroepsrechter verwees de zaak uiteindelijk voor een prejudiciële beslissing naar het Hof van Justitie.

2.2 Uiteindelijk gerechtigde?

De door de Deense autoriteiten gehanteerde benadering van het probleem leek met name neer te komen op het argument dat de inhoudingsvrijstelling geweigerd kon worden, omdat de tussengeschoven Luxemburgse entiteiten, waaronder N Luxembourg 2, niet als de uiteindelijk gerechtigden tot het dividend konden worden beschouwd. Dat de Deense autoriteiten die kant op wilden, is overigens ook duidelijk te lezen in bovenstaand feitenrelaas, waarin T Danmark benadrukte, op vragen van de Deense belastingdienst, dat de Luxemburgse entiteiten een eigen beslissingsbevoegdheid hadden maar tevens toegaf dat de verwachting was dat zij de dividenden zouden uitkeren aan hun aandeelhouders. Het feitelijk dooruitdelen bij het hebben van een eigen beslissingsbevoegdheid sluit, naar mijn mening, een kwalificatie als uiteindelijk gerechtigde overigens niet uit.
De vraag is vervolgens: wanneer wordt een entiteit als uiteindelijk gerechtigde aangemerkt? In het Commentaar op het OESO-Modelverdrag bij art. 10 wordt opgemerkt:

'12.4 In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the direct recipient of the dividend is not the "beneficial owner" because that recipient's right to use and enjoy the dividend is constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. This type of obligation would not include contractual or legal obligations that are not dependent on the receipt of the payment by the direct recipient such as an obligation that is not dependent on the receipt of the payment and which the direct recipient has as a debtor or as a party to financial transactions, or typical distribution obligations of pension schemes and of collective investment vehicles entitled to treaty benefits under the principles of paragraphs 6.8 to 6.34 of the Commentary on Article 1. Where the recipient of a dividend does have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person, the recipient is the "beneficial owner" of that dividend. It should also be noted that Article 10 refers to the beneficial owner of a dividend as opposed to the owner of the shares, which may be different in some cases.'

De Deense belastingdienst lijkt de feitelijke doorbetaling door de Luxemburgse entiteiten aan hun aandeelhouders te hebben meegewogen in zijn beslissing om de Luxemburgse entiteiten niet als uiteindelijk gerechtigden van de Deense dividenden te beschouwen. Daar lijkt op het eerste gezicht wellicht iets voor te zeggen. Toch vraag ik mij af of in de groepsstructuur van een gemiddelde multinationale onderneming er feitelijk wel echt enige mate van vrijheid bestaat voor een willekeurige tussenhoudster om naar eigen goeddunken over het ontvangen dividend te beschikken, waarbij het, naar mijn mening, ook niet uitmaakt of het een actieve of 'lege' tussenhoudster betreft. Maar dat terzijde.
Vanuit EU-rechtelijk perspectief is de vraag of de inhoudingsvrijstelling geweigerd mag worden 'omdat de Luxemburgse entiteiten niet de uiteindelijk gerechtigden tot de dividenden zijn' vooral interessant, omdat de inhoudingsvrijstelling EU-rechtelijk haar oorsprong vindt in de Moeder-dochterrichtlijn. Deze richtlijn kent een antimisbruikbepaling (zie paragraaf 3), maar voor toekenning van de inhoudingsvrijstelling geldt niet de voorwaarde dat de ontvanger de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend moet zijn. Dit in tegenstelling tot de meeste belastingverdragen, die voor toekenning van een verlaagd bronbelastingtarief juist wel uiteindelijk gerechtigdheid tot het dividend als voorwaarde stellen.[14] Het Hof van Justitie omzeilde echter het antwoord op deze vraag door de discussie af te doen op basis van het Europese antimisbruikbeginsel (zie paragraaf 2.3). Daardoor luidde het antwoord ten aanzien van de vraag of een

8 T Danmark, punt 39.
9 T Danmark, punt 41.
10 T Danmark, punt 40.
11 T Danmark, punt 43.
12 T Danmark, punt 45.
13 T Danmark, punt 46.

14 In lijn met art. 10 lid 2 OESO-Modelverdrag.

gebrek aan uiteindelijk gerechtigdheid toepassing van de inhoudingsvrijstelling in de weg mocht staan:

'93. Gelet op de vaststelling in punt 72 van het onderhavige arrest is het niet nodig te antwoorden op de tweede vraag van de verwijzende rechter, waarmee hij in wezen wensen te vernemen of een bepaling van een bilateraal verdrag ter vermijding van dubbele belasting waarin het begrip "uiteindelijk gerechtigde" wordt gebruikt, een rechtsgrondslag kan bieden voor de bestrijding van fraude en misbruik in het kader van richtlijn 90/435.

94. In deze omstandigheden hoeft evenmin te worden geantwoord op de derde vraag en de vierde vraag, onder a) tot en met c), betreffende de uitlegging van dit begrip "uiteindelijk gerechtigde", aangezien deze vragen slechts zijn gesteld voor het geval dat de tweede vraag bevestigend zou worden beantwoord.'

Het Hof van Justitie hoefde daarmee niet in te gaan op de vraag wanneer sprake is van uiteindelijk gerechtigdheid. Het antwoord op die vraag is al door verschillende rechters op uiteenlopende wijze gegeven.[15] Dat vindt vermoedelijk mede zijn oorsprong in het gebrek aan inhoudelijke interpretatieve richtsnoeren vanuit de OESO. Door de Deense zaken af te doen onder toepassing van het Europese antimisbruikbeginsel hoefde het Hof van Justitie zijn handen in ieder geval vooralsnog niet te branden aan het geven van een eigen EU-definitie van het concept.

