

De toekomst van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 als antimisbruikbepaling

1. Inleiding

In deze bijdrage staat de regeling van het buitenlandse aanmerkelijk belang (ab) van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 centraal, in het bijzonder de vraag in hoeverre deze regeling als antimisbruikbepaling toekomstbestendig is vanuit het perspectief van 'rechtmatigheid' daarvan, dat wil zeggen: zij mag niet in strijd zijn met hoger recht (waaronder belastingverdragen en het EU-recht) en verwerkelijking van algemene rechtsbeginselen (waaronder de materiële rechtszekerheid). Rechtmatigheid is een van de kwaliteitseisen die aan de nationale wetgeving gesteld worden.³

Eerst geven wij een kort overzicht van de historische ontwikkeling van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 (par. 2) alsmede de huidige invulling van de in deze bepaling opgenomen antimisbruiktoets (par. 3). Vervolgens komt aan de orde hoe art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 zich verhoudt tot respectievelijk enkele Europeesrechtelijke en verdragsrechtelijke antimisbruikbepalingen en -concepten (par. 4 en 5). Wij sluiten af met een beschouwing over de toekomstbestendigheid en rechtmatigheid van de bepaling (par. 6).

¹ Verbonden aan de VU en Loyens & Loeff.

² Verbonden aan de VU en De Brauw Blackstone Westbroek.

³ De betreffende eisen die aan de nationale wetgeving worden gesteld zijn als 'kwaliteitseisen' neergelegd in de Nota 'Zicht op Wetgeving', *Kamerstukken II* 1990/91, 22008, p. 1-2. Door de diverse kabinetten is hun geldigheid nadien meermalen herhaald; zie de nota 'Wetgevingskwaliteitsbeleid', *Kamerstukken II* 2000/01, 27475, p. 2, de nota 'Bruikbare rechtsorde', *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, 9, p. 10 en de nota 'Vertrouwen in wetgeving', *Kamerstukken II* 2008/09, 31731, p. 1. Deze kwaliteitseisen worden ook toegepast met betrekking tot belastingwetten.

2. Historische ontwikkeling van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969

Op grond van de oorspronkelijke versie van de buitenlandse belastingplicht⁴ was een in het buitenland gevestigde vennootschap in Nederland belastingplichtig voor haar inkomsten uit een door haar gehouden ab in een in Nederland gevestigde vennootschap, op voorwaarde dat het ab niet tot het ondernemingsvermogen behoorde van de buitenlandse vennootschap (ondernemingstoets). Op het eerste gezicht zag deze bepaling niet nadrukkelijk op het bestrijden van misbruik. Uit de achtergrond en de ontwikkeling van deze bepaling blijkt echter dat de buitenlandse belastingplicht voor ab-houders al vanaf de introductie een antimisbruikarakter had, namelijk het voorkomen van belastingvlucht.⁵ Uit latere opmerkingen, onder andere tijdens de herziening van het ab-regime in de inkomstenbelasting in 1997, kan worden afgeleid dat de staatssecretaris art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 zag als antimisbruikbepaling voor het bestrijden van situaties waarin natuurlijke personen een ab inbrengen in een buitenlandse (tax haven) vennootschap teneinde Nederlandse ab-heffing te ontgaan.⁶

Per 1 januari 2012 is in art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 als additionele voorwaarde – naast de ondernemingstoets – opgenomen dat het buitenlandse lichaam het ab houdt met als voornaamste doel of een van de voornaamste doelen het ontgaan van Nederlandse inkomstenbelasting of dividendbelasting⁷ bij een ander. Per 1 januari 2016 is de antimisbruiktoets in art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 in lijn gebracht met de algemene antimisbruikbepaling in de EU Moeder-dochterrichtlijn.⁸ Daarbij is de ondernemingstoets vervallen. Uit de toelichting blijkt echter dat de voormalige ondernemingstoets als het ware is geïncorporeerd in de misbruiktoets. In samenhang met de introductie van de antimisbruikbepaling in de dividendbelasting is de reikwijdte van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 per 1 januari 2018 weer ingeperkt tot situaties waarbij de belastingplichtige een ab houdt met hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van inkomstenbelasting bij een ander te ontgaan.⁹ Het ontgaan van dividendbelasting is hiermee geen factor meer

4 De oorspronkelijke versie van de buitenlandse belastingplicht (in werking van 1 januari 1970 tot en met 31 december 2000) verwees voor het belastbare object integraal naar de Wet inkomstenbelasting 1964, inclusief de ab-regeling. In verband met de invoering van de Wet IB 2001 is de ab-heffing per 1 januari 2001 opgenomen in art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969, destijds zonder inhoudelijke wijziging.

5 Zie o.a. E.A. Brood, 'Aanmerkelijk-belangwinst en buitenlands belastingplichtigen', *WFR* 1990/105. Vgl. ook R.W.G. Rouwers, *Buitenlandse belastingplicht. Drie inkomensbestanddelen in historisch perspectief*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 26 en F.G.F. Peters, *De aanmerkelijkbelang-regeling in internationaal perspectief*, Deventer: Kluwer 2007, p. 85.

6 *Kamerstukken II* 1996/97, 24761, 7, p. 12; *Kamerstukken I* 1996/97, 24761, 62b, p. 17-18. Dit lijkt te maken te hebben met het feit dat in de inkomstenbelasting in 1997 een exitheffing bij emigratie van aanmerkelijkbelanghouders is ingevoerd.

7 Op grond van art. 17 lid 5 Wet VPB 1969 werd geheven naar een effectief tarief van 15% ingeval van het ontgaan van dividendbelasting, waarbij voor het heffingsobject een koppeling werd gelegd met de opbrengst in de zin van de Wet DB 1965.

8 Richtlijn 2015/121/EU van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

9 Deze aanpassing beoogt een collisie te voorkomen met de aanpassingen die in art. 4 Wet DB 1965 zijn doorgevoerd als gevolg van de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling.

binnen art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969.¹⁰ Als gevolg hiervan is de bepaling weer min of meer terug bij de oorspronkelijke doelstelling: het voorkomen van het ontgaan van ab-heffing in de inkomstenbelasting.

3. Antimisbruikarakter en -toets van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 nader beschouwd

3.1. Algemeen

Het antimisbruikarakter van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 is verder bestendigd als gevolg van de implementatie van de algemene antimisbruikregel ofwel GAAR van de Moeder-dochterrichtlijn (per 1 januari 2016).¹¹ De bewoordingen van de GAAR vinden zoveel mogelijk hun weerslag in de toepassingsvoorwaarden van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969. De Staatssecretaris van Financiën veronderstelt dat hiermee ook invulling wordt gegeven aan de principal purpose test (PPT) zoals opgenomen in art. 7 lid 1 MLI en art. 29 lid 9 OESO-Modelverdrag; zie ook par. 5.¹² Een en ander komt tot uitdrukking doordat aan de antimisbruikbepaling van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 een wereldwijde strekking wordt toegekend zodat zij niet beperkt is tot EU-lichamen/ab-houders die bij een mogelijke ontgaansstructuur betrokken zijn.¹³

Op basis van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 is een buitenlandse belastingplichtige die een ab (in de zin van hfdst. 4 Wet IB 2001) heeft in een in Nederland gevestigde vennootschap objectief belastingplichtig voor het belastbare inkomen uit dit ab indien:

- i. de belastingplichtige het ab houdt met als hoofddoel of een van de hoofddoelen de heffing van inkomstenbelasting bij een ander te ontgaan (*de subjectieve toets*; zie ook par. 3.2); en
- ii. sprake is van een kunstmatige constructie of transactie of een reeks van constructies of een samenstel van transacties (*de objectieve toets*).¹⁴

3.2. Subjectieve toets

Voor de subjectieve toets is van belang dat het hoofddoel of een van de hoofddoelen het ontgaan van inkomstenbelasting bij een ander is. Of dat het geval is, wordt bepaald aan de hand van de 'wegdenkgedachte'. Voor deze wegdenkgedachte dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de situatie dat: (a) het buitenlandse lichaam het ab in de in

¹⁰ *Kamerstukken II 2017/18*, 34788, 3, p. 6, 15 en 19 (MvT). Het effectieve tarief van 15% en de koppeling met de opbrengst in de zin van de Wet DB 1965 zijn in dit verband geschrapt.

