

# Kwalificerend belang, doorslaggevende zeggenschap en voorwerp van de regeling

Citation for published version (APA):

Korving, J. (2023). Kwalificerend belang, doorslaggevende zeggenschap en voorwerp van de regeling: Hoe EU-proof zijn de Wet bronbelasting 2021 en de liquidatieverliesregeling? *Weekblad Fiscaal Recht*, 7467, 5-12. Article WFR 2023/55.

## Document status and date:

Published: 01/01/2023

## 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](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

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

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

# Kwalificerend belang, doorslaggevende zeggenschap en voorwerp van de regeling

## Hoe EU-proof zijn de Wet bronbelasting 2021 en de liquidatieverliesregeling?

WFR 2023/55

**De wetgever heeft in de Wet bronbelasting 2021 en de liquidatieverliesregeling het begrip 'kwalificerend belang' geïntroduceerd. Dat begrip moet zodanig worden uitgelegd aan de hand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat toepassing van beide regelingen beperkt is tot situaties waarin sprake is van 'doorslaggevende zeggenschap'. Het gevolg daarvan is dat uitsluitend de Europeesrechtelijke vrijheid van vestiging van toepassing zou moeten zijn. Omdat het geografische bereik van beide Nederlandse regelingen beperkt is tot niet-EU-lidstaten kan een beroep op het EU-recht dan niet baten, omdat op derdelandensituaties alleen het vrije kapitaalverkeer van toepassing is. Auteur gaat in deze bijdrage in op de vraag naar de samenloop van de EU-verkeersvrijheden en de toepassing daarvan op het begrip 'kwalificerend belang' in de Wet bronbelasting 2021 en de liquidatieverliesregeling.**

### 1. Inleiding

In de Nederlandse wetgeving is de laatste jaren in verschillende fiscale bepalingen het begrip 'kwalificerend belang' geïntroduceerd om het toepassingsbereik van deze wetgeving of bepalingen in te perken. Denk bijvoorbeeld aan de Wet bronbelasting 2021 en de liquidatieverliesregeling.<sup>2</sup> In beide gevallen wordt het begrip gedefinieerd als 'een belang waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een lichaam kan worden uitgeoefend dat de activiteiten van het lichaam kunnen worden bepaald'.<sup>3</sup>

Deze definitie vloeit voort uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ).<sup>4</sup> De doelstelling van het gebruik van de drempel van het 'kwalificerende belang' is om het potentiële fiscale nadeel voor belastingplichtigen te beperken tot verhoudingen waarin sprake is van doorslaggevende zeggenschap van de aan-

deelhouder in de vennootschap.<sup>5</sup> Indien dit zou leiden tot een verschil in behandeling van grensoverschrijdende situaties ten opzichte van vergelijkbare binnenlandse verhoudingen valt dit volgens de Nederlandse wetgever uitsluitend binnen het bereik van de Europeesrechtelijke vrijheid van vestiging, waarvan het geografische bereik beperkt is tot intra-EU-verhoudingen.<sup>6</sup> Als derhalve sprake is van een belang in of gehouden door een niet-EU-vennootschap kan een beroep op het EU-recht volgens de wetgever niet baten.

In dat kader is het relevant om uiteen te zetten hoe moet worden vastgesteld welke verdragsvrijheid van toepassing is: de tot intra-EU-verhoudingen beperkte vrijheid van vestiging<sup>7</sup> of de tevens in relatie tot derde landen toepasselijke vrijheid van kapitaalverkeer.<sup>8</sup> Het HvJ heeft dat gedeeltelijk uiteengezet in het arrest FII-2.<sup>9</sup> De gegeven uitleg roept echter nog de volgende vragen op: (i) welke elementen spelen een rol bij de vaststelling van de toepasselijke verkeersvrijheid en (ii) is het zo dat wanneer het bereik van een nationaalrechtelijke bepaling is beperkt tot situaties waarin sprake is van doorslaggevende zeggenschap alleen de vestigingsvrijheid op die regeling van toepassing is? Deze bijdrage start met een beschrijving van het arrest FII-2 (onderdeel 2), om vervolgens de belangrijkste elementen te analyseren hoe vast te stellen is binnen welke verdragsvrijheid een wettelijke bepaling valt (onderdelen 3 en 4). Vervolgens wordt nader ingegaan op de toepassing hiervan op de Wet bronbelasting 2021 en de liquidatieverliesregeling en met name op het begrip 'kwalificerend belang' (onderdeel 5) om af te sluiten met een conclusie (onderdeel 6).

### 2. De basis: het arrest FII-2

De zaak FII-2 betrof, voor zover relevant voor deze bijdrage, de fiscale behandeling van dividenden die een in het Verenigd Koninkrijk (VK) gevestigde vennootschap ontving van haar dochtervennootschappen in niet-EU-lidstaten. Naar het recht van het VK werden deze ontvangen dividenden onderworpen aan een hogere heffing dan over binnenlandse dividenden verschuldigd zou zijn geweest.

<sup>1</sup> Jasper Korving is werkzaam bij Netherlands Knowledge Management van Deloitte Belastingadviseurs BV en tevens als universitair docent belastingrecht verbonden aan de Universiteit Maastricht.

<sup>2</sup> Art. 13d Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet VPB 1969).

<sup>3</sup> Art. 13d lid 4 Wet VPB 1969 en art. 1.2 lid 1 onderdeel d Wet bronbelasting 2021.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 4, en Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 6, p. 6.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid., en art. 49 en 63 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

<sup>7</sup> Art. 49 VWEU.

<sup>8</sup> Art. 63 VWEU.

<sup>9</sup> HvJ EU 13 november 2012, C-35/11 (*Test Claimants FII*), ECLI:EU:C:2012:707.

De vraag werd gesteld of dit verschil in behandeling in overeenstemming was met het EU-recht.