2.3 Europees antimisbruikbeginsel

Zoals aangekondigd, loste het Hof van Justitie de discussie op een andere wijze op. Het Hof van Justitie beriep zich op het overkoepelende Europese antimisbruikbeginsel:

'70. In dit verband is het vaste rechtspraak dat er in het Unierecht een algemeen rechtsbeginsel bestaat volgens hetwelk justitiabelen zich niet door middel van fraude of misbruik kunnen beroepen op het Unierecht (arresten van 9 maart 1999, Centros, C-212/97, EU:C:1999:126, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak; 21 februari 2006, Halifax e.a., C-255/02, EU:C:2006:121, punt 68; 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, punt 35; 22 november 2017, Cussens e.a., C-251/16, EU:C:2017:881, punt 27, en 11 juli 2018, Commissie/België, C-356/15, EU:C:2018:555, punt 99).

71. De justitiabelen dienen dit algemene rechtsbeginsel na te leven. De Unieregelgeving mag immers niet zo ruim worden toegepast dat zij transacties zou dekken die zijn verricht met het doel om door fraude of misbruik te profiteren van de door het Unierecht toegekende voordelen (zie in die zin arresten van 5 juli 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, punt 38; 22 november 2017, Cussens e.a., C-251/16, EU:C:2017:881, punt 27, en 11 juli 2018, Commissie/België, C-356/15, EU:C:2018:555, punt 99).'

Het meest belangrijke punt volgt daarna, waarin het Hof van Justitie uitlegt hoe dat algemene Europese rechtsbeginsel moet worden uitgelegd en toegepast:

'72. Uit dit beginsel volgt dan ook dat een lidstaat de toepassing van de Unierechtelijke bepalingen moet weigeren 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.'

Hiermee bepaalde het Hof van Justitie effectief dat een belastingplichtige niet kunstmatig gebruik mag maken van door het EU-recht toegekende voordelen. Omdat dit een rechtsbeginsel is, overstijgt het de bepalingen van de Moeder-dochterrichtlijn. Met andere woorden: ook al voldoet een belastingplichtige aan de tekst van de Moeder-dochterrichtlijn, dan nog kan de belastingplichtige geen beroep doen op de voordelen van de richtlijn als dat buiten de doelstellingen van de bepalingen valt.[16]

Na dit wezenlijke punt gaat het Hof van Justitie nader in op de vragen wanneer sprake is van misbruik en de bewijslastverdeling. Ten aanzien van de bestanddelen ter bepaling of sprake is van misbruik lijkt het Hof van Justitie aan te geven dat doorstroomvennootschappen een aanwijzing zijn voor kunstmatigheid en, daarmee, voor misbruik. Het begrip 'doorstroomvennootschap' wordt vervolgens zodanig uitgelegd dat de inhoudingsvrijstelling niet mocht worden toegekend als de doorstroomvennootschap niet de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is.[17] De primaire bewijslast dat is voldaan aan de voorwaarden van de Moeder-dochterrichtlijn ligt bij de belastingplichtige.[18] Als de Belastingdienst echter van mening is dat sprake is van misbruik en de inhoudingsvrijstelling niet hoeft te worden toegepast, moet de Belastingdienst aantonen dat, op basis van alle feiten en omstandigheden, de betrokken ontvanger van het dividend een doorstroomvennootschap is en niet de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend. De Belastingdienst hoeft daarbij dan niet aan te tonen wie de uiteindelijk gerechtigde wel is.[19]

15 Bijvoorbeeld HR 6 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5639, UK Court of Appeals, Indofood International Finance Ltd/JP Morgan Chase Bank N.A., 2 maart 2006, [2006] EWCA Civ 158, Tax Court (Canada), Prevost Car Inc./R., 22 april 2008, 2008 TCC 231 en Tax Court (Canada), Velcro Canada Inc./Her Majesty the Queen, 24 februari 2012, 2012 TCC 57.

16 T Danmark, punt 76.

17 T Danmark, punten 97-114. Zie in dit kader uitgebreid C. Hamra & J. Korving, 'Beneficial Ownership Interpreted, To What Extent Are the OECD and the EU on the Same Wavelength?', *Intertax* 2021/3, p. 254.

18 T Danmark, punt 116. Zie tevens S. Douma, *BNB* 2020/9, punt 8, waarin auteur suggereert dat het HvJ de door de OESO gehanteerde interpretatie van het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' wel als inspiratiebron heeft gebruikt voor het algemene EU-rechtelijke misbruikbeginsel.

19 T Danmark, punten 117-118.

2.4 Oordeel Hof van Justitie

Al met al kwam het Hof van Justitie tot het oordeel dat Denemarken de inhoudingsvrijstelling over de dividenduitkering van T Danmark moet weigeren ingeval van misbruik, ook al voldeed de feitelijke situatie aan alle voorwaarden die de Moeder-dochterrichtlijn aan de inhoudingsvrijstelling stelde. Indien de Luxemburgse entiteiten kwalificeerden als doorstroomvennootschappen zou niet voldaan zijn aan de doelstelling van de bepalingen van de richtlijn, waardoor de inhoudingsvrijstelling buiten toepassing moet blijven.

3. Moeder-dochterrichtlijn

3.1 De oorspronkelijke richtlijn

Het arrest T Danmark is gewezen onder toepassing van de versie van de Moeder-dochterrichtlijn die in 2011 gold. Met name de antimisbruikbepaling is sinds die tijd aangepast.