¹¹ Art. 1 lid 2 en 3 Moeder-dochterrichtlijn. Zie voor een nadere bespreking van de GAAR uit de Moeder-dochterrichtlijn, Q.W.J.C.H. Kok, 'De anti-misbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn', *MBB* 2015/9, p. 277 e.v.; O.C.R. Marres en I.M. de Groot, 'De algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn (deel 1 en 2)', *WFR* 2015/886 en *WFR* 2015/910; S.A. Stevens, 'Aanpassing van de Wet Vpb 1969 per 1 januari 2016 in verband met BEPS', *TvOB* 2016/2, p. 70-74; en M.E. Lukkien, 'Beshouwingen inzake de Nederlandse implementatie van de verplichte algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn', *MBB* 2016, nr. 2, p. 62 e.v.

¹² *Kamerstukken II 2017/18*, 34788, 3, p. 6 (MvT); *Kamerstukken II 2017/18*, 34788, 6, p. 8 en 16 (NV).

¹³ *Kamerstukken II 2017/18*, 34788, 3, p. 5 en 6 (NV). Vgl. ook *Kamerstukken II 2015/16*, 34306, 3, p. 5 (MvT).

¹⁴ *Kamerstukken II 2017/18*, 34788, p. 19 (MvT).

Nederland gevestigde vennootschap houdt; en (b) de achterliggende aandeelhouder(s) van het in het buitenland gevestigde lichaam het belang in de in Nederland gevestigde vennootschap rechtstreeks zouden houden (dus zonder tussenkomst van het in het buitenland gevestigde lichaam).¹⁵ Indien het rechtsreeks houden van het aanmerkelijk belang (sub b) niet zou leiden tot een hogere Nederlandse inkomstenbelastingclaim, dan wordt geen Nederlandse inkomstenbelasting bij een ander ontgaan.¹⁶

Uit de parlementaire toelichting lijkt wel te kunnen worden afgeleid dat, indien de uiteindelijke aandeelhouder een particulier is en bij een direct belang de heffing op grond van een belastingverdrag beperkt is tot 15% (of minder) van de bruto-uitkering, Nederlandse inkomstenbelasting niet wordt ontgaan.¹⁷ Indien het voordeel uit het aanmerkelijk belang uit een vervreemdingsvoordeel bestaat, moet de subjectieve toets op een vergelijkbare manier worden toegepast.¹⁸ Ook dan wordt geen inkomstenbelasting bij een ander ontgaan, indien de Nederlandse inkomstenbelastingclaim over de vervreemdingswinst niet hoger zou zijn dan zonder tussenkomst van de in het buitenland gevestigde vennootschap. Hiervan is dan weer sprake indien het heffingsrecht over de vervreemdingswinst zonder tussenkomst van de in het buitenland gevestigde vennootschap op grond van een belastingverdrag zou zijn toegewezen aan de staat waarvan de natuurlijke persoon inwoner is.

Onduidelijk blijft evenwel hoeveel schakels moeten worden weggedacht. Indien alle schakels moeten worden weggedacht tot uitgekomen wordt bij de uiteindelijke aandeelhouder/natuurlijke persoon, wordt quasi-automatisch aan de subjectieve toets voldaan.¹⁹ Indien bij de wegdenkgedachte ook rekening zou worden gehouden met de PPT – waar het nodige voor te zeggen is –, zou tevens het oogmerk van de aandeelhouder worden meegewogen. Het resultaat daarvan zou zijn dat het vermijden van inkomstenbelasting bij een ander toch zelfstandig moet worden getoetst. Worden de schakels weggedacht tot aan een vennootschap die een materiële onderneming drijft, dan zou de subjectieve toets in feite samenvallen

15 R.P.C. Cornelisse, 'Enige bespiegelingen over art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969', *NtFR* 2018/359 heeft de nodige kritiek op de wegdenkgedachte en noemt in dit verband tevens een aantal inconsistenties. Vgl. ook de conclusie van A-G Wattel 15 juli 2018, nr. 18/00219, ECLI:NL:PHR:2018:830, V-N 2018/49.7, onderdeel 8.3 en 8.4 en G.K. Fibbe en M.J.C. Vedder, 'Enkele beschouwingen omtrent de buitenlandse belastingplicht voor aanmerkelijkbelanghouders', *WFR* 2018/564, onderdeel 4.2.2.

16 *Kamerstukken II* 2017/18, 34788, 6, p. 27 en 28 (NV), *Kamerstukken I*, 34785, 34786, 34787 en 34788, D, p. 24 (NV).

17 Vgl. *Kamerstukken I*, 34785, 34786, 34787 en 34788, D, p. 24 (NV). Hieraan ligt dan, naar ondersteld kan worden, de redenering ten grondslag dat in een dergelijk geval de Nederlandse inkomstenbelastingclaim over de dividenduitkering zonder tussenkomst van het in de woonstaat van de particuliere aandeelhouder gevestigde lichaam niet hoger zou zijn. Dat is dan weer het geval indien de ingehouden dividendbelasting zonder de hiervoor bedoelde tussenkomst verrekend zou kunnen worden met de over die dividenduitkering verschuldigde inkomstenbelasting die op grond van het van toepassing zijnde belastingverdrag wordt beperkt tot 15%.

18 *Kamerstukken I*, 34785, 34786, 34787 en 34788, D, p. 25 (NV).

19 P.G.H. Albert, 'De misbruiktoets van art. 4-3-c Wet DB 1965 en 17-3-b Wet VPB 1969; voorrang gewijzigd?', *NtFR-B* 2018/41, onderdeel 3.1 en D.R. Post en J. Schoenmaeckers, *De Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsplicht* (Fiscaal Actueel), Deventer: Kluwer 2018, onderdeel 5.4.

met de objectieve toets.²⁰ Dit laatste is volgens de Staatssecretaris van Financiën in ieder geval niet de bedoeling, tenzij het gaat om een ondernemingsstructuur; bij een ondernemingsstructuur wordt wel gestopt met wegdenken bij de eerste materiële onderneming in de structuur.²¹ Bij welke schakel in een niet-ondernemingsstructuur het wegdenken stopt, en het waarom daarvan, blijkt niet duidelijk uit de parlementaire toelichting.²² Uiteraard komt dit de rechtszekerheid niet ten goede; er zou betoogd kunnen worden dat zo veel mogelijk aangesloten wordt bij wat geschiedt bij een ondernemingsstructuur, zodat het wegdenken plaatsvindt tot, bijvoorbeeld, het niveau van de tussenschakel.