Het HvJ diende derhalve te beoordelen of de kwestie binnen het bereik van het vrije kapitaalverkeer gebracht kon worden, aangezien de feitelijke situatie relateerde aan derde landen. Het HvJ overwoog ten eerste dat de fiscale behandeling van dividenden binnen het bereik van zowel de vestigingsvrijheid als het vrije kapitaalverkeer kon vallen.<sup>10</sup> Om vervolgens te bepalen welke vrijheid moest worden toegepast, moest allereerst rekening worden gehouden met het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie.<sup>11</sup> Een nationale wettelijke regeling die alleen van toepassing is op participaties waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, valt onder de vrijheid van vestiging.<sup>12</sup> Nationale bepalingen die van toepassing zijn op participaties die enkel als belegging worden gehouden (zonder dat het de bedoeling is invloed op het bestuur en de zeggenschap van de onderneming uit te oefenen), moeten daarentegen uitsluitend aan het vrije kapitaalverkeer worden getoetst.<sup>13</sup>

Indien het voorwerp van de wetsbepaling echter geen uitsluitend biedt over de toepasselijke verkeersvrijheid, wordt aan de hand van de feiten en omstandigheden beoordeeld welke verkeersvrijheid moet worden toegepast. Indien feitelijk sprake is van doorslaggevende zeggenschap van de aandeelhouder in de dochtervennootschap moet de situatie in beginsel binnen de vrijheid van vestiging worden beoordeeld. Indien de dochtervennootschap zich echter in een niet-EU-lidstaat bevindt kan de kwestie binnen het bereik van het vrije kapitaalverkeer worden gebracht, ongeacht de feitelijke omvang van de participatie.<sup>14</sup>

Uit het arrest FII-2 kan derhalve worden gedestilleerd hoe moet worden vastgesteld welke verdragsvrijheid van toepassing is: (i) op basis van het voorwerp van de regeling en, indien onbeslist, (ii) op basis van de feiten en omstandigheden. In het onderstaande wordt nader op deze twee vragen ingegaan.

### 3. Het bepalen van een verdragsvrijheid: het voorwerp van de regeling

#### 3.1 Introductie

Het HvJ start zijn oordeel met betrekking tot de vraag welke verkeersvrijheid van toepassing is met het beoordelen van 'het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie'.<sup>15</sup> Het is nog niet uitgekristalliseerd wat 'het voorwerp' concreet betekent, maar wel kunnen de contouren van dit begrip worden geschetst (vanaf paragraaf 3.2).

Het beoordelen van het voorwerp van de regeling lijkt niet gebonden aan bepaalde verdragsvrijheden. Met andere woorden, een onderzoek naar het voorwerp om vast te stellen welke verdragsvrijheid in het geding is, komt voor bij (nagenoeg) alle verdragsvrijheden. In recente arresten waarbij de verdragsvrijheid bepaald moet worden, wordt de eerste stap betreffende het voorwerp namelijk expliciet en in het algemeen gekoppeld aan de vrijheden. Het HvJ stelt dat het voorwerp van de regeling relevant is om te bepalen 'of een nationale wettelijke regeling onder de ene dan wel de andere van de door het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheden valt'.<sup>16</sup> Dat het voorwerp inderdaad niet alleen relevant is om te bepalen of er sprake is van vrijheid van kapitaal of van vestiging<sup>17</sup> volgt onder meer uit het arrest *Hervis Sport*. In dat arrest wordt rekening gehouden met het voorwerp om te bepalen of er sprake is van de vrijheid van vestiging, dienstverrichting of het vrije kapitaalverkeer.<sup>18</sup> Mij is niet bekend of er een arrest is waarin het voorwerp van een nationale regeling een rol speelt om te bepalen of er sprake is van vrij verkeer van werknemers respectievelijk goederen, maar naar mijn mening is er ook geen aanleiding om aan te nemen dat ten aanzien van deze vrijheden een andere methode gevolgd zou worden.

#### 3.2 Bepaling van het voorwerp: wettelijk vereist belang

Na de vaststelling dat het voorwerp relevant is voor de vaststelling of een nationale regeling binnen het bereik van een van de verdragsvrijheden valt, moet vervolgens worden bepaald tot toepassing van welke verdragsvrijheid dat voorwerp leidt. In de fiscale literatuur wordt de bepaling van de toepasselijke verdragsvrijheid vaak gekoppeld aan

<sup>10</sup> *Test Claimants FII*, punt 89.

<sup>11</sup> *Test Claimants FII*, punt 90.

<sup>12</sup> *Test Claimants FII*, punt 91. Indien een dergelijke situatie feitelijk een derde-landensituatie betreft, kan het EU-recht dus geen uitkomst bieden, omdat de vestigingsvrijheid niet van toepassing is in derde-landensituaties; zie *Test Claimants FII*, punt 97.

<sup>13</sup> *Test Claimants FII*, punt 92.

<sup>14</sup> *Test Claimants FII*, punten 99-103. Dat betekent overigens niet per se dat in geval van een belang met doorslaggevende zeggenschap in een vennootschap die is gevestigd in een niet-EU-lidstaat altijd sprake is van een inbreuk op het vrije kapitaalverkeer, omdat, bijvoorbeeld, een beroep kan worden gedaan op de standstill-bepaling van art. 64 VWEU. Op grond van die bepaling mogen beperkingen op het vrije kapitaalverkeer ten aanzien van derde landen immers in stand blijven indien zij betrekking hebben op vestigingshandelingen, zoals dividenduitkeringen aan aandeelhouders die een doorslaggevende zeggenschap hebben in de uitkerende vennootschap (en deze beperking al bestond op 31 december 1993).

<sup>15</sup> Sinds 2007 doet het HvJ dit expliciet. Zie voor het eerst in *Lasertec* (HvJ EG 10 mei 2007, C-492/04 (*Lasertec*), ECLI:EU:C:2007:273, punt 19) en twee weken later in *Holböck* (HvJ EG 24 mei 2007, C-157/05 (*Holböck*), ECLI:EU:C:2007:297, punt 22). Daarna onder andere in HvJ EG 17 september 2009, C-182/08 (*Glaxo Wellcome*), ECLI:EU:C:2009:559, punt 36, *Test Claimants FII*, punt 90, HvJ EU 5 februari 2014, C-385/12 (*Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*), ECLI:EU:C:2014:47, punt 21, HvJ EU 3 maart 2020, C-323/18 (*Tesco-Global*), ECLI:EU:C:2020:140, punt 51, en HvJ EU 16 december 2021, gevoegde zaken C-478/19 en C-497/19 (*UBS Real Estate*), ECLI:EU:C:2021:1015, punt 28.

<sup>16</sup> *UBS Real Estate*, punt 28. Zie tevens HvJ EU 17 maart 2022, C-545/19 (*AllianzGI-Fonds*), ECLI:EU:C:2022:192, punten 30-31.

<sup>17</sup> In de fiscale vakliteratuur wordt 'het voorwerp' voornamelijk aangehaald in relatie tot vrijheid van kapitaal en vestiging.