In de kern bepaalt de Moeder-dochterrichtlijn nog hetzelfde. Om binnen het bereik van de richtlijn te vallen, moeten de betreffende vennootschappen een kwalificerende rechtsvorm bezitten, zijn gevestigd in een EU-lidstaat en zijn onderworpen aan een van de in de Moeder-dochterrichtlijn genoemde belastingen. Daarnaast moet de moedermaatschappij een belang van ten minste 10% houden in het kapitaal van de dochtervennootschap (of moet zijn voldaan aan een vergelijkbaar stemrechtencriterium). Optioneel kunnen lidstaten eisen dat de moedermaatschappij het belang voor een minimale periode van ten hoogste twee jaar hield.

Als is voldaan aan de voorwaarden van de Moeder-dochterrichtlijn is het gevolg dat de lidstaat van de uitkerende vennootschap een inhoudingsvrijstelling moet toepassen.[20] De lidstaat van de ontvangende vennootschap moet voorkoming van dubbele belasting geven door toepassing van een vrijstellings- of verrekeningsmethode.[21] Beide voorkomingsmethoden zijn gelijkwaardig.[22]

Het doel en de strekking van de (oorspronkelijke) Moeder-dochterrichtlijn volgden uit de preambule bij de richtlijn. De voornaamste doelstelling van de Moeder-dochterrichtlijn lijkt te zijn gelegen in de voorkoming van dubbele belasting:[23]

‘3. Deze richtlijn strekt ertoe dividenden en andere winstuitkeringen van dochterondernemingen aan hun moedermaatschappijen vrij te stellen van bronbelasting en dubbele belastingheffing van zulke inkomsten op het niveau van de moedermaatschappij te elimineren.’

De Europese wetgever maakt dit nog explicieter in overweging 11:[24]

‘11. Wanneer groepen van ondernemingen in ketens zijn georganiseerd en winst via de keten van dochterondernemingen aan de moedermaatschappij wordt uitgekeerd, dient dubbele belastingheffing in deze gevallen te worden geëlimineerd, hetzij door een vrijstelling, hetzij door een belastingkrediet. De moedermaatschappij moet in het geval van een belastingkrediet iedere belasting van iedere dochteronderneming in de keten in mindering kunnen brengen, mits aan de voorwaarden van deze richtlijn is voldaan.’

Daarnaast legt de preambule nader uit dat de Moeder-dochterrichtlijn ertoe strekt om voor hergroeperingen te voorzien in concurrentieneutrale belastingvoorschriften.[25] In misbruiksituaties kon de richtlijn echter buiten toepassing blijven. Daartoe bepaalde de (oude) Moeder-dochterrichtlijn het volgende:

‘Artikel 1

1. (…)

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

Dit was ook de antimisbruikbepaling die van toepassing was in de jaren in geding in de Deense zaken. Over de reden en achtergrond van deze antimisbruikregel wordt in de preambule opmerkelijk genoeg niets opgemerkt. In het oorspronkelijke voorstel voor een Moeder-dochterrichtlijn uit 1969 wordt namelijk nog niet gerept over een antimisbruikbepaling.[26] Nadat de onderhandelingen voor de Moeder-dochterrichtlijn waren stukgelopen is het project om tot (gedeeltelijke) fiscale harmonisatie te komen vijftien jaar in de ijskast gezet. Bij de herintroductie was bovenstaande antimisbruikbepaling opgenomen in het nieuwe

20 Art. 5 van Richtlijn 2011/96.

21 Art. 4 van Richtlijn 2011/96.

22 Zie, onder andere, HvJ 10 februari 2011, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08 (Haribo en Salinen), ECLI:EU:C:2011:61.

23 Richtlijn 2011/96, preambule 3.

24 Richtlijn 2011/96, preambule 11.

25 Richtlijn 2011/96, preambule 4. Overigens lijken de verschillende taalversies niet consistent ten aanzien van de term ‘hergroeperingen’. De Franse taalversie ligt dicht aan tegen de Nederlandse door het gebruik van de term ‘regroupements’. De Engelse (‘grouping together’) en Duitse (‘Zusammenschlüsse’) taalversies hebben het veel meer over de interne relatie tussen groepsvennootschappen. De Spaanse taalversie, ten slotte, formuleert het nog neutraler door het gebruik van uitsluitend ‘grupos’.

26 Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lid-Staten, COM(1969)6 final, *PbEG* 1969, C39/7.

compromisvoorstel.[27] Blijkbaar was dat overigens geen heikel punt geweest in de nieuwe onderhandelingsronde, zoals de handhaving van de Duitse bronbelasting en de rol van het Hof van Justitie dat wel waren geweest.[28] In de gepubliceerde compromistekst werd namelijk niets opgemerkt over de achtergrond van de introductie van de antimisbruikbepaling.[29]

3.2 De aanpassing van de antimisbruikbepaling

De Moeder-dochterrichtlijn is voor het laatst aangepast door Richtlijn 2015/121.[30] Als gevolg daarvan werd de reeds bestaande bepaling van art. 1 tweede lid van de Moeder-dochterrichtlijn aangepast. De bepaling als zodanig bleef gehandhaafd maar werd verplaatst naar het vierde lid.[31] De richtlijn introduceerde echter ook een nieuw tweede en derde lid, die als volgt luiden:

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

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

De richtlijnaanpassing werd aangenomen op 27 januari 2015. De lidstaten moesten deze aanpassing uiterlijk 31 december 2015 hebben omgezet in nationaal recht. De doelstelling van de aanpassing van de antimisbruikbepaling was, uiteraard, gelegen in het tegengaan van het misbruiken van de bepalingen van de Moeder-dochterrichtlijn. De aanpassing was echter met name ingegeven in het bewerkstelligen van een minimumstandaard voor een antimisbruikbepaling, omdat niet alle lidstaten hun nationale of verdragsrechtelijke antimisbruikbepalingen even strikt toepasten, en deze hoe dan ook toegesneden zijn op de specifieke kenmerken van het belastingstelsel van iedere lidstaat. Bovendien waren er lidstaten die geen nationale of verdragsrechtelijke bepalingen ter bestrijding van misbruik hadden.[32] De toepassing van de aangepaste antimisbruikbepaling moest echter wel evenredig zijn.[33] Dit werd als volgt toegelicht:[34]

'8. Hoewel de lidstaten gebruik moeten maken van de antimisbruikbepaling om constructies aan te pakken die in hun geheel kunstmatig zijn, kunnen zich ook gevallen voordoen waarin slechts bepaalde stappen of onderdelen van een constructie kunstmatig zijn. De lidstaten moeten de antimisbruikbepaling eveneens kunnen toepassen om die specifieke stappen of onderdelen aan te pakken, waarbij de stappen of onderdelen van de constructie die wel authentiek zijn, ongemoeid worden gelaten. Aldus zou de antimisbruikbepaling zo doeltreffend mogelijk en op evenredige wijze worden toegepast. De "voor zover"-aanpak kan doeltreffend zijn in de gevallen waarin de betrokken entiteiten als zodanig niet kunstmatig zijn, maar bijvoorbeeld de aandelen waaruit de uitkering van winst voortkomt, niet daadwerkelijk aan een in een lidstaat gevestigde belastingplichtige toe te rekenen zijn, dit wil zeggen indien er eigendomsoverdracht van de aandelen plaatsvindt op grond van de rechtsvorm van de constructie, maar de kenmerken daarvan de economische realiteit niet weerspiegelen.'

De nieuwe geharmoniseerde antimisbruikbepaling moest derhalve bijdragen aan de doeltreffendheid van nationale antimisbruikbepalingen en richtlijnshopping tegengaan.[35] Belangrijk in de totstandkoming van de nieuwe antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn is dat de lidstaten pas akkoord gingen met deze bepaling nadat de Europese Commissie de volgende verklaring had gedaan:[36]

'De Commissie verklaart dat de voorgestelde wijzigingen van artikel 1, lid 2, van de MDR niet bedoeld zijn om in te grijpen in nationale stelsels inzake deelnemingsvrijstelling in zoverre deze sporen met de Verdragsbepalingen.'

De zinsnede 'de voorgestelde wijzigingen van artikel 1, lid 2 van de MDR' moet daarbij ruim worden opgevat en omvat zowel de twee toegevoegde artikelleden als het

27 Dat gebeurt pas op verzoek van Frankrijk op 6 februari 1988 (4599/89; gezien het documentnummer was de correcte datum dus zelfs 6 februari 1989). Griekenland wenste een uitzonderingspositie ten aanzien van de antimisbruikbepaling (4769/89 van 22 februari 1989). Nederland wenste een verduidelijking in de Raadsnotulen dat de antimisbruikbepaling de navorderingsmogelijkheden niet zou raken, met name voor de tijdelijke periode dat de Moeder-dochterrichtlijn effectief was maar terugvordering betrekking zou hebben op de periode daarvoor (6771/89 FISC78 van 25 mei 1989, p. 5-6). Nederland verzocht hier met name om om te voorkomen dat – bij gebreke van deze verklaring – van vaste inrichtingen die vlak voor implementatie van de richtlijn werden omgezet in dochtervennootschappen niet meer kon worden nagevorderd (of anderszins vennootschapsbelasting kon worden geheven). Duitsland had overigens bezwaar tegen dit Nederlandse voorstel. Aan zowel het Griekse als Nederlandse verzoek lijkt overigens niet tegemoet te zijn gekomen, want op 28 april 1989 wordt een politiek akkoord bereikt over de tekst van de antimisbruikbepaling (6219/89 FISC62, p. 6). Een nadere onderbouwing van keuzes of redenen voor de introductie van de antimisbruikbepaling zijn niet opgenomen in de Raadsnotulen.

28 Zie COM(85)360. Zie tevens de raadsdocumenten 7676/84 FISC 57, van 4 juni 1984.

29 Richtlijn 90/435 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lid-Staten, *PbEG* 1990, L225/6.

30 Richtlijn 2015/121, *PbEU* 2015, L21/1.

31 Dat het ook de doelstelling was om de bestaande mogelijkheden om misbruik te bestrijden ongemoeid te laten blijkt ook uit Richtlijn 2015/121, preambule punt 9.

32 Richtlijn 2015/121, preambule punten 3-5.

33 Richtlijn 2015/121, preambule punt 6.

34 Richtlijn 2015/121, preambule punt 8.

35 Zie tevens COM/2013/0814 final - 2013/0400 (CNS).

36 Politiek akkoord over wijziging van de Moeder-dochterrichtlijn, 16435/14 FISC 221 ECOFIN 1157 van 5 december 2014, bijlage 3.

verplaatste oude tweede lid. De richtlijn vervangt immers het oude tweede lid door de nieuwe leden 2, 3 en 4. Het effect van de verklaring van de Commissie is dan ook dat de antimisbruikbepaling de inhoudingsvrijstelling van art. 5 Moeder-dochterrichtlijn raakt, maar in beginsel niet de deelnemingsvrijstelling. De enige uitzondering zou zijn als de deelnemingsvrijstelling in strijd zou zijn met een van de verdragsvrijheden.[37]