3.3. *Tegenbewijs*

Naar aanleiding van de hierna nog te noemen arresten van het HvJ EU inzake *Deister Holding* en *Juhler Holding*²³ wordt uitdrukkelijk in een tegenbewijsmogelijkheid voorzien voor belastingplichtigen. De Staatssecretaris van Financiën leidt namelijk hieruit af dat voor de vaststelling of sprake is van een kunstmatige constructie niet kan worden volstaan met het toepassen van vooraf vastgestelde algemene criteria, maar dat per concreet geval alle aspecten van het betreffende geval moeten worden onderzocht.²⁴ Die concrete aspecten zijn bijvoorbeeld de organisatorische, economische en andere relevante kenmerken van het concern waarvan de betrokken moedermaatschappij deel uitmaakt, alsmede de structuur en de strategie van het concern. Art. 2d Uitvoeringsbeschikking VPB 1971 voorziet vanaf 1 januari 2019 uitdrukkelijk in de mogelijkheid dat de belastingplichtige op andere wijze aannemelijk maakt dat sprake is van geldige zakelijke redenen, althans voor tussenschakels.²⁵ Er was overigens aangekondigd dat de substance-voorwaarden die ook voor het rulingbeleid gelden, worden aangescherpt c.q. worden vervangen door een vereiste van economische nexus waaraan het concern moet voldoen.²⁶ Inmiddels is het nieuwe rulingbeleid bekendgemaakt²⁷ met daarbij als bijlage een conceptbesluit waarin economische nexus gekarakteriseerd wordt als bedrijfseconomische activiteiten die in Nederland vervuld worden. Bovendien moeten voor rekening en risico van het lichaam dat de ruling verzoekt bedrijfseconomische operationele activiteiten worden uitgeoefend, waarvoor op concernniveau voldoende relevant personeel in Nederland beschikbaar is, terwijl die activiteiten moeten passen bij de functie van het lichaam binnen het concern.

20 D.R. Post en J. Schoenmaeckers, *De Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsplicht* (Fiscaal Actueel), Deventer: Kluwer 2018, onderdeel 5.4 merken op dat het in beginsel niet relevant is dat een materiële onderneming deel uitmaakt van de keten van vennootschappen indien de uiteindelijke aandeelhouder in die keten is gevestigd in een verdragsland.

21 *Kamerstukken II 2017/18*, 34788, p. 6 en 7 (MvT) en *Kamerstukken II 2017/18*, 34788, 6, p. 23 (NV).

22 P.G.H. Albert, 'De misbruiktoets van art. 4-3-c Wet DB 1965 en 17-3-b Wet VPB 1969; voorrang gewijzigd?', *NtFR-B 2018/41*, onderdeel 3.1.

23 HvJ EU 20 december 2017, C-504/16 en C-613/16 (*Deister Holding* en *Juhler Holding*).

24 In aanvulling op hetgeen is opgemerkt ten aanzien van de tegenbewijsmogelijkheid merkt de Staatssecretaris van Financiën bij de parlementaire toelichting van de Wet Bronbelasting 2020 die later is omgedoopt in de Wet Bedrijfsleven 2019 (nogmaals en explicieter) op dat het aanleggen van de subjectieve en objectieve toets te beperkt is voor een goede vaststelling van misbruik; *Kamerstukken II 2018/19* 35028, 3, onderdeel 3.2 (MvT) en P.G.H. Albert, 'De misbruiktoets van art. 4-3-c Wet DB 1965 en 17-3-b Wet VPB 1969; voorrang gewijzigd?', *NtFR-B 2018/41*, onderdeel 7.

25 *Kamerstukken II 2018/19*, 35030, 7, p. 12 (NV).

26 Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 6 november 2018, 2018-0000185778, V-N 2018/62.7.

27 Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 23 april 2019, 2019-0000063508.

Uit het conceptbesluit (onderdeel 3) lijkt te kunnen worden afgeleid dat deze economische nexus niet gaat gelden voor art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969, zodat daarvoor de hiervoor genoemde substance-voorwaarden vooralsnog blijven gelden.

3.4. *Ab-schuldvorderingen*

Op grond van art. 17a onderdeel c Wet VPB 1969 worden schuldvorderingen op een in Nederland gevestigde vennootschap waarin de gerechtigde tot de schuldvordering een ab heeft als bedoeld in art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969, fictief tot een Nederlandse onderneming gerekend (als tegenhanger van de tbs-regeling in de inkomstenbelasting). De rentebaten uit en vervreemdingsvoordelen op een schuldvordering op een in Nederland gevestigde vennootschap lopen dus mee in de voorwaarden van belastingplicht onder art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969, inclusief de subjectieve toets en de objectieve toets. Deze toetsen zien echter op het ontgaan van inkomstenbelasting ten aanzien van reguliere voordelen en vervreemdingsvoordelen uit ab. Naar onze mening is het niet per definitie logisch dat het heffingsrecht over rente meeloopt ingeval van een ontgaansmotief ten aanzien van box 2-inkomsten (het is immers denkbaar dat een belastingplichtige beoogt box 2-heffing te ontgaan zonder tbs-ontgaansmotief, en andersom). Naar onze mening zou het meer voor de hand liggen een zelfstandige antimisbruiktoets in art. 17a onderdeel c Wet VPB 1969 op te nemen die ziet op het ontgaan van heffing over de inkomsten uit dergelijke schuldvorderingen (al dan niet met behulp van de EU-Rente-en royaltyrichtlijn of belastingverdragen).

4. **EU-rechtelijke implicaties**

4.1. *Richtlijnen*

4.1.1. *Moeder-dochterrichtlijn*

Art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 heeft een duidelijke EU-rechtelijke achtergrond. Uiteraard speelt de implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn een rol (en dan met name de GAAR van art. 1 lid 2 en 3 Moeder-dochterrichtlijn). Hierbij nemen wij overigens aan dat de vennootschapsbelasting die verschuldigd kan zijn op de voet van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 over reguliere voordelen als een bronbelasting in de zin van art. 5 Moeder-dochterrichtlijn geldt.²⁸ In de literatuur is reeds opgemerkt dat de in de subjectieve toets vervatte wegdenkgedachte niet geheel in overeenstemming kon worden geacht met art. 1 lid 2 Moeder-dochterrichtlijn, dat verwijst naar een constructie die moet zijn opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen. De wegdenkgedachte neemt echter vrij automatisch aan dat, wanneer er sprake is van een belastingvoordeel, dit tevens het hoofddoel van de constructie is.²⁹ Dit

28 Vgl. HvJ EG 8 juli 2000, C-375/98 (*Epson Europe BV*). Zie ook HvJ EG 4 oktober 2001, C-294/99 (*Athinaiki Zythopoiia*), HvJ EG 25 september 2003, C-58/01 (*Océ van der Grinten*) en HvJ EU 24 juni 2010, C-338/08 en C-339/08 (*P. Ferrero en General Beverage Europe BV*).

29 D.M. Weber, 'Enkele EU-aspecten van de antimisbruikbepaling van de inhoudingsvrijstelling dividendbelasting', *WFR* 2018/75.

zou in beginsel apart getoetst moeten worden; zie evenwel de hierna in par. 4.2 te noemen arresten van het HvJ EU.

4.1.2. ATAD 1

Verder is de GAAR van art. 6 ATAD 1 van belang die in Nederland geïmplementeerd had moeten worden per 1 januari 2019, maar in welk verband de Staatssecretaris van Financiën de mening is toegedaan dat daaraan voldaan is door middel van het bestaan van het fraus-legisconcept.³⁰ In de literatuur³¹ is opgemerkt dat art. 6 ATAD 1 met de daarin vervatte verplichting tot misbruikbestrijding van toepassing kan zijn op situaties waarin volgens de Staatssecretaris van Financiën geen sprake is van het ontgaan van inkomstenbelasting bij een ander met betrekking tot een dividenduitkering aan een in een verdragsstaat gevestigde vennootschap die het ab houdt indien: (i) de uiteindelijke particuliere aandeelhouder van die vennootschap ook inwoner is van die verdragsstaat, (ii) hij de Nederlandse dividendbelasting kan verrekenen met de Nederlandse inkomstenbelasting (art. 9.2 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001) en (iii) de Nederlandse inkomstenbelasting over de dividenduitkering op grond van het verdrag beperkt blijft tot 15%.³² Er is, volgens de Staatssecretaris van Financiën, in een dergelijk geval wel sprake van het ontgaan van dividendbelasting. Hoewel de voorbeelden verre van duidelijk zijn, leiden wij hieruit af dat voor de beoordeling of inkomstenbelasting bij een ander wordt ontgaan, bepalend is of er hypothetisch sprake is van inhouding of afdracht van dividendbelasting, daar dit in werkelijkheid niet is gebeurd. Het is dan ook irrelevant of eventueel ingehouden dividendbelasting daadwerkelijk kan worden verrekend³³ en het is evenmin van belang dat zij in een andere staat kan worden verrekend. Dat zou ertoe leiden dat in dergelijke situaties alleen een naheffingsaanslag dividendbelasting kan worden opgelegd over de dividenduitkering en geen aanslag vennootschapsbelasting. Art. 6 ATAD 1 bevat een verplichting tot misbruikbestrijding en zou er alsdan toe kunnen leiden – althans dat is in de literatuur betoogd – dat alsnog vennootschapsbelasting moet worden geheven (zonder rekening te houden met een toepasselijk belastingverdrag, waarover in par. 4.2.3 hierna meer).³⁴