<sup>18</sup> *Hervis Sport*, punten 20-21.

het wettelijk vereiste minimum aandelenbelang.<sup>19</sup> Daarmee wordt de invulling van ‘het voorwerp van de regeling’ in feite beperkt tot het (wettelijk) vereiste aandelenpercentage. Onder die benadering geldt dat als de wettelijke regeling doorslaggevende zeggenschap vereist deze regeling binnen het bereik van de vrijheid van vestiging valt. Er is bij die benadering in ieder geval sprake van doorslaggevende zeggenschap als de wettelijke regeling een belang van meer dan 50% vereist.<sup>20</sup> Ook vereiste belangen van 50% of minder kunnen aanleiding geven tot toepassing van de vestigingsvrijheid.<sup>21</sup> Als – in een prejudiciële procedure – de verwijzende rechter de kwestie overigens beperkt tot situaties waarin een persoon ‘zeggenschap’ heeft over de betreffende belastingplichtige, kan het HvJ zich er ook makkelijk van af maken door op deze grond de kwestie te beperken tot de vestigingsvrijheid.<sup>22</sup> De vraag of sprake is van doorslaggevende zeggenschap is echter niet louter afhankelijk van het vereiste deelnemingspercentage, maar kan ook afhangen van andere elementen, zoals hieronder nader wordt besproken.

Nationale bepalingen die alleen van toepassing zijn op beleggingsdeelnemingen vallen daarentegen uitsluitend onder het vrije verkeer van kapitaal. Concreet zal het hierbij (in ieder geval)<sup>23</sup> gaan om regelingen die alleen van toepassing zijn als het wettelijk vereiste belang minder dan een bepaald percentage bedraagt. In het arrest *Haribo* is geoordeeld dat dit het geval is als een regeling *minder* dan 10% belang vereist.<sup>24</sup> Als een wettelijke regeling geen uitsluitel biedt over het bovenstaande, bijvoorbeeld als ze een minimaal aandelenbelang vereist van minder dan 50% én de geest van het vereiste belang niet duidelijk aanleiding geeft tot het criterium van doorslaggevende zeggenschap (bijvoorbeeld vereiste belangen tussen 5% en 25%), dan biedt het voorwerp geen uitsluitel en moet gekeken worden naar stap 2 (dit komt aan bod in par. 4).

### 3.3 Bepaling van het voorwerp: andere elementen

Het wettelijk vereiste aandelenkapitaal is overigens niet het enige element op basis waarvan het voorwerp van een regeling kan worden bepaald. Zeker als een wettelijke regeling geen aandelenbelang vereist, bepalen andere criteria het voorwerp van de regeling. In de rechtspraak van het HvJ gaat het dan bijvoorbeeld over belastingvrijstellingen voor als beleggingsinstellingen aangemerkte entiteiten. De fiscale behandeling hangt dan af van de fiscale kwalificatie van de entiteit. In dat geval verwijst het HvJ naar de bijlage bij richtlijn 88/361<sup>25</sup> om zijn indicatieve waarde en concludeert dat een dergelijke regeling uitsluitend binnen het kapitaalverkeer valt, omdat de activiteiten van de entiteit vooral bestaan uit beleggingen en exploitatie van onroerende goederen.<sup>26</sup> In vergelijkbare zin vond het HvJ het relevant dat een nationale regeling die zag op de vervreemding van voor bedrijfsmatig gebruik bestemde onroerende zaken binnen het vrije kapitaalverkeer valt, omdat de vastgoedfondsen de onroerende zaken uitsluitend als passieve belegging hadden verworven. De mogelijke toepassing van de vrijheid van vestiging was daarmee ondergeschikt aan het vrije kapitaalverkeer.<sup>27</sup> Datzelfde gold voor een Hongaarse regeling die tot doel had om eerder verworven rechten van vruchtgebruik op landbouwgrond van rechtswege af te schaffen. Ook in die context verwees het HvJ naar de bijlage bij richtlijn 88/361 en de bijbehorende verklarende aantekeningen om uit te leggen dat de beleggingen in onroerende goederen die verband houden met het verwerven van vruchtgebruik op landbouwgrond binnen het bereik van het vrije kapitaalverkeer kwalificeren. Eventuele inbreuken op de vrijheid van vestiging zouden louter het gevolg zijn van een inbreuk op het vrije kapitaalverkeer.<sup>28</sup>

Een belangrijk arrest op het gebied van het ‘voorwerp van de regeling’ is het arrest *Glaxo Wellcome*. Het arrest handelt over een overdracht van aandelen, waarbij een 95%-aandeelhouder de resterende 5% verwierf. Onder de Duitse regeling werd de waardevermindering van aandelen ten gevolge van winstuitkeringen uitgesloten van de belastinggrondslag van een ingezetenen belastingplichtige als deze belastingplichtige aandelen in een ingezetenen kapitaalvennootschap verkrijgt van een niet-ingezetenen aandeelhouder, terwijl in geval van verkrijging van die aandelen van een ingezetenen aandeelhouder die waardevermindering de belastinggrondslag van de verkrijger zou verminderen. Het HvJ stelde vast dat het vrije kapitaalverkeer mede de overdracht van gevormde vermogenswaarden omvat, waardoor de overdracht van deelnemingen in ingezetenen vennootschappen door niet-ingezetenen beleggers een kapitaalbewe-

19 Zie bijvoorbeeld P.J.J.M. Peeters, ‘Meerderheidsdeelnemingen: bestaat er een rangorde tussen art. 43 en 56 EG?’, *WFR* 2007/777; Peeters gaat in zijn bijdrage overigens nog wel in op de relevantie van het doel van de wettelijke regeling. In dat licht kan dan ook relevant zijn dat, zoals betoogd in paragraaf 5.2, het Nederlandse begrip ‘kwalificerend belang’ alleen is geïntroduceerd in de Wet bronbelasting 2021 om een inbreuk op het vrije kapitaalverkeer te voorkomen. Wellicht is dat dan onvoldoende ten aanzien van het daadwerkelijke doel van de belasting. Zie genuanceerder E. Nijkeuter en M. de Wilde, ‘Met de kennis van nu...’ (deel 1), *WFR* 2013/138.

20 Onder meer *Hervis Sport*, punten 20-28. Zie tevens HvJ EU 13 maart 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group*), ECLI:EU:C:2007:161.

21 Zoals in het arrest *Lasertec*, waarin het HvJ EU aangaf dat het vereiste 25%-belang uitgelegd in de geest van de toepasselijke Duitse wetgeving gelijkgesteld moest worden met de voorwaarde van doorslaggevende zeggenschap en daarmee binnen het bereik van de vestigingsvrijheid viel. Zie *Lasertec*, punten 21-22.

22 Zie onder andere *Tesco-Global*, punt 53.

23 Mogelijk niet uitsluitend, er is hier nog niet veel over bekend.

24 HvJ EU 10 februari 2011, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08 (*Haribo*), ECLI:EU:C:2009:17, met name punten 35-36.

25 Deze richtlijn reguleerde het vrije kapitaalverkeer binnen de EU tot het moment dat het per 1994 als volwaardige verkeersvrijheid in het toenmalige EG-verdrag werd opgenomen.