4. Toepassing op de deelnemingsvrijstelling

4.1 Inleiding

Naar aanleiding van de Deense zaken heeft Nederland de inhoudingsvrijstelling in de Wet op de dividendbelasting 1965 aangepast.[38] De tussenhoudster (opbrengstgerechtigde) die over voldoende substance beschikt, wordt geacht zakelijk te hebben gehandeld, als gevolg waarvan de inhoudingsvrijstelling van toepassing is. Dit is echter slechts een bewijsvermoeden, waartegen de inspecteur tegenbewijs kan leveren. Omgekeerd geldt hetzelfde: als niet aan de substancevoorwaarden wordt voldaan, kan de opbrengstgerechtigde of inhoudingsplichtige een beroep doen op de inhoudingsvrijstelling als hij aannemelijk maakt dat de opbrengstgerechtigde het belang niet heeft met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van belasting bij een ander te ontgaan, of sprake is van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.[39] Door deze keuze van wetsficties met tegenbewijs leverde de Nederlandse wetgever een mooi staaltje werk: een werkbare antimisbruikbepaling die te allen tijde aansluit bij feiten en omstandigheden van een individuele situatie, en daarmee vermoedelijk de toets aan het EU-recht kan doorstaan.

De Deense zaken riepen daarnaast de vraag op in de Nederlandse literatuur of een vergelijkbare bepaling als in art. 4 lid 12 Wet DB 1965 in de deelnemingsvrijstelling moet worden opgenomen. Dat komt in feite neer op de vraag of de huidige deelnemingsvrijstelling verenigbaar is met het EU-recht na de Deense zaken. Die vraag zal ik trachten te beantwoorden aan de hand van twee wezenlijke vragen: 1. Is de Nederlandse deelnemingsvrijstelling een Unierechtelijk voordeel, en 2. Zo ja, moet de deelnemingsvrijstelling dan worden geweigerd als sprake is van misbruik in de zin van de Deense zaken?

4.2 De deelnemingsvrijstelling als Unierechtelijk voordeel

De eerste vraag is wanneer sprake is van een 'Unierechtelijk voordeel', waar in punt 72 van de Deense zaken naar wordt verwezen. Volgens Zuidhof en Vermeulen is sprake van een Unierechtelijk voordeel als een bepaald nationaal voordeel (deels) zijn grondslag vindt in het Unierecht.[40] Dit kan verschillende verschijningsvormen hebben. Zij concluderen bijvoorbeeld dat een dergelijk voordeel kan ontstaan doordat de kring van begunstigden van een bestaand nationaal voordeel wordt uitgebreid naar niet-ingezetenen (om een inbreuk op het EU-recht op te heffen of te voorkomen), of door te anticiperen op mogelijke nieuwe geharmoniseerde wetgeving.[41]

Daarnaast merken zij terecht op dat het omzetten van richtlijnbepalingen in nationaal recht leidt tot een Unierechtelijk voordeel.[42] Dat kan uiteraard de daadwerkelijke implementatie van een richtlijnbepaling betreffen. Maar het kan ook voorkomen dat een nationaalrechtelijke bepaling reeds bestond die voldeed aan wat een richtlijnbepaling tot doel stelt. Ook dergelijke bepalingen kunnen als Unierechtelijk voordeel worden aangemerkt, ook al zijn ze niet direct het gevolg van daadwerkelijke implementatiehandelingen. Ten aanzien van de deelnemingsvrijstelling kan worden opgemerkt dat deze in laatstgenoemde categorie valt. Bij de implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn heeft de wetgever aangegeven in hoeverre de Nederlandse deelnemingsvrijstelling al voldeed aan wat art. 4 Moeder-dochterrichtlijn beoogde te bereiken.[43] In essentie was de vrijstelling voor deelnemingsdividenden reeds in lijn met de vereisten van de Moeder-dochterrichtlijn.[44] Het feit dat Nederland de door de richtlijn voorgeschreven bezitseis van (oorspronkelijk) 25% ruimer implementeerde door aan te sluiten bij het in binnenlandse situaties reeds geldende 5%-criterium doet niets af aan de conclusie dat de toepassing van de deelnemingsvrijstelling ook indien het belang tussen de 5% en 25% bedraagt als Unierechtelijk voordeel kan worden aangemerkt. In essentie is de deelnemingsvrijstelling in EU-situaties immers het gevolg van de implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn, en Nederland was gehouden het kwalificerende belang te verlagen tot 5% om daarin geen onderscheid te maken tussen binnenlandse en grensoverschrijdende kwalificerende belangen.

Dit kan echter anders zijn voor situaties die niet binnen het bereik van de Moeder-dochterrichtlijn vallen. Daarbij kan worden gedacht aan een EU-moedermaatschappij met een niet in een EU-lidstaat gevestigde dochtervennootschap. Nederland past op, bijvoorbeeld, een dividend uit een dergelijke niet-EU dochtervennootschap ook de deelnemingsvrijstelling toe. Het is de vraag of de deelnemingsvrijstelling in die situaties ook als Unierechtelijk voordeel moet worden bestempeld. Het toepassen van de deelnemingsvrijstelling vloeit hier namelijk niet rechtstreeks voort uit de door de Moeder-dochterrichtlijn opgelegde doelverplichting, omdat die is beperkt tot EU-verhoudingen. In het verlengde daarvan is het de vraag of kan worden gesteld dat Nederland wordt verplicht tot toepassing van de deelnemingsvrijstelling in relatie tot niet-EU-vennootschappen om vast te stel-

37 Zoals Nederland eerder heeft ervaren naar aanleiding van het arrest-Bosal. Zie HvJ 18 september 2003, C-168/01 (Bosal Holdings), ECLI:EU:C:2003:479.

38 Art. 4 lid 12 Wet DB 1965.

39 *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 43-44.