Overigens dient bij dit in de literatuur geponeerde standpunt nog wel aangetekend te worden dat ATAD 1 en dus ook art. 6 in beginsel zien op de vennootschapsbelasting (art. 1 lid 1 ATAD 1). Alsdan kan de vraag gesteld worden of het vermijden van inkomstenbelasting wel onder de reikwijdte van ATAD 1 kan worden gebracht. De tekst van art. 6 lid 1 ATAD 1 lijkt

³⁰ *Kamerstukken II 2018/19*, 35030, p. 3 (MvT).

³¹ P.G.H. Albert, 'De misbruiktoets van art. 4-3-c Wet DB 1965 en 17-3-b Wet VPB 1969; voorrang gewijzigd?', *NtFR-B 2018/41*, onderdeel 7.

³² Vgl. *Kamerstukken I*, 34785, 34786, 34787 en 34788, D, p. 24 (NV).

³³ D.R. Post en J. Schoenmaeckers, *De Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsplicht* (Fiscaal Actueel), Deventer: Kluwer 2018, p. 85 en 86.

³⁴ P.G.H. Albert, 'De misbruiktoets van art. 4-3-c Wet DB 1965 en 17-3-b Wet VPB 1969; voorrang gewijzigd?', *NtFR-B 2018/41*, onderdeel 7. Overigens lijkt het erop dat art. 6 ATAD 1 vereist dat lidstaten 'een constructie of een reeks van constructies buiten beschouwing [laten]'. Als dit op een tussenhoudster zou zien, zou zulks een ondersteuning zijn voor de wegdenkgedachte zoals die in de subjectieve toets is vervat (art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969). Bij de GAAR van de Moeder-dochterrichtlijn gaat het veeleer over het niet toekennen van de voordelen van die richtlijn; art. 1 lid 2.

hier wel ruimte voor te bieden, aangezien daarin gerefereerd wordt aan het verkrijgen van een 'belastingvoordeel' dat het doel of de toepassing van het 'toepasselijke belastingrecht' ondermijnt, wat strikt genomen breder is dan de vennootschapsbelasting. Overigens zou dan weer uit het *Zwijnenburg*-arrest³⁵ afgeleid kunnen worden dat het terdege om het ontgaan van vennootschapsbelasting moet gaan of in ieder geval om een voorheffing op de vennootschapsbelasting.³⁶ Wij menen dan ook dat het vermijden van inkomstenbelasting bij een ander in die zin lastig onder de reikwijdte van ATAD 1 is te brengen ook al leidt zulks uiteindelijk tot de heffing van vennootschapsbelasting.

4.2. *Jurisprudentie van het HvJ EU; arresten N Luxembourg en T Danmark (uiteindelijk gerechtigde)*

4.2.1. *Algemeen*

Op 26 februari 2019 heeft (de Grote Kamer van) het HvJ EU een aantal belangwekkende arresten gewezen over de *plicht* tot misbruikbestrijding indien voordelen uit het Unierecht worden geclaimd (vrijstelling op bronheffing over dividenden op basis van de Moeder-dochterrichtlijn en vrijstelling op bronheffing over interesten op grond van de Rente-en royaltyrichtlijn).³⁷ Het HvJ EU formuleert hierbij een algemeen werkend misbruikbegrip binnen de EU, waarbij het HvJ EU het 'uiteindelijk gerechtigde'-begrip hanteert als een soort toegangspoort die mede dient ter detectie van doorstroomvennootschappen.³⁸ In aanvulling hierop geeft het HvJ EU een aantal aanwijzingen (dat zich in casu richt tot de verwijzende Deense rechter) dat gehanteerd kan worden. Hiermee kan aangenomen worden dat naast de subjectieve intentie van het vergaren van een belastingvoordeel omstandigheden voorhanden zijn die meebrengen dat de potentiële doorstroomvennootschap die de rechtstreekse (het HvJ EU refereert aan 'formele') ontvanger van de dividenden en interesten is, toch voldoende zakelijke en economische realiteit weerspiegelt. Indien dit laatste evenmin het geval is, mogen de belastingautoriteiten het voordeel weigeren waarbij de belastingplichtige als een soort 'last resort' wel de mogelijkheid krijgt aan te tonen dat zulks toch anders ligt (tegenbewijs).

4.2.2. *Betekenis voor art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969*

Een (snelle) lezing van deze arresten zou tot de gevolgtrekking kunnen leiden dat Nederland de daarin ontvouwde visie verplicht moet toepassen, wat ertoe zou kunnen leiden dat Nederland verplicht vennootschapsbelasting moet heffen in een situatie zoals genoemd onder 4.1.2 over een dividenduitkering aan de houdster, indien zij niet de uiteindelijk gerechtigde is en indien bovendien sprake is van misbruik in de zin van de arresten van het HvJ EU van 26 februari 2019. Alvorens tot deze conclusie kan worden gekomen, moet eerst worden vastgesteld of niet-heffing gezien kan worden als een uit het EU-recht

35 HvJ EG 20 mei 2010, C-352/08 (*Zwijnenburg*).

36 Vergelijk S.R. Panham, 'HvJ over Deense weigering de in de Moeder-dochterrichtlijn bedoelde vrijstelling van bronbelasting te verlenen', *NFR* 2019/693.

37 HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (inzake de Rente-en royaltyrichtlijn) en HvJ EU 26 februari 2019, C-116/16 en C-117/16 (inzake de Moeder-dochterrichtlijn).

38 Vgl. ook P. Albert, 'Van uiteindelijk gerechtigde naar totale controle', *WFR* 2019/53.

voortvloeiend voordeel. Wij vatten de arresten van 26 februari 2019 zodanig op dat de plicht tot misbruikbestrijding alleen voorhanden is indien (onterecht) aanspraak wordt gemaakt op voordelen die uit het EU-recht voortvloeien.³⁹ Dit zou het geval kunnen zijn als niet-heffing van vennootschapsbelasting op de voet van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 over dividenden gezien kan worden als een voordeel dat voortvloeit uit de Moeder-dochterrichtlijn. Dit laatste lijkt echter niet te kunnen worden beargumenteerd met betrekking tot vermogenswinsten.⁴⁰ Behoudens een mogelijke richtlijnconforme interpretatie, zou het heffen over vermogenswinsten op grond van art. 6 ATAD 1 erin resulteren dat die richtlijnbevestiging direct een verplichting oplegt aan de belastingplichtige (in plaats van aan de lidstaten tot welke deze bepaling zich richt), met als gevolg dat het ten eerste de vraag is of een heffing op de voet van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 daarop gebaseerd kan worden. Immers, dat zou neerkomen op de vaststelling dat art. 6 ATAD 1 onjuist is geïmplementeerd, wat op basis van het *Kolpinghuis Nijmegen*-arrest⁴¹ in beginsel niet tegengeworpen kan worden aan een belastingplichtige (zie evenwel par. 4.2.3).⁴²