26 HvJ EU 7 april 2022, C-342/20 (*A SCP1*), ECLI:EU:C:2022:276, punten 38-41.

27 *UBS Real Estate*, punten 32-33.

28 HvJ EU 6 maart 2018, C-52/16 en C-113/16 (*Sergo*), ECLI:EU:C:2018:157, punten 52-57.

ging in de zin van richtlijn 88/361 en van de nomenclatuur bij die richtlijn vormt.<sup>29</sup> Omdat de Duitse regeling niet expliciet is beperkt tot situaties waarin sprake is van een beslissende zeggenschap in de overgedragen deelneming – met andere woorden, er wordt wel een belang vereist, maar geen belang van een bepaalde omvang – werd toepassing van de vrijheid van vestiging slechts van ondergeschikt belang geoordeeld.<sup>30</sup>

Anders oordeelde het HvJ in de zogenoemde ‘golden share’-zaken, waarin een lidstaat doorgaans een zeer beperkt belang in een vennootschap hield, maar waaraan wel het recht was verbonden om bijvoorbeeld besluiten te blokkeren of bestuurders te benoemen. In die gevallen viel de situatie, ondanks het geringe belang, juist binnen het bereik van de vestigingsvrijheid.

Andere elementen die van belang kunnen zijn om te bepalen wat het voorwerp van een wettelijke regeling is ter bepaling van de toepasselijke verkeersvrijheid betreffen de omzet behaald door vennootschappen met een bepaalde machtspositie op de markt,<sup>31</sup> het aantrekken van leningen bij in andere lidstaten gevestigde personen,<sup>32</sup> het verkrijgen van rentesubsidie indien leningen zijn aangetrokken bij binnenlandse banken,<sup>33</sup> het vestigen van hypotheekleningen,<sup>34</sup> de verwerking van schuldbewijzen van een lening op de euro-obligatiemarkt,<sup>35</sup> en het aantrekken van door andere lidstaten uitgegeven staatspapieren.<sup>36</sup>

### 3.4 Tussenconclusie

De bepaling van het voorwerp van de wettelijke regeling om vast te stellen onder welke verdragsvrijheid een bepaalde situatie valt, is zeer relevant. Dat is uiteraard met name het geval wanneer een wettelijke regeling wordt toegepast op een situatie met een niet-EU-lidstaat. Indien immers wordt vastgesteld dat het voorwerp van de regeling uitsluitend relateert aan de vrijheid van vestiging, is daarmee de EU-rechtelijke kous af wanneer het feitelijk de relatie met een niet-EU-lidstaat betreft. De vrijheid van vestiging is namelijk niet van toepassing op die zogenoemde derde-landensituaties.

Ter vaststelling van het voorwerp kan worden gekeken naar het vereiste aandelenbelang. Indien als gevolg daarvan een wettelijke bepaling slechts van toepassing is op verhoudingen waar doorslaggevende zeggenschap wordt

vereist, lijkt uitsluitend de vestigingsvrijheid van toepassing. Hierbij dient te worden opgemerkt dat ook wettelijk vereiste belangen van 50% of minder kunnen leiden tot het hebben van doorslaggevende zeggenschap.

Hoewel een gekwantificeerd minimumpercentage doorgaans als uitgangspunt wordt genomen bij de vaststelling van de toepasselijke verkeersvrijheid, is uit de rechtspraak van het HvJ ook af te leiden dat een vereist aandelenbelang niet altijd als enige kenmerk wordt meegenomen. Er zijn situaties waarin een aandelenbelang wordt vereist, maar waar aan andere kenmerken voorrang wordt gegeven voor de vaststelling van de kwalificerende verdragsvrijheid. Hiertoe wordt dan vaak verwezen naar de oude kapitaalrichtlijn 88/361, de bijlage daarbij en de verklarende aantekeningen bij die bijlage. Op die bijlage voorkomende situaties kunnen dan toch binnen het bereik van het kapitaalverkeer vallen. Het betreft in dit soort kwesties echter wel meestal situaties waarin weliswaar het houden van aandelen is vereist, maar waarbij geen minimum belang is gedefinieerd.<sup>37</sup> Daarom moet wellicht worden gesteld dat wanneer een minimumpercentage wordt gehanteerd in essentie daarbij moet worden aangesloten, terwijl uitsluitend bij het ontbreken daarvan (inclusief de situatie waarbij alleen de aanwezigheid van een aandelenbelang wordt vereist zonder dat nader te kwantificeren) ook andere elementen in aanmerking kunnen worden genomen.<sup>38</sup> Het HvJ heeft daartoe echter nog geen eenduidig antwoord geformuleerd.

## 4. Het bepalen van een verdragsvrijheid: overige stappen

### 4.1 Twee andere stappen?

De vraag naar het voorwerp van de wettelijke regeling is de belangrijkste vraag om te beantwoorden ter vaststelling van de toepasselijke verkeersvrijheid. Toch zijn er nog twee andere kwesties die aandacht verdienen: (i) moet nog een voorvraag worden beantwoord voordat men toekomt aan de bepaling van het voorwerp van de regeling? en, (ii) als het voorwerp van de regeling geen definitief uitsluitsel biedt, wat zijn dan de relevante feiten en omstandigheden?

### 4.2 Is er een voorvraag?

De eerste kwestie betreft de vraag of er nog een voorvraag moet worden beantwoord voordat men toekomt aan de vaststelling van het voorwerp van de regeling. Alvorens in te gaan op de vraag welke verdragsvrijheid van toepassing is in een fiscale kwestie betreffende grensoverschrijdende dividenduitkeringen, stelt het HvJ doorgaans eerst vast ‘dat de fiscale behandeling van dividenden die door dergelijke vennootschappen worden uitgekeerd, niet alleen on-

<sup>29</sup> *Glaxo Wellcome*, punten 41–43.

<sup>30</sup> *Glaxo Wellcome*, punt 49.

<sup>31</sup> Zie onder andere HvJ EU 2 september 2020, C-719/18 (*Vivendi*), ECLI:EU:C:2020:627.

<sup>32</sup> Zie onder andere HvJ EG 14 oktober 1999, C-439/97 (*Sandoz*), ECLI:EU:C:1999:499.

<sup>33</sup> HvJ EG 14 november 1995, C-484/93 (*Svensson en Gustavsson*), ECLI:EU:C:1995:379.

<sup>34</sup> HvJ EG 16 maart 1999, C-222/97 (*Trummer en Mayer*), ECLI:EU:C:1999:143.

<sup>35</sup> HvJ EG 26 september 2000, C-478/98 (*Commissie v. België*), ECLI:EU:C:2000:497.