40 H.R. Zuidhof & H. Vermeulen, 'Onder welke omstandigheden dienen nationale voordelen als Unierechtelijke voordelen aangemerkt te worden?', *WFR* 2020/225, p. 1536.

41 Ibid., p. 1533-1534.

42 Ibid., p. 1534.

43 *Kamerstukken II* 1991/92, 22334, nr. 3, p. 1-3.

44 Om die reden lijkt Ravelli overigens te concluderen dat de deelnemingsvrijstelling geen Unierechtelijk voordeel is. Zie A.W. Ravelli, 'Aanpassing deelnemingsvrijstelling niet nodig naar aanleiding van de Deense arresten', *WFR* 2020/150, p. 1037.

len of de deelnemingsvrijstelling op die grond als Unierechtelijk voordeel kwalificeert. Dat is wat mij betreft niet het geval. Nederland paste de deelnemingsvrijstelling immers al toe op niet-EU-deelnemingen. Maar ook als Nederland dat nog niet deed, dan nog hoefde de deelnemingsvrijstelling op grond van het vrije kapitaalverkeer niet te worden uitgebreid naar derdelanden-situaties. Nederland paste de deelnemingsvrijstelling immers al toe voor 1994. Daarmee zou de deelnemingsvrijstelling, als het al een belemmering op het vrije kapitaalverkeer vormde indien derde landen situaties benadeeld werden ten opzichte van binnenlandse deelnemingen, alsnog niet tot een inbreuk leiden vanwege de standstill-bepaling van art. 64 VWEU. Op grond van die bepaling kunnen bepaalde beperkingen op het vrije kapitaalverkeer die al bestonden op 31 december 1993 immers in stand blijven. Ik concludeer dan ook dat, ook al past Nederland de deelnemingsvrijstelling toe in derdelanden-situaties, dit nog niet leidt tot een kwalificatie als Unierechtelijk voordeel waar het derdelanden-situaties betreft, omdat geen enkele bepaling van EU-recht, in de Moeder-dochterrichtlijn noch het VWEU, hiertoe zou verplichten.[45]

Overigens heb ik mij in deze bijdrage beperkt tot het wezen van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling: indien er sprake is van een kwalificerend belang zijn de voordelen uit hoofde van die deelneming niet aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen. Dat lijkt immers in essentie ook te zijn waar de Moeder-dochterrichtlijn toe verplicht. Zoals gezegd, meen ik dat dit in derdelanden-verhoudingen niet zo is. Daarmee hoeft de deelnemingsvrijstelling in derdelanden-situaties dan ook niet op grond van de Deense zaken aan belastingplichtigen te worden onthouden.[46]

4.3 Misbruik in het kader van doel en strekking van de richtlijn

Vervolgens bepaalt het algemene Unierechtelijke antimisbruikbeginsel, zoals dat is uitgelegd in de Deense zaken, dat de Unierechtelijke bepalingen buiten toepassing moeten blijven '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'.[47]

Indien er sprake is van een Unierechtelijk voordeel moet derhalve nog worden beoordeeld of dit voordeel wordt toegepast ter verwezenlijking van de doelstelling van de bepaling.[48] Ten aanzien van het doel van de vrijstelling (of verrekeningsmethode) uit de Moeder-dochterrichtlijn (en daarmee tevens van de deelnemingsvrijstelling in EU-verhoudingen) moet worden opgemerkt dat deze dient ter voorkoming van economische dubbele belasting.

Ook het feit dat de Europese wetgever heeft opgemerkt dat de deelnemingsvrijstelling niet moet worden geraakt door de antimisbruikbepaling uit de Moeder-dochterrichtlijn draagt bij aan de conclusie dat de deelnemingsvrijstelling niet zou moeten worden geweigerd. Het Hof van Justitie oordeelde dat het algemene Unierechtelijke antimisbruikbeginsel kon worden toegepast parallel aan de antimisbruikbepaling van de richtlijn.[49] De richtlijnbepaling die aan de orde was in de Deense zaken leek echter nauwelijks te voldoen aan de bestrijding van misbruik en is daarom inmiddels aangevuld. Bovendien heeft de richtlijngever, in tegenstelling tot de oude antimisbruikbepaling, ten aanzien van de nieuwe regeling expliciet opgemerkt dat de misbruik-discussie de nationale deelnemingsvrijstellingen niet zou moeten raken (tenzij die een belemmering van het EU-recht betekenen). Het is dan ook nog maar de vraag of het Europese antimisbruikbeginsel dergelijke expliciete uitlatingen ten aanzien van de voorkoming van misbruik zomaar opzij kan zetten, aangezien de uitlatingen van de Europese Commissie duidelijk het doel en bereik van de specifieke antimisbruikbepaling schetsen.

In het verlengde hiervan kan nog worden verwezen naar de structuur van de richtlijn. Als sprake is van een winstuitdeling tussen twee kwalificerende vennootschappen heeft dat tot gevolg dat (i) de lidstaat van de ontvanger voorkoming van dubbele belasting moet verlenen door middel van een vrijstellings- of verrekeningsmechanisme en (ii) de lidstaat van de betaler een inhoudingsvrijstelling moet toepassen. Dat mechanisme is vergelijkbaar met de gekozen methodiek onder belastingverdragen.[50] Art. 10 OESO-Modelverdrag luidt, voor zover relevant, als volgt:

'1. Dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.

2. However, dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State may also be taxed in that State according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed:

a) 5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends throughout a 365 day period that includes the day of the payment of the dividend (for the purpose of computing that period, no account shall be taken of changes of ownership that would directly result from a corporate reorganisation, such as a merger or divisive reorganisation, of the company that holds the shares or that pays the dividend);

b) 15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases.'