Het HvJ EU legt dus nog steeds een objectieve en een subjectieve toets aan, zij het dat het HvJ EU geen scherp onderscheid tussen die toetsen lijkt te maken. Wel opvallend is dat de subjectieve toets lijkt te zijn teruggebracht tot de vraag of sprake is van een kunstmatige constructie en niet van een 'volstrekt' kunstmatige constructie zoals in het *Deister Holding*- en *Juhler Holding*-arrest.⁴³ De uitspraken van het HvJ EU lijken te betekenen dat niet volstaan kan worden met een onderzoek naar wat de activiteiten van de relevante vennootschap zijn die, bijvoorbeeld, het dividend ontvangt en of zij voldoende substance heeft. De aanwijzingen die het HvJ EU geeft, zijn niet uitputtend, en alle feiten en omstandigheden moeten onderzocht worden, waarbij de mogelijkheid tot tegenbewijs moet blijven bestaan; al krijgt die tegenbewijsmogelijkheid natuurlijk wel een andere impact, indien het 'uiteindelijk gerechtigde'-begrip en de andere aanwijzingen die het HvJ EU noemt in eerste instantie resulteren in een (voorlopige) conclusie dat de EU-rechtelijke 'voordelen' niet mogen worden toegepast. De benadering die het HvJ EU kiest, lijkt ook mee te brengen dat niet kan worden volstaan met een safe-harbourbenadering, zoals thans het geval is ten aanzien van de substance-voorwaarden van art. 2d Uitvoeringsbeschikking

39 HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, r.o. 94, r.o. 97 ('door fraude of misbruik profiteren van door het Unierecht toegekende voordelen'), r.o. 98 ('Unierechtelijk voordeel'), r.o. 101 ('rechten en voordelen waarvan misbruik is gemaakt'), r.o. 102 ('Unierechtelijke regels die in een voordeel voorzien'), r.o. 107 ('profiteren van fiscale voordelen') en r.o. 110 ('het genot van de rechten van richtlijn 2003/49 moeten weigeren'). Zie ook r.o. 118 onder verwijzing naar HvJ EU 18 december 2014, C-131/13, C-165/13 en C-164/13 (*Italmoda*).

40 Vgl. ook HvJ EU 18 oktober 2012, C-371/11 (*Punch Graphix*) en HvJ EG 25 september 2003, C-58/01 (*Océ van der Grinten*).

41 HvJ EG 8 oktober 1987, 80/8 (*Kolpinghuis Nijmegen*), dat wil zeggen een verbod op omgekeerde rechtstreekse werking. Dit verbod was ook aan de orde in HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*), die overigens danig genuanceerd wordt in de arresten *N Luxembourg* en *T Danmark*; het EU-rechtelijke antimisbruikconcept moet ook toegepast worden bij het claimen van EU-rechtelijke voordelen, indien het niet in een wettelijke bepaling is neergelegd. Echter, in de door ons beschreven premisse is geen sprake van een EU-rechtelijk voordeel, maar veeleer van het opleggen van een verplichting. Wij nemen aan dat bij dergelijke verplichtingen het verbod op omgekeerde rechtstreekse werking blijft gelden.

42 Vgl. ook HvJ EU 18 december 2014, C-113/31, C-163/13 en C-164/13 (*Italmoda*) en HvJ EU 22 november 2017, C-251/16 (*Cussens*) inzake de BTW).

43 HvJ EU 20 december 2017, C-504/16 en C-613/16 (*Deister Holding* en *Juhler Holding*).

Vpb 1971. Overigens lijkt het erop dat de economische nexusbenadering (die onderdeel uitmaakt van het nieuwe rulingbeleid) niet gaat gelden voor art. 17 lid 3 onderdeel b (zie ook par. 3.4); de thans bestaande substance-voorwaarden kunnen naar onze mening niet in de huidige vorm gehandhaafd worden en er zal dus een modus moeten worden gevonden waarbij in afdoende mate rekening wordt gehouden met de arresten van 26 februari 2019 van het HvJ EU.⁴⁴ De Staatssecretaris van Financiën heeft in antwoord op een parlementaire vraag aangegeven dat de arresten thans worden bestudeerd en dat de gevolgen van deze arresten voor de Nederlandse wet- en regelgeving worden meegenomen in het wetsvoorstel voor de conditionele bronbelasting dat op Prinsjesdag bij de Tweede Kamer zal worden ingediend.⁴⁵

4.2.3. Belastingverdragen

Met betrekking tot het voorbeeld genoemd onder 4.1.2 is in de literatuur de vraag opgeworpen of, bijvoorbeeld, de lagere heffing over dividenden (in deelnemingsverhoudingen) waarin een belastingverdrag voorziet nog steeds toepassing kan vinden. Het EU-recht is een eigen zelfstandige rechtsorde, die met name op het terrein van de rechtsvorming autonoom is en de soevereiniteit van de lidstaten op bepaalde terreinen in dat opzicht heeft begrensd, namelijk doordat het Unierecht voorrang heeft boven nationaal recht.⁴⁶ Deze voorrang geldt zowel voor het primaire als het secundaire Unierecht.⁴⁷ Een consequentie hiervan kan zijn dat het nationale recht voor zover nodig buiten toepassing dient te worden gelaten.⁴⁸ Onder 'nationaal recht' moeten in dezen ook belastingverdragen worden verstaan, waardoor de Moeder-dochterrichtlijn prevaleert boven een belastingverdrag.⁴⁹ Het eerder genoemde arrest *Kolpinghuis Nijmegen* speelt niet bij de Moeder-dochterrichtlijn, omdat het weigeren van een voordeel aan belastingplichtigen (Moeder-dochterrichtlijn) niet gelijkgeschaard kan worden met het opleggen van een verplichting aan lidstaten (zoals bij art. 6 ATAD 1).

Vervolgens komt de vraag aan de orde wat de consequentie van het voorgaande is. In de literatuur is betoogd dat het gevolg is dat vennootschapsbelasting wordt geheven naar een nationaalrechtelijk tarief (maximaal 25%) zonder rekening te houden met belastingverdragen.⁵⁰ Dit is mede gebaseerd op het feit dat art. 4 lid 3 VEU zou meebrengen dat een

44 S.R. Pancham, 'HvJ over Deense weigering de in de Moeder-dochterrichtlijn bedoelde vrijstelling van bronbelasting te verlenen', *NTRF* 2019/693 en G.F. Boulogne, *FED* 2019/53, onderdeel 10.1.

45 *Kamerstukken II* 2018/19 25087, nr. 236, p. 31.

46 HvJ EG 3 juni 1964 6/64 (*Costa/ENEL*).

47 Vgl. D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht* EBR.3.0.0.C (bijgewerkt 25 februari 2019).

48 HvJ EG 19 november 2009, C-314/08 (*Filipiak*). Zie tevens D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht* EBR.3.0.0.C (bijgewerkt 25 februari 2019).

49 Vgl. HvJ EG 14 februari 1984, 278/82 (*Rewe en Hauptzollämter*), r.o. 29. Zie voor de voorrang van het primaire EU-recht boven verdragen HvJ EG 27 februari 1962, 10/61 (*Commissie v Italië*), r.o. 10, HvJ EG 27 september 1988, C-235/87 (*Matteucci*), r.o. 22, HvJ EG 10 november 1992, C-3/91 (*Exportur*), r.o. 8, HvJ EU 20 mei 2013, C-469/00 (*Ravil*), r.o. 37 en HvJ EG 8 september 2009, C-478/07 (*Budějovický Budvar*), r.o. 98.