<sup>36</sup> HvJ EU 7 april 2011, C-20/09 (*Commissie v. Portugal*), ECLI:EU:C:2011:214.

<sup>37</sup> Zie onder andere *Glaxo Wellcome*.

<sup>38</sup> Zie tevens HvJ EU 13 maart 2014, C-375/12 (*Bouanich*), ECLI:EU:C:2014:138.

der art. 63 VWEU, maar ook onder art. 49 VWEU kunnen vallen'.<sup>39</sup>

Deze rechtsoverweging kan op twee manieren worden opgevat, namelijk als vaststelling of als 'conditio sine qua non'. Wanneer het HvJ deze overweging gebruikt als vaststelling dat dividenden onder beide verdragsvrijheden kunnen kwalificeren, kan het HvJ daarna inderdaad verdergaan door te onderzoeken wat het voorwerp van de wettelijke regeling exact is om de daadwerkelijk toepasselijke verdragsvrijheid vast te stellen. Het HvJ zal dan vervolgens uitleggen waarom de situatie onder beide verdragsvrijheden kan vallen, alvorens te concluderen welke verdragsvrijheid voorrang zal hebben. Deze gang van zaken roept echter wel de vraag op waarom een dergelijke vaststelling van de mogelijke toepasbaarheid van meerdere verdragsvrijheden bij andere zaken dan die betreffende dividenden niet wordt gehanteerd. In die andere kwesties waar verkeersvrijheden mogelijk samenlopen, gaat het HvJ direct in op de vraag naar het voorwerp van de nationale regeling.<sup>40</sup>

Dit kan suggereren dat de vraag naar de mogelijke toepassing van meerdere verdragsvrijheden een 'conditio sine qua non' is. Dat zou als consequentie kunnen hebben dat in gevallen waarin, bijvoorbeeld, de aard van de regeling (niet te verwarren met 'het voorwerp van de regeling') duidelijk ziet op slechts één van de verkeersvrijheden, en waarin dus niet kan worden vastgesteld dat de fiscale behandeling van de betreffende kwestie onder twee of meer verkeersvrijheden kan vallen, men ook niet toekomt aan de samenloopdiscussie. Hoewel deze laatste lezing niet voor de hand ligt, kan deze evenmin worden uitgesloten. Het zou echter ook zo maar kunnen zijn dat het HvJ in niet-dividendprocedures minder gestructureerd te werk is gegaan door niet eerst vast te stellen dat meerdere vrijheden van toepassing zouden kunnen zijn alvorens in te gaan op de discussie. In oudere jurisprudentie legde het HvJ de vaststelling dat meerdere vrijheden van toepassing konden zijn, overigens vaker pas uit nadat werd gesteld dat moest worden onderzocht wat het voorwerp van de regeling was.<sup>41</sup> Dat suggereert tevens dat geen sprake is van een separate voorvraag.

### 4.3 Feiten en omstandigheden

Indien niet op grond van het voorwerp van de wettelijke regeling kan worden vastgesteld welke verdragsvrijheid van toepassing is, moet worden gekeken naar de feiten en omstandigheden. Dit zal dus met name kwesties betreffen waarin de nationale regeling geen bepaalde mate van doorslaggevende zeggenschap vereist. Dat kan zijn omdat het

gestelde minimumbelang zowel ziet op situaties van doorslaggevende zeggenschap als op belegingskwesties.

Indien het HvJ op basis van de feiten en omstandigheden de toepasselijke verkeersvrijheid moet vaststellen, zal eerst worden gekeken naar, indien relevant, het feitelijke deelnemingspercentage. In essentie vallen situaties waarin de aandeelhouder meer dan 50% van de aandelen of stemrechten houdt binnen het bereik van de vestigingsvrijheid,<sup>42</sup> maar ook lagere belangen kunnen kwalificeren.<sup>43</sup> Dat gebeurde bijvoorbeeld in het arrest *Truck Center*, waarin het verlaagde bronbelastingtarief op rente van toepassing was wanneer de uiteindelijk gerechtigde een belang van ten minste 25% hield in de betalende vennootschap. Zonder in te gaan op de vraag of het voorwerp van de regeling daarmee al binnen de vrijheid van vestiging zou vallen (zie paragraaf 3) oordeelde het HvJ dat het feitelijk houden van een 48%-belang al voldoende was om tot toepassing van de vestigingsvrijheid te komen.

Indien het feitelijk echter een relatie met een derde land betreft, zal het HvJ steeds toetsen aan het vrije kapitaalverkeer, zelfs wanneer feitelijk sprake is van doorslaggevende zeggenschap.<sup>44</sup> In dat geval kan de standstillbepaling van art. 64 VWEU, die bestaande belemmeringen op het gebied van (onder andere) vestiging toelaat, uitkomst bieden om via die weg alsnog tot handhaving van de beperking op het vrije kapitaalverkeer te concluderen.

Ten overvloede zij opgemerkt dat onder omstandigheden ook aan meer dan één verdragsvrijheid kan worden getoetst. Dit doet zich echter voornamelijk voor in situaties waarin (i) een nationale bepaling een relatief laag deelnemingspercentage vereist en (ii-a) uit de feiten en omstandigheden niet duidelijk is of sprake is van doorslaggevende zeggenschap, dan wel (ii-b) dat het feitelijk zowel situaties van doorslaggevende zeggenschap als niet-doorslaggevende zeggenschap betreft.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> A SCPI, punt 44. Zie tevens *Test Claimants FII*, punt 89.

<sup>40</sup> Zie bijvoorbeeld *Tesco-Global*.

<sup>41</sup> HvJ EG 26 maart 2009, C-326/07 (*Commissie v. Italië*), ECLI:EU:C:2009:193, punten 32-39.

<sup>42</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 7 september 2006, C-470/04 (N), ECLI:EU:C:2006:525, r.o. 27 (100%; hoewel het hier de samenloop met het burgerschap van de Unie betrof), *Lasertec*, punt 23 (66,66%; hoewel hier al op grond van de geest van de Duitse wet was vastgesteld dat het vereiste 25%-belang gelijkgesteld kon worden met het houden van doorslaggevende zeggenschap), en HvJ EU 21 januari 2010, C-311/08 (SGI), ECLI:EU:C:2010:26, punten 34-35 (65%; maar ook hier was al bevestigd dat de wettelijke bepaling slechts van toepassing was op situaties waarin tussen betrokken vennootschappen sprake was van een 'band van wederzijdse afhankelijkheid').

<sup>43</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 22 december 2008, C-282/07 (*Truck Center*), ECLI:EU:C:2008:762, punten 27-28, en SGI, punten 34-35 (34%; maar zie tevens vorige voetnoot).