45 Zie tevens A.W. Ravelli, 'Aanpassing deelnemingsvrijstelling niet nodig naar aanleiding van de Deense arresten', *WFR* 2020/150, p. 1038.

46 In tegenstelling tot M.T.M. Hennevelt, 'De Deense misbruikzaken en de deelnemingsvrijstelling: aanpassing geboden', *MBB* 2020/3-9, p. 121.

47 T Danmark, punt 72.

48 In dit geval van art. 4, lid 1, onderdeel a, Richtlijn 2011/96.

49 T Danmark, punt 77.

50 Hoewel ik besef dat art. 10 OESO-Modelverdrag niet is gericht op het voorkomen van economische dubbele belasting.

In deze bepaling geldt dat het primaire heffingsrecht ligt bij de ontvanger, maar deze is vervolgens doorgaans verplicht om op grond van art. 23A of 23B OESO-Modelverdrag voorkoming van dubbele belasting te verlenen. Daarnaast is de bronstaat bevoegd om een bronbelasting in te houden, maar deze moet een verlaagd tarief toepassen (in tegenstelling tot de inhoudingsvrijstelling van de richtlijn) in kwalificerende gevallen. Uiteraard zijn de opzet en het doel van de dividendbepaling in het belastingverdrag anders dan die in de Moeder-dochterrichtlijn, maar de structuur van belastingverdrag en richtlijn zijn wel vergelijkbaar. De richtlijngever lijkt dan ook ter inspiratie voor de Moeder-dochterrichtlijn te hebben geput uit de structuur die de lidstaten al kenden uit belastingverdragen.[51]

Eén element van die vergelijking wil ik er expliciet uitlichten: de voorwaarde van uiteindelijk gerechtigdheid. In het OESO-Modelverdrag wordt de voorwaarde gesteld dat de ontvanger van het dividend de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is. Deze voorwaarde ten aanzien van de ontvanger van het dividend wordt echter uitsluitend gesteld om in de bronstaat het verlaagde tarief toe te kunnen passen. Het heeft verder verdragsrechtelijk geen effect op de allocatie van heffingsbevoegdheid aan de staat van de ontvanger, noch op de toekenning of toepassing van voorkoming van dubbele belasting door de ontvanger. In het verlengde daarvan ligt de discussie onder de Moeder-dochterrichtlijn. De richtlijn kent geen voorwaarde van uiteindelijk gerechtigdheid. Maar zoals in paragraaf 2.2 al uiteengezet, lijkt het Hof van Justitie het algemene Unierechtelijke antimisbruikbeginsel wel zodanig in te vullen dat het feitelijk zeer sterk vergelijkbaar is met een voorwaarde van uiteindelijk gerechtigdheid.[52] Een dergelijke invulling van het Europese antimisbruikbeginsel zou dan ook enkel effect moeten hebben op die bepalingen waarvoor uiteindelijk gerechtigdheid (of een equivalent daarvan) als voorwaarde wordt gesteld. In relatie tot de Moeder-dochterrichtlijn (of de qua opzet vergelijkbare Interest & Royalty-richtlijn) zou dat uitsluitend een beperking van de inhoudingsvrijstelling tot gevolg hebben en zou het de deelnemingsvrijstelling niet moeten raken.

Terugkerend naar de Deense zaken betekent dat in feite dat als tussen een niet-EU-moedermaatschappij en een EU-dochtervennootschap een nieuwe EU-vennootschap wordt tussengeschoven omdat die is gevestigd in een land met een (gunstiger) belastingverdrag met de niet-EU-lidstaat, de inhoudingsvrijstelling over de dividenduitkering tussen de EU-vennootschappen geweigerd mag worden. De tussengeschoven vennootschap wordt immers alleen tussengevoegd om formeel aan de eisen van de Moeder-dochterrichtlijn te voldoen en kwalificeerde, althans in de Deense zaken, niet als de uiteindelijk gerechtigde (ook al heeft het HvJ die term uitstekend weten te vermijden). Ook Douma lijkt deze conclusie te ondersteunen als hij de kern van de Deense zaken samenvat: 'Uiteindelijk gaat het om de vraag of het doel van de tussenvennootschap is om zonder wezenlijke economische bestaansreden bronbelastingvrij dividend en rente te ontvangen teneinde deze vrij van bronbelasting [onderstreept, JK] uit de Europese Unie te kunnen wegsluizen.'[53] Daarmee beperkt Douma het bereik van de Deense zaken in eerste instantie tot de toepassing (of weigering) van de inhoudingsvrijstelling. In essentie hoeft de deelnemingsvrijstelling dan ook naar mijn mening niet geweigerd te worden, ook al is het (in EU-verhoudingen) een Unierechtelijk voordeel.