50 P.G.H. Albert, 'De misbruiktoets van art. 4-3-c Wet DB 1965 en 17-3-b Wet VPB 1969; voorrang gewijzigd?', *NTRF-B* 2018/41, onderdeel 7 stipt dit aan als een mogelijkheid. Zie ook Rapport van de Commissie Misbruik van recht, *Misbruik van Recht*, Vereniging voor belastingwetenschap, 2016, p. 66 en 67 en O.C.R. Marres en I.M. de Groot, 'De algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn (deel 2)', *WFR* 2015/910 ten aanzien van de GAAR uit de Moeder-dochter-richtlijn.

lidstaat verplicht is de volle werking van het Unierecht te verzekeren en op een uitleg van de belastingverdragen in overeenstemming met het EU-recht. Overigens is de Staatssecretaris van Financiën van mening dat de toepassing van bilaterale belastingverdragen in principe niet wordt getroffen door de Nederlandse implementatie van de GAAR uit de Moeder-dochterrichtlijn⁵¹ (hierbij abstraherende van de PPT zoals vervat in het MLI, en aannemende dat geen specifieke misbruikbepaling zoals opgenomen in een belastingverdrag zulks verhindert). Hieraan ligt mede de gedachte ten grondslag dat de Moeder-dochterrichtlijn Nederland niet de verplichting oplegt belasting te heffen op uitgaande dividenden in misbruiksituaties, maar dat slechts de voordelen van die richtlijn worden ontzegd (art. 1 lid 2 Moeder-dochterrichtlijn), d.w.z. het weigeren van een vrijstelling.⁵²

Het is dan van belang verschillende verdragen die Nederland heeft gesloten te bezien:

- Art. 10 lid 2 onderdeel a Verdrag Nederland-Zweden bevat een vermindering tot 0% met een uiteindelijk-gerechtigde-vereiste. Dit is materieel hetzelfde voordeel als de Moeder-dochterrichtlijn toestaat (0% versus een vrijstelling). Indien derhalve de GAAR uit de Moeder-dochterrichtlijn van toepassing zou zijn, zou beargumenteerd kunnen worden dat Nederland het 0%-tarief op de voet van het betreffende belastingverdrag niet mag toestaan. Gezien het eerder gesignaleerde verbod op omgekeerde verticale directe werking – en de voorkeur van het HvJ EU voor richtlijnconforme interpretatie alvorens bepalingen van nationaal recht opzij te zetten⁵³ – zou betoogd kunnen worden dat het ‘uiteindelijk gerechtigde’-begrip (als voorwaarde voor dit 0%-tarief) richtlijnconform zal moeten worden uitgelegd (dus in overeenstemming met de arresten van het HvJ EU van 26 februari 2019). Dat de Hoge Raad in eerdere jurisprudentie een andere interpretatie heeft gegeven van dit begrip,⁵⁴ zou daaraan niet in de weg moeten staan.⁵⁵ Indien deze argumentatie gevolgd wordt, zou de interpretatie van het ‘uiteindelijk gerechtigde’-begrip van het HvJ EU in zijn arresten van 26 februari 2019 doorwerken naar, in ieder geval, het belastingverdrag met Zweden.

Het is vervolgens de vraag – mede met het oog op de rechtszekerheid – of de Hoge Raad deze interpretatie dan alleen voor het belastingverdrag met Zweden zal hanteren en niet voor de andere c.q. hierna te noemen belastingverdragen. Mocht de Hoge Raad een uniforme uitleg nastreven, dan zouden de arresten van het HvJ EU van 26 februari 2019 ook effect kunnen hebben voor verdragen die niet hetzelfde voordeel bevatten als de richtlijn, zoals:

- de vermindering tot 2,5% onder art. 10 lid 2 onderdeel a Verdrag Nederland-Luxemburg (waarin overigens de ‘uiteindelijk gerechtigde’-eis niet met zo veel woorden gesteld wordt)⁵⁶;

⁵¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34306, 3, p. 5 (MvT) en *Kamerstukken I* 2015/16, 34302, G, p. 78 (MvA).

⁵² Vgl. ook H. Lohuis, ‘Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015’, *NtFR* 2015/2510.

⁵³ Zie, onder meer, HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10 (*Domingue*), r.o. 23 en HvJ EU 10 oktober 2013, C-306/12 (*Spedition Welter*), r.o. 28.

⁵⁴ HR 6 april 1994, nr. 28638, *BNB* 1994/217.

⁵⁵ HvJ EU 19 april 2016, C-441/14 (*Dansk Industri*), r.o. 33.

⁵⁶ Alsdan is het ‘uiteindelijk gerechtigde’-begrip van belang indien dat gelezen wordt in de term ‘betaald aan’ in art. 10 lid 2 Verdrag Nederland-Luxemburg. Dit is althans de opvatting van de Staatssecretaris van Financiën; zie MvT, *Kamerstukken II* 2001/02, 27896, V-N 2001/48.16, p. 5007. Deze visie is overigens in de literatuur bekritiseerd, zie R.P.C.W.M. Brandsma, *Cursus Belastingrecht (Dividendbelasting)*, Kluwer online, para. 3.2.1.A.B.2.II en H. Pijl, ‘De verre uiteindelijk gerechtigde en beneficial owner in verdragen’, *WFR* 2003, p. 621 e.v.

- de vermindering tot 5% onder art. 10 par 2 onderdeel a Verdrag Nederland-België (met een 'uiteindelijk gerechtigde'-vereiste en bovendien een opmerking in de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting dat de negatieve definitie van 'uiteindelijk gerechtigde' van art. 4 lid 7 Wet DB 1965 ook van belang is voor dat verdrag);
- de vermindering tot 5% onder art. 10 lid 2 onderdeel a Verdrag Nederland-Duitsland (met een uiteindelijk gerechtigde-vereiste en bovendien een bepaling die de toepassing van nationale wettelijke antimisbruikbepalingen onder dat verdrag toestaat).

Het lijkt ons aannemelijk dat deze doorwerking niet gelegen is in de plicht tot Unieloyaliteit (art. 4 lid 3 VEU) – en de verplichting de volle werking van het Unierecht te garanderen –, aangezien belastingverdragen die voorzien in heffing van bijvoorbeeld 2,5% over inter-companydividenden niet dezelfde voordelen verlenen als de Moeder-dochterrichtlijn.⁵⁷ Deze doorwerking naar verdragen zou dan gebaseerd zijn op de wens het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' bij de toepassing van belastingverdragen uniform uit te leggen en geen onderscheid te maken tussen verdragen met een vrijstelling of 0%-tarief voor dividenden en verdragen die wel voorzien in een (zeer) beperkt heffingsrecht over dividenden.

5. Verdragsrechtelijke implicaties

5.1. PPT en 'guiding principle'

Met betrekking tot de verdragsrechtelijke aspecten gaan wij hier met name in op toepassing van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 onder de Nederlandse belastingverdragen en de relatie tot de zogenoemde PPT die is opgenomen in art. 29 lid 9 OESO-Modelverdrag alsmede art. 7 lid 1 MLI. Op grond van de PPT worden verdragsvoordelen ten aanzien van een inkomensbestanddeel ontzegd indien het verkrijgen van het verdragsvoordeel een van de voornaamste redenen was voor een structuur of transactie die direct of indirect tot dat voordeel heeft geleid (oogmerktoets). Het verdragsvoordeel wordt echter toch toegekend, indien wordt vastgesteld dat het toekennen van het voordeel in overeenstemming is met het doel en de strekking van de relevante verdragsbepaling (normtoets). Nederland is voorstander van opname van de PPT in belastingverdragen, en voegt de PPT via art. 7 lid 1 MLI toe aan de Nederlandse 'covered tax agreements'. Nederland heeft de ratificatieprocedure van het MLI afgerond en de goedkeuring gedeponereerd bij de OESO. Voor Nederland treedt het MLI per 1 juli 2019 in werking, en zal het MLI op zijn vroegst van toepassing worden op belastbare feiten (m.b.t. de dividendbelasting) dan wel boekjaren (m.b.t. de vennootschapsbelasting, inclusief de ab-heffing van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969) vanaf 1 januari 2020, dit laatste mits de betreffende verdragspartner vóór 1 april 2019 zijn ratificatie heeft genotificeerd aan de OESO.