<sup>44</sup> Zie onder andere *Test Claimants FII*, punten 94, 99 en 103.

<sup>45</sup> Zie onder andere HvJ EU 15 september 2011, C-310/09 (*Accor*), ECLI:EU:C:2011:581, punten 29-38. Hier betrof het overigens de situatie dat de verwijzende rechter geen nadere feiten en omstandigheden had geschetst, maar het HvJ lijkt het aannemelijk te vinden dat de regeling feitelijk aan beide verdragsvrijheden kon worden getoetst.

## 5. Nederlandse regelingen

### 5.1 Kwalificerend belang in de Nederlandse wetgeving

Sommige Nederlandse belastingregelgeving kan alleen van toepassing zijn als sprake is van een 'kwalificerend belang'.<sup>46</sup> Hierbij kan worden gedacht aan de Wet bronbelasting 2021, waarbij betalingen van rente en royalty's aan personen die een kwalificerend belang houden in de betalende vennootschap, onderworpen zijn aan een bronbelasting. Ook kan worden gedacht aan de liquidatieverliesregeling, waarbij de aftrek van liquidatieverliezen boven € 5 miljoen niet is toegestaan wanneer de moedermaatschappij, onder andere, geen kwalificerend belang houdt in de geliquideerde vennootschap. De definitie van het begrip 'kwalificerend belang' is ontleend aan jurisprudentie van het HvJ over de vrijheid van vestiging.<sup>47</sup> Het lijkt dan ook de wens van de wetgever om de toepassing van dit aan het EU-recht ontleende begrip in de Nederlandse wetgeving afhankelijk te maken van de Europese jurisprudentiële ontwikkelingen en die direct te laten doorwerken in de Nederlandse wetgeving. Deze afhankelijkheid beperkt tot op zekere hoogte de Nederlandse fiscale soevereiniteit.<sup>48</sup> Verder is de keuze voor directe doorwerking opvallend omdat – zoals hiervoor duidelijk is geworden – de Europese invulling van het begrip kwalificerend belang nog zeker niet volledig is uitgekristalliseerd. Hierdoor is het toepassingsbereik van de nationale regelingen ook niet volledig helder, wat kan leiden tot rechtsonzekerheid. Daarnaast is het, gezien de casuïstische invulling die het HvJ geeft aan het begrip 'doorslaggevende zeggenschap', de vraag of Nederland het begrip 'kwalificerend belang' wel binnen beide regelingen op dezelfde wijze toe zou moeten en kunnen passen. In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de vraag naar de EU-rechtelijke invulling van het begrip in beide regelingen en rijst de vraag of door de keuze van de wetgever daadwerkelijk de ongewenste EU-rechtelijke implicaties kunnen worden voorkomen.

### 5.2 Wet bronbelasting 2021

De Wet bronbelasting 2021 belast, kort gezegd, rente- en royaltybetalingen vanuit of via Nederland aan opbrengstgerechtigden in laagbelastende jurisdicties of niet-coöperatieve jurisdicties (LBJ's) bij (omgekeerde) hybride entiteiten en in een aantal misbruiksituaties. De wetgever beoogt zo te voorkomen dat Nederland nog langer wordt

gebruikt als toegangspoort naar LBJ's en wil het risico van belastingontwijking door het verschuiven van (Nederlandse) belastinggrondslag naar LBJ's verkleinen.<sup>49</sup> Omdat het geografische bereik van de Wet bronbelasting 2021 is beperkt tot LBJ's, waaronder alleen niet-EU-lidstaten kwalificeren, zou de vraag kunnen worden opgeworpen of dit een inbreuk op het vrije kapitaalverkeer oplevert. Betalingen van rente of royalty's aan opbrengstgerechtigden in Nederland zullen immers niet aan de bronheffing worden onderworpen, terwijl opbrengstgerechtigden in bepaalde derde landen dat mogelijk wel worden. Om de aanspraak op het vrije kapitaalverkeer te voorkomen, is tevens een kwantitatieve voorwaarde gesteld:<sup>50</sup> de bronheffing wordt slechts ingehouden indien de opbrengstgerechtigde een middellijk of onmiddellijk 'kwalificerend belang' houdt. Dit belang kan ook worden gehouden via een derde<sup>51</sup> en/of samen met een samenwerkende groep.<sup>52</sup>

De kwantitatieve voorwaarde moest een potentieel EU-rechtelijk probleem binnen de Wet bronbelasting 2021 voorkomen, aangezien deze wet is gericht op het heffen van een bronheffing uitsluitend in relatie tot LBJ's.<sup>53</sup> De wetgever suggereerde dat indien de bronbelasting ook van toepassing zou zijn in niet-gelieerde verhoudingen of indien voor een criterium zou worden gekozen waarbij eerder sprake is van gelieerdheid dan thans voorgesteld, de bronbelasting naar alle waarschijnlijkheid onder de reikwijdte van de vrijheid van kapitaalverkeer zou vallen.<sup>54</sup> Als dat het geval zou zijn, zou een belastingplichtige bij iedere inhouding van de bronheffing het standpunt in kunnen nemen dat dit EU-rechtelijk niet is toegestaan, omdat de vergelijkbare binnenlandse betaling niet aan de heffing zou worden onderworpen.

Hierbij komt de vraag aan de orde of de introductie van het kwalificerende belang als constitutieve voorwaarde voor de inhouding van bronbelasting daadwerkelijk het beoogde effect heeft. Zoals hierboven uiteengezet dient eerst te worden bepaald wat het voorwerp van de Nederlandse regeling is. Daarin wordt, in overeenstemming met de rechtspraak van het HvJ, in ieder geval meegenomen dat doorslaggevende zeggenschap wordt vereist, wat impliceert dat de regeling binnen het bereik van de vestigingsvrijheid valt (zoals de wetgever beoogde).

Toch dient mogelijk ook nog naar de andere elementen te worden gekeken, zoals onder andere volgde uit *Glaxo Wellcome*. Ook daar werd een (overigens niet gekwantifi-

46 Art. 1.2 lid 1 onderdelen c en d Wet bronbelasting 2021 en art. 13d lid 2 onderdeel a onder 1° en lid 4 Wet VPB 1969.

47 *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 4, en *Kamerstukken II* 2020/21, 35568, nr. 3, p. 6.