Ook in de spiegelbeeldige situatie van de Deense zaken zou wat mij betreft de conclusie moeten zijn dat de deelnemingsvrijstelling niet geweigerd hoeft te worden. Douma beschrijft daarbij de volgende situatie: een moedermaatschappij gevestigd in een EU-lidstaat wil deelnemen in een buiten de EU gevestigde dochtervennootschap waarvoor geen recht op lokale deelnemingsvrijstelling bestaat (de Moeder-dochterrichtlijn geldt niet in een dergelijk geval). Teneinde het te verwachten dividend alsnog belastingvrij de EU in te kunnen sluizen, wordt een vennootschap tussengeschoven in een EU-lidstaat met een ruime deelnemingsvrijstelling.[54] Hij concludeert dat indien de tussengeschoven vennootschap uitsluitend is tussengeschoven om gebruik te kunnen maken van de deelnemingsvrijstelling, de deelnemingsvrijstelling alsnog geweigerd zou moeten worden.[55] Ik ben dat niet met hem eens, althans niet op basis van de Deense zaken. De deelnemingsvrijstelling is immers in de relatie tussen de tussengeschoven EU-vennootschap en diens niet-EU dochtervennootschap geen Unierechtelijk voordeel (zie paragraaf 4.2) en daardoor hoeft de deelnemingsvrijstelling niet op grond van het Unierechtelijke antimisbruikbeginsel te worden geweigerd. En, zoals eerder opgemerkt, ook als de kleindochtervennootschap wel in de EU gevestigd zou zijn geweest en de deelnemingsvrijstelling dus wel als Unierechtelijk voordeel kan worden aangemerkt, moet het probleem naar mijn mening in essentie uitsluitend door de bronstaat worden opgelost door de inhoudingsvrijstelling te weigeren. Het EU-recht kan dan ook geen dam opwerpen tegen de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

5. Conclusie

Het laatste woord zal er nog niet over gezegd zijn. De staatssecretaris onderzoekt immers nog of de Nederlandse deelnemingsvrijstelling, net als de inhoudingsvrijstelling in

51 Zie bijvoorbeeld Raadsdocument 5493/89 FISC36 van 14 maart 1989, hoewel dat met name de definitie van het begrip 'kapitaal' betrof.

52 Sommige auteurs lezen in het arrest dan ook een impliciete voorwaarde van uiteindelijk gerechtigdheid voor de Moeder-dochterrichtlijn. Zie bijvoorbeeld O.C.R. Marres & I.M. de Groot, 'Bestrijding van misbruik door doorstromers', *WFR* 2020/209, p. 1429.

53 S. Douma, *BNB* 2020/9, punt 9.

54 S. Douma, *BNB* 2020/9, punt 11.

55 S. Douma, *BNB* 2020/9, punt 11. Zie tevens O.C.R. Marres & I.M. de Groot, 'Bestrijding van misbruik door doorstromers', *WFR* 2020/209, p. 1434, en M.T.M. Hennevelt, 'De Deense misbruikzaken en de deelnemingsvrijstelling: aanpassing geboden', *MBB* 2020/3-9, p. 121.

de Wet op de dividendbelasting 1965, aanpassing behoeft naar aanleiding van de Deense zaken.[56]

Als we de deelnemingsvrijstelling als uitgangspunt nemen en onderzoeken of deze in overeenstemming is met de Deense zaken, dan luidt mijn antwoord bevestigend. Op basis van de Deense zaken moet Nederland Unierechtelijke voordelen weigeren als zij in strijd met het doel van de richtlijn (lees: kunstmatig) worden verkregen. Door de verwijzing naar Unierechtelijke voordelen verengt de discussie zich naar mijn mening tot intra-EU-situaties. In dergelijke situaties kan de deelnemingsvrijstelling worden aangemerkt als Unierechtelijk voordeel, omdat ze is aangemerkt als de regeling die conform de Moeder-dochterrichtlijn moest bestaan (ook al bestond deze reeds in de Nederlandse wetgeving). Maar ook dan is nog maar de vraag of deze in strijd met het doel van de richtlijn wordt toegepast. De Europese wetgever heeft immers benadrukt dat de antimisbruikregeling uit de richtlijn zelf niet bedoeld is om in te grijpen op de deelnemingsvrijstelling. In het verlengde daarvan zou het dan bevreemden dat het rechtsbeginsel uit de Deense zaken er wel effect op zou moeten hebben. Bovendien heeft het Hof van Justitie het antimisbruikbeginsel zodanig ingekleurd in de Deense arresten dat ze nauw aansluit bij een soort uiteindelijk gerechtigde toets. Aangezien uiteindelijk gerechtigdheid doorgaans slechts voor de toepassing van de verlaagde tarieven of vrijstelling van bronbelasting wordt toegepast, en niet op de fiscale behandeling van de ontvanger, lijkt het rechtsbeginsel ook inhoudelijk weinig invloed te kunnen hebben op de deelnemingsvrijstelling.

Gezien het voorgaande is het wat mij betreft niet nodig om de deelnemingsvrijstelling uit te breiden met een antimisbruiktoets met eenzelfde bewijslastverdeling als in de Wet op de dividendbelasting 1965. De kans dat Nederland een infractieprocedure op dit punt tegemoet kan zien, lijkt ook klein. Bovendien zou een dergelijke toevoeging aan de toch al behoorlijk uitgebreide deelnemingsvrijstelling, die overigens al diverse (veelal nationale) antimisbruikmaatregelen bevat, de regeling onnodig complex maken. Daarnaast kennen we natuurlijk ook nog de reeds bestaande antimisbruikmaatregel van 'fraus legis', die in feite beoogt hetzelfde effect te hebben. Wat mij betreft, is de deelnemingsvrijstelling derhalve nog steeds 'alive and kicking'.

Over de auteur

Mr. dr. J.J.A.M. Korving

Werkzaam bij Netherlands Knowledge Management van Deloitte Belastingadviseurs BV en tevens als universitair docent belastingrecht verbonden aan de Universiteit Maastricht.

56 *Handelingen II* 2018/19, nr. 3071, p. 8. In antwoord op vraag 20 geeft de staatssecretaris expliciet aan dat voor het antwoord op de vraag of de Deense arresten tot aanpassing van de deelnemingsvrijstelling moet leiden nader onderzoek wordt gedaan en dit mogelijk nadere jurisprudentie behoeft. Dit is bevestigd in *Kamerstukken I* 2020/21, 35430, G, bijlage 2, p. 20.