Het OESO-commentaar veronderstelt met ingang van de 2017-update duidelijker dan voorheen een algemeen, ongeschreven antimisbruikbeginsel, het '*guiding principle*', waarvan de PPT een codificatie zou vormen. Volgens het OESO-commentaar is dit *guiding principle*

⁵⁷ Wij nemen derhalve aan dat een vermindering tot 2,5% (of een vermindering tot 5% die hiervoor is genoemd) niet gezien kan worden als een partiële vrijstelling die in zoverre als een voordeel onder de Moeder-dochterrichtlijn moet worden beschouwd.

onafhankelijk van de toepassing van de PPT.⁵⁸ Nederland kan zich blijkens het intrekken van de eerdere 'observation' vinden in het nieuwe commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag. Deze interpretatie staat naar onze mening echter op gespannen voet met de huidige stand van de jurisprudentie van de Hoge Raad op het gebied van doorwerking van *fraus legis* onder verdragen en toepassing van *fraus conventionis*.⁵⁹ Voor het tegengaan van verdragsmisbruik met behulp van *fraus legis* of *fraus conventionis* is onzes inziens een uitdrukkelijke basis nodig in het verdrag zelf, dan wel in een gezamenlijke toelichting van de verdragsluitende staten.

5.2. Doorwerking van SAAR's onder belastingverdragen

Met ingang van de 2017-update gaat het OESO-commentaar specifiek in op de toepassing van nationale antimisbruikbepalingen onder verdragen, in het bijzonder nationaalrechtelijke algemene antimisbruikbepalingen ('general anti-abuse rules' of 'GAAR's'), specifieke antimisbruikbepalingen ('specific anti-abuse rules' of 'SAAR's') en rechterlijke doctrines (zoals *fraus legis*).⁶⁰ De regeling van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 is te categoriseren als een (nationaalrechtelijke) SAAR, nu de bepaling een specifiek type misbruik beoogt te bestrijden en slechts van toepassing is indien aan nauw omschreven voorwaarden is voldaan. Het OESO-commentaar meent dat nationaalrechtelijke SAAR's in het algemeen niet conflicteren met belastingverdragen, om de volgende redenen:

1. In sommige gevallen staat een verdrag de toepassing van nationaalrechtelijke SAAR's expliciet toe, bijvoorbeeld door naar een nationaalrechtelijke SAAR te verwijzen. Zie bijvoorbeeld de specifieke antimisbruikbepaling van art. 27 lid 3 Verdrag Nederland-Hong Kong (2010), die verwijst naar art. 17 lid 3 onderdeel b jo. art. 17a lid 1 onderdeel c Wet VPB 1969 en de algemene verwijzing naar de toepassing van nationale wettelijke antimisbruikbepalingen van art. 23 lid 1 Verdrag Nederland-Duitsland (2012).
2. Het nationale recht is van belang voor de interpretatie van ongedefinieerde begrippen in het belastingverdrag; op deze wijze werken nationaalrechtelijke SAAR's door bij de uitleg van een verdrag. Het commentaar wijst in dit verband op het algemene uitlegingsvoorschrift van art. 3 lid 2 OESO-Modelverdrag en op diverse definitiebepalingen in het verdrag die (deels) terugverwijzen naar het nationale recht van de verdragstoepassende staten, zoals de definitie van 'dividend' van art. 10 lid 3 OESO-Modelverdrag.
3. Verdragsmisbruik kan bestreden worden via het '*guiding principle*' (zie par. 5.1 hierboven) dan wel de PPT (zie par. 5.3 hierna). Waar de reikwijdte van nationaalrechtelijke SAAR's

⁵⁸ Par. 61 van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag, nieuwe slotzin. De benadering van het OESO-commentaar vertoont gelijkenis met het door het HvJ EU in de EU-richtlijnen gelezen algemene antimisbruikbeginsel, zie par. 4.2.

⁵⁹ De Hoge Raad is tot op heden zeer terughoudend met betrekking tot de doorwerking van *fraus legis* onder verdragen, zie bijvoorbeeld de arresten HR 15 december 1993, *BNB* 1994/259, HR 29 juni 1994, *BNB* 1994/294 en HR 15 maart 1995, *BNB* 1995/150. *Fraus legis* werkt op basis van deze arresten alleen door naar verdragen als dit blijkt uit de gemeenschappelijke bedoeling van de verdragsluitende staten, zoals kenbaar uit de verdragstekst of een gezamenlijke toelichting. Ook een zelfstandig beroep op doel en strekking van een verdrag op basis van *fraus conventionis* is door de Hoge Raad tot op heden niet geaccepteerd (zie bijvoorbeeld de arresten HR 15 december 1993, *BNB* 1994/259, HR 29 juni 1994, *BNB* 1994/294 en HR 12 mei 2006, 9 juni 2006 en 14 juli 2006, *BNB* 2007/36-42). De Hoge Raad lijkt echter wel ruimte te laten voor de toepassing van *fraus conventionis* indien hiervoor steun te vinden is in de verdragstekst of in de toelichtingen van de verdragsluitende staten (hetgeen in de onderhavige zaken niet het geval was).

⁶⁰ Zie par. 66-80 van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag.

overeenkomt met deze bepalingen, is volgens het OESO-commentaar geen sprake van strijdigheid met het verdrag.

4. Verdragsvoordelen kunnen worden ontzegd op basis van rechterlijke doctrines en vergelijkbare leerstukken die van toepassing zijn bij het interpreteren van verdragen.⁶¹

In het kader van de wijzigingen in art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 per 1 januari 2016 (implementatie van de GAAR van de EU Moeder-dochterrichtlijn)⁶² heeft Nederland aangegeven dat deze bepaling in beginsel niet de verdeling van heffingsbevoegdheden zoals overeengekomen in belastingverdragen opzij zet, tenzij een antimisbruikbepaling in het verdrag hiervoor ruimte biedt.⁶³ Hierbij gaat het in het kader van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 met name om art. 10 (dividenden) en art. 13 (vervreemdingswinsten) van OESO-conforme verdragen; zie voor dividenden evenwel de opmerkingen gemaakt in par. 4.2.3. Nederland lijkt dus het standpunt in te nemen dat nationaalrechtelijke SAAR's, zoals art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969, in beginsel niet doorwerken naar verdragen, tenzij hiervoor een verdragsrechtelijke basis aanwezig is.⁶⁴ Daarbij gaat het om een uitdrukkelijke basis in de vorm van een algemene of een specifieke antimisbruikbepaling. Het '*guiding principle*' is hiervoor, gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake *fraus conventionis*, naar onze mening echter ontoereikend.

5.3. Samenloop art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 en PPT

Art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 en art. 4 lid 3 Wet DB 1965 zijn volgens de parlementaire toelichting 'in lijn met' en 'sluiten aan bij' de PPT (evenals de GAAR van de EU Moeder-dochterrichtlijn).⁶⁵ In het kader van de goedkeuringswet van het MLI is verduidelijkt dat hiermee is beoogd aan te geven dat deze bepalingen niet strenger zijn dan de PPT, en derhalve niet worden beperkt door verdragen met daarin een PPT. Nederland zal, volgens de staatssecretaris, als bronland niet verder kunnen gaan dan de reikwijdte van zijn nationale antimisbruikbepalingen.⁶⁶ Nederland ziet dus onder de PPT voldoende ruimte om art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 onder verdragen toe te passen, omdat de scope van beide bepalingen overeenstemt. Wel geeft de staatssecretaris in dit verband aan dat de PPT flexibiliteit biedt om in te spelen op onvoorziene vormen van verdragsmisbruik.⁶⁷ Naar onze mening is dit een terechte observatie. De toepassing van de PPT is immers niet beperkt tot de toepassing van nationale antimisbruikbepalingen onder verdragen.

Met de opname van de PPT in de Nederlandse belastingverdragen (al dan niet via het MLI) kan art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 onder de Nederlandse verdragen worden toegepast.

⁶¹ Zie par. 75 van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag.