48 Iets conceptueel vergelijkbaars is recent gebeurd met het begrip 'vaste inrichting' (VI). In een aantal gevallen werkt het VI-begrip uit art. 5 OESO-modelverdrag direct door naar Nederlandse belastingwetten. Zie uitgebreider hierover R.P. van den Dool & J. Verkerk, 'Het MLI en de vaste inrichting', *TFO* 2018/159.2. Zij relateren deze discussie overigens aan art. 15e Wet VPB 1969 en een destijds mogelijke introductie van een algemeen VI-begrip in de AWR, maar dat effect is vergelijkbaar en kan naar mijn mening tevens worden gerelateerd aan de nadien geïntroduceerde VI-definitie in art. 3 lid 4 Wet VPB 1969.

49 *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 1-2. Er zijn aanwijzingen dat de Wet bronbelasting 2021 ook daadwerkelijk bijdraagt aan deze doelen (doeltreffendheid). Zie hiervoor P. Moore & A. Berkenbos, *De doorstroom via Nederland in kaart*, De Nederlandsche Bank 2022.

50 *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 4.

51 Mits de derde zowel een (middellijk of onmiddellijk) kwalificerend belang heeft in de opbrengstgerechtigde als de inhoudingsplichtige.

52 Art. 1.2 lid 1 onderdelen c en d Wet bronbelasting 2021.

53 *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 1, en nr. 8, p. 2.

54 *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 4.

ceerd) belang vereist, waarna het HvJ oordeelde dat andere elementen tevens in ogenschouw genomen moesten worden. In relatie tot de Wet bronbelasting 2021 kan worden verwezen naar richtlijn 88/361, de bijlage en verklarende aantekeningen daarbij, met name de punten VIII (financiële leningen en kredieten) en XIII.D (octrooien e.d.). Hoewel die richtlijn in essentie slechts de basis van renten en royaltybetalingen als kapitaalverkeer aanmerkt, dient, naar mijn mening, de vergoeding voor die basis (dus de rente- en royaltybetaling) in die kwalificatie te worden meegetrokken, als gevolg waarvan het voorwerp van de regeling ten minste tevens ziet op kapitaalverkeer (ondanks het vereiste belang).

In vergelijkbare zin oordeelde het HvJ in het arrest *Scheunemann*, waarin het de fiscale behandeling van nalatenschappen betrof, die onder meer een deelneming in kapitaalvennootschappen omvatte.<sup>55</sup> De fiscale behandeling van nalatenschappen kwalificeerde, wederom onder verwijzing naar richtlijn 88/361, als kapitaalverkeer, maar het vereiste minimumbelang van 25% (gelijkgesteld met doorslaggevende zeggenschap) in de betreffende vennootschappen maakte dat mede de vestigingsvrijheid van toepassing was. Het doel van de Duitse wetgeving, inclusief het vereiste minimumbelang, was om de erfgenaam van aanzienlijke deelnemingen in een vennootschap ertoe aan te zetten zich om het bestuur van deze laatste te bekommeren om het voortbestaan van de onderneming en het behoud van de arbeidsplaatsen te verzekeren.<sup>56</sup> Dat doel wordt gewaarborgd doordat de belastingvoordelen met terugwerkende kracht vervallen wanneer de erfgenaam zijn aandelen in de vennootschap binnen vijf jaar, te rekenen vanaf de verkrijging, geheel of ten dele vreemdt.<sup>57</sup> In het arrest *Scheunemann* vormde het vereiste minimumbelang dus een waarborg voor de Duitse wetgever, waardoor het HvJ de kwalificatie van het belang (vestiging) boven de kwalificatie van de nalatenschap (kapitaal) plaatste.

Het is onduidelijk hoe dit arrest zich verhoudt tot de Wet bronbelasting 2021, waarbij ook beide kwalificaties mogelijk zijn: de vergoeding op leningen en intellectuele eigendomsrechten zijn in essentie kapitaalverkeer, maar door het vereiste kwalificerende belang kan toch sprake zijn van toepassing van de vestigingsvrijheid. Hoewel ik er in beginsel naar neig om, mede bij gebrek aan duidelijke arresten van het HvJ, het vereiste belang voorrang te geven in de samenloopdiscussie, kan niet worden uitgesloten dat het vrije kapitaalverkeer toch van toepassing is. De geest van de wetgeving zou immers ook moeten worden beoordeeld. In tegenstelling tot, bijvoorbeeld, het arrest *Scheunemann*, waarin het vereiste aandelenbelang ook duidelijk bijdroeg aan de doelstelling, is het kwalificerende belang

in Nederland eigenlijk alleen opgenomen om buiten het bereik van het vrije kapitaalverkeer te vallen. Toch zijn mogelijk ook in feitelijk vergelijkbare binnenlandse of intra-EU-verhoudingen situaties denkbaar om een bronbelasting op rente- of royaltybetalingen in te houden, bijvoorbeeld omdat sprake is van misbruik. Nu wordt het kwalificerende belang echter alleen als voorwaarde gesteld om het EU-recht buiten de deur te houden, wat, naar mijn mening, niet past in de geest van de interne markt en het EU-recht in algemene zin. Met andere woorden, hoewel een wettelijk vereiste van doorslaggevende zeggenschap de betreffende regeling in de huidige jurisprudentie van het HvJ binnen het toepassingsbereik van de vrijheid van vestiging lijkt te plaatsen, mag dit naar mijn mening geen vrijbrief zijn om specifieke wetgeving gericht op derde landen buiten het bereik van het EU-recht te plaatsen. In dergelijke situaties dienen, naar mijn mening, andere elementen ter vaststelling van het voorwerp van de regeling voorrang te krijgen boven het zeggenschaps criterium. De vraag is dan ook of het 'kwalificerende belang' voldoende is om de bronheffing uitsluitend binnen het bereik van de vestigingsvrijheid te brengen. Wellicht mag het HvJ zich hier nog over uitlaten.

### 5.3 Liquidatieverliesregeling

Het begrip 'kwalificerend belang' komt ook terug in de liquidatieverliesregeling van art. 13d Wet VPB 1969. In de kern bewerkstelligt deze regeling dat een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt nadat de deelneming is ontbonden niet onder de deelnemingsvrijstelling<sup>58</sup> valt en dus aftrekbaar is. Sinds 1 januari 2021 is een liquidatieverlies in minder situaties dan voorheen aftrekbaar, zodat bijvoorbeeld de winsten van multinationals meer evenwichtig worden belast.<sup>59</sup> Concreet is hiervoor onder andere een kwantitatieve voorwaarde ingevoerd: alleen als de belastingplichtige een kwalificerend belang heeft in het ontbonden lichaam (al dan niet tezamen met andere lichamen waarin de belastingplichtige een kwalificerend belang heeft) kan de liquidatieverliesregeling worden toegepast op liquidatieverliezen die € 5 miljoen te boven gaan.<sup>60</sup>

Ook in de liquidatieverliesregeling wordt met de introductie van de voorwaarde van het kwalificerende belang be-

<sup>55</sup> HvJ EU 19 juli 2012, C-31/11 (*Scheunemann*), ECLI:EU:C:2012:481.