⁶² Richtlijn 2015/121/EU van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

⁶³ *Kamerstukken I* 2015/16, 34306, G, p. 78. Vgl. par. 66 e.v. van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag.

⁶⁴ Hetzelfde heeft naar onze mening te gelden voor de antimisbruikbepaling van art. 4 lid 3 Wet DB 1965 zoals deze luidt per 1 januari 2018.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2017/18, 34788, 3, p. 6; *Kamerstukken II* 2017/18, 34788, 6, p. 4 en 7.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2017/18, 34853 (R2096), 6, p. 29.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2017/18, 34853 (R2096), 6, p. 29.

Voor zover een belastingplichtige beoogt box 2-heffing te ontgaan op basis van een beperking van het Nederlandse heffingsrecht onder verdragen, en daarbij het verkrijgen van het verdragsvoordeel een van de voornaamste redenen is voor een structuur of transactie, zouden art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 en de PPT inderdaad parallel moeten lopen. Niettemin zijn er enkele verschillen in de toepassingsvoorwaarden van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 en de PPT. Zo bevat de PPT, anders dan de GAAR van de EU Moeder-dochterrichtlijn (geïmplementeerd in art. 4 lid 3 Wet DB 1965) en de GAAR van art. 6 ATAD 1, geen expliciete uitzonderingsgrond voor reële economische activiteiten (oftewel een kunstmatigheidstoets).⁶⁸ Wij leiden echter uit het OESO-commentaar af dat de oogmerktoets van de PPT meebrengt dat alle relevante feiten en omstandigheden moeten worden afgewogen, waaronder in voorkomende gevallen de vraag of sprake is van reële economische activiteiten, dan wel zakelijke overwegingen.⁶⁹ Nu de objectieve toets van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 een aanvullende voorwaarde is, lijkt het toepassingsbereik van de PPT in elk geval niet beperkter dan de nationale regel. Anderzijds valt op dat de normtoets van de PPT geen tegenhanger heeft in art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969. Een situatie waarin het toekennen van een verdragsvoordeel, ondanks een inkomstenbelastingontgaansmotief en het voldoen aan de oogmerktoets van de PPT, toch in overeenstemming zou zijn met doel en strekking van het toepasselijke belastingverdrag – inclusief het voorkomen van belastingontwijking zoals bepaald in de nieuwe preambule – laat zich echter moeilijk denken.

Onder de wegdenkbenadering (zie par. 3.2) zal ten aanzien van dividenden veelal geen sprake zijn van het ontgaan van inkomstenbelasting bij een ander, aangenomen dat dividendbelasting is ingehouden. Ook ten aanzien van vervreemdingswinsten zal op basis van de wegdenkbenadering vaak geen sprake zijn van het ontgaan van inkomstenbelasting, nu de Nederlandse verdragen het heffingsrecht over vervreemdingswinsten normaliter exclusief toekennen aan de woonstaat van de aandeelhouder (behoudens verdragen met een ab-voorbehoud). De relevante misbruiksituaties lijken dan ook vooral te zien op structuren met achterliggende natuurlijke personen woonachtig in niet-verdragslanden. Hoe ver de toepassing van de wegdenkbenadering gaat, is echter onduidelijk. Wat als een achterliggende aandeelhouder bijvoorbeeld emigreert van een niet-verdragsland naar een verdragsland? En hoe bijvoorbeeld om te gaan met de situatie dat de achterliggende aandeelhouder emigreert van een land in relatie waarmee Nederland een belastingverdrag heeft waarin een inkoop van aandelen als dividend wordt aangemerkt,⁷⁰ naar een land in relatie waarmee onder het toepasselijke verdrag een inkoop als vervreemdingsvoordeel wordt gezien?⁷¹ Dit zou onder de wegdenkbenadering mogelijk kunnen leiden tot 'ontsmetting' van een dividend voor doeleinden van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969

68 Dit laatste kan echter wel een element zijn bij de toepassing van de zogenoemde 'discretionary relief'-bepaling van art. 7 lid 4 MLI waarvoor Nederland heeft geopteerd, en die van toepassing is in relatie tot verdragspartners die dezelfde keuze hebben gemaakt (zoals Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk).

69 Dit blijkt uit diverse passages van het commentaar op art. 29 OESO-Modelverdrag; zie het voorbeeld van par. 176, par. 181 en de diverse voorbeelden opgenomen in par. 182, zoals voorbeelden C, F en G. Zie ook D. Weber, 'The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law', *Erasmus Law Review* 2017, No. 1, p. 51.

70 Cf. het beleid van de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, onderdeel 2.9.5.

71 Cf. HR 12 december 2003, *BNB* 2004/123.

(tenzij bij de wegdenkgedachte ook rekening zou worden gehouden met de PPT, zie par. 3.2). Anderzijds zou, in het laatstgenoemde geval, een omgekeerde emigratie wellicht kunnen leiden tot 'besmetting' van de inkomsten als gevolg van de 'virtuele' herkwalificatie van vervreemdingswinst naar dividend ten aanzien van de achterliggende aandeelhouder (in beginsel zonder compartimentering).

6. Toekomstbestendigheid van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969

Art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 kan gezien worden als een nationaalrechtelijke SAAR, die echter tevens beoogt invulling te geven aan de MDR GAAR en de PPT. De huidige beleidsmatige toepassingsvoorwaarden van art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 lijken echter niet geheel in overeenstemming met de invulling van het Europeesrechtelijke antimisbruikbegrip op basis van de jurisprudentie van het HvJ EU (o.a. de *N Luxembourg*-zaak).

Met de GAAR van ATAD 1 en de impliciete antimisbruikbepaling in de EU-richtlijnen op grond van de jurisprudentie van het HvJ EU, alsmede de PPT in belastingverdragen, heeft de Belastingdienst een ruim arsenaal aan zelfstandige EU- en verdragsrechtelijke antimisbruikbepalingen tot zijn beschikking. Dit zou de vraag kunnen oproepen of de expliciete misbruiktoets in art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 inmiddels overbodig zou zijn (behoudens situaties die niet onder de richtlijnen en de verdragen vallen). Het schrappen van de antimisbruiktoets zou in feite een terugkeer zijn naar de oorspronkelijke bewoordingen van de buitenlandse ab-heffing in de vennootschapsbelasting. Het handhaven van de antimisbruikvoorwaarde in art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 is wat ons betreft echter zinvol, gelet op de doelstelling van de bepaling om specifieke vormen van belastingontwijking te bestrijden.

Om in te spelen op het zich ontwikkelende antimisbruikbegrip onder EU-recht en de PPT en eventuele twijfels over de relatie en afbakening tussen art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 en het EU- en verdragsrechtelijke kader weg te nemen, zou de invulling van de antimisbruikbepaling in art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 expliciet afgestemd kunnen worden op de toepasselijke bepalingen van EU-recht en/of -verdragen. Om dit te bereiken zou in art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 als (alternatieve) voorwaarde opgenomen kunnen worden dat Nederland gerechtigd is het inkomen te belasten in EU-/EER-situaties waarbij sprake is van misbruik of voor zover in relatie tot de andere staat een verdrag van kracht is dat voorziet in antimisbruikbepalingen. De huidige antimisbruikbepaling behoudt daarmee zijn belang voor niet-EU- en niet-verdragssituaties.

In het kader van het rulingsbeleid is aangekondigd dat de substance-voorwaarden vervangen worden door een economische nexus benadering. Dit lijkt niet te gaan gelden voor de substance-voorwaarden zoals die gelden voor art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 (tussenschakel). De arresten van het HvJ EU laten het naar onze mening niet toe safe harbours op te nemen zoals thans de substance-voorwaarden worden gezien. Het verdient dan ook aanbeveling die substance-voorwaarden in hun huidige vorm af te schaffen en zoveel mogelijk rekening te houden met c.q. aan te sluiten bij de arresten van het HvJ EU van 26 februari 2019.