<sup>56</sup> *Scheunemann*, punt 27.

<sup>57</sup> *Scheunemann*, punt 28.

<sup>58</sup> Art. 13 Wet VPB 1969.

<sup>59</sup> *Kamerstukken II 2020/21*, 35568, nr. 3, p. 1-2, en Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling, *Stcrt.* 2020, 539. Zie, niet uitputtend, uitgebreider over (het streven van het kabinet naar) een meer evenwichtige belastingheffing voor multinationals: *Kamerstukken II 2018/19*, 35110, nr. 11, en Adviescommissie belastingheffing van multinationals, Op weg naar balans in de vennootschapsbelasting, 15 april 2020. Volledigheidshalve: er is nog niks bekend over de effectiviteit van deze aanpassing.

<sup>60</sup> Art. 13d lid 2 onderdeel a onder 1° Wet VPB 1969. Voor de volledigheid: in de parlementaire geschiedenis van de reorganisatiefaciliteiten in de Wet VPB 1969 komt het begrip 'doorslaggevende zeggenschap' terug (bijvoorbeeld *Kamerstukken II 1997/98*, 25709, nr. 3, p. 7-8, 13 en 16). Hoewel dit qua terminologie ook aansluit bij de jurisprudentie van het HvJ over vrijheid van vestiging, zijn er naar mijn inzicht geen aanwijzingen dat dit bedoeld is of dat het EU-begrip in deze context ook doorwerkt.



oogd dat de voorgestelde beperking enkel onder het bereik van de vrijheid van vestiging valt om te voorkomen dat een belastingplichtige succesvol een beroep kan doen op de vrijheid van kapitaalverkeer om een liquidatieverlies op een geliquideerde deelneming in een derde land in Nederland in aftrek te brengen.<sup>61</sup> De wetgever merkt daarbij op dat de kwantitatieve voorwaarde in lijn is met de jurisprudentie van het HvJ, waarbij kan worden opgemerkt dat de toets of sprake is van doorslaggevende zeggenschap uiteindelijk afhangt van de feiten en omstandigheden van de concrete casus.<sup>62</sup> Door de Raad van State wordt opgemerkt dat de vraag naar de doorslaggevende zeggenschap niet afhangt van een minimum aandelenbelang. Meer expliciet stelt de Raad van State dat een bezit van meer dan 50% van de statutaire stemrechten niet per definitie voldoende is om te kunnen spreken van doorslaggevende zeggenschap en, aan de andere kant, dat soms een 25%-belang in een deelneming juist kan volstaan.<sup>63</sup> De door de Raad van State gevraagde nadere onderbouwing beperkt zich tot een herhaling van eerdere uitlatingen en verduidelijkt verder niet.

Wanneer ten aanzien van de liquidatieverliesregeling zou moeten worden vastgesteld welke verdragsvrijheid van toepassing is, lijkt de benadering anders dan ten aanzien van de Wet bronbelasting 2021, ook al betreft het hetzelfde begrip 'kwalificerend belang'. Bij de introductie van de wettelijke bepaling is opgemerkt dat met de vereiste doorslaggevende zeggenschap alleen de vrijheid van vestiging van toepassing zou moeten zijn. Uiteraard is ook hier het vereiste aandelenbelang een relevant element in de vaststelling van het voorwerp van de regeling. Maar, anders dan bij de Wet bronbelasting 2021, lijken ook de andere elementen veel meer te zien op het houden van een duurzame relatie tussen moeder en dochter. De kwantitatieve voorwaarde is, binnen de bredere liquidatieverliesregeling, immers per definitie slechts van toepassing als er sprake is van een deelneming van de moeder in de dochter die niet als beleggingsdeelneming kwalificeert. Mede daardoor lijkt het voorwerp van de liquidatieverliesregeling naar zijn aard al beperkt tot duurzame relaties waarop de vrijheid van vestiging van toepassing is. Naar mijn mening moet het begrip 'kwalificerend belang' daarom in de liquidatieverliesregeling een ander bereik en invulling hebben dan in de Wet bronbelasting 2021.

## 6. Afsluiting

Door in de Wet bronbelasting 2021 en de liquidatieverliesregeling door middel van het begrip 'kwalificerend belang' te eisen dat er sprake is van doorslaggevende zeggenschap om binnen de heffing te vallen, respectievelijk aan een na-deel voor belastingplichtigen te ontkomen, heeft de wet-

gever getracht te voorkomen dat het vrije kapitaalverkeer kan worden ingeroepen om beide te bestrijden. Door de gestelde eis zou immers slechts de vrijheid van vestiging van toepassing zijn en die werkt alleen in intra-EU-situaties.

Om vast te stellen welke verdragsvrijheid van toepassing is, moet echter naar het voorwerp van de regeling worden gekeken. Een eventueel vereist minimum aandelenbelang wordt daarin meegenomen en sterk gewaardeerd door het HvJ, maar niet kan worden uitgesloten dat ook andere elementen een rol spelen. In eerdere zaken heeft het HvJ een dergelijke afweging moeten maken, waarbij ook de doelstelling van de bepaling moet worden meegewogen.

Vervolgens moet per regeling worden vastgesteld welke verkeersvrijheid uiteindelijk wordt toegepast. Ook al betreft het in de Wet bronbelasting 2021 en de liquidatieverliesregeling hetzelfde begrip 'kwalificerend belang', toch moet per regeling worden beoordeeld wat nu precies het voorwerp van de regeling is. Dat kan ook leiden tot een andere van toepassing zijnde EU-verkeersvrijheid. Naar mijn mening bestaat er met name nog enige discussie ten aanzien van de Wet bronbelasting 2021, vooral door de aard van de betaling als kapitaalverkeer en de gebrekkige materiële motivering voor de noodzaak van het kwalificerende belang – wat in feite alleen is ter uitsluiting van de toepassing van het EU-recht. Als gevolg daarvan zou een meer inhoudelijke beoordeling (betalingen van rente en royalty kwalificeren als kapitaalverkeer) voorrang moeten krijgen boven het argument dat het EU-recht buiten de deur moet worden gehouden. Toch kan niet worden uitgesloten dat het HvJ, als er ooit een zaak van komt, toch eenvoudigweg verwijst naar het vereiste van doorslaggevende zeggenschap, en daarmee van het vereiste minimum aandelenbelang. Maar het kan dan in ieder geval maar duidelijk zijn.

61 *Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 3, p. 6.*

62 *Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 6, p. 6-7.*

63 *Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 4, p. 6.*