

> Postbus xxxx

xxxx xx xxxxxxxx

Telefoon 0xx-xxxxxxx

XXXXXXXXXX
XXXXXXXXXX
XXXXXXXXXX
XXXX XX XXXXXXXXXXXXX

Doorkiesnummer 0xx-xxxxxxx

Datum
14 oktober 2021

Uw kenmerk
XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Kenmerk

Betreft: **Beslissing WOB-verzoek**

Geachte XXXXXXXXXXXXX,

In een brief van 28 apr 2021 is, namens XXXXXXXXXXXXXXXX, verzocht om informatie over toepassing van artikel 4 Wet dividendbelasting 1965 en toepassing van de arresten C-116/16 en C-117/16. De behandeling van dit verzoek is aan mij toegewezen.

Met een beroep op de Wet Openbaarheid Bestuur (WOB) is gevraagd om openbaarmaking van alle informatie die berust bij het Ministerie van Financiën en de Belastingdienst en betrekking heeft op voornoemd wetsartikel en voornoemde arresten. In een nadere nuancering is (samengevat) om de volgende info verzocht met betrekking tot de periode 2000-2017:

1. Alle documenten, notities, memo's, werkinstructies, intern cursusmateriaal, beleidsstukken, verslagen van kennisgroepvergaderingen of andere gegevensdragers die betrekking hebben op het beleid van de Belastingdienst met betrekking tot de toepassing van artikel 4, lid 4 en lid 7 van de Wet op de dividendbelasting 1965
2. Door het rulingteam in de periode 2000 tot en met 2017 afgegeven ATR's voor structuren waarbij een buitenlandse tussenhoudster een schakel vormt tussen de onderneming van de buitenlandse moedermaatschappij en de (indirect gehouden) onderneming van de Nederlandse dochtermaatschappij?
3. Door de belastingdienst in de periode 2000 tot en met februari 2019 op enig moment geformuleerd intern beleid – via de kennisgroep of anders – op grond waarvan vorenbedoelde tussenschakels aan een nader onderzoek dienen te worden onderworpen?
4. Opmerkingen van de Nederlandse regering ingebracht bij het Europese Hof van Justitie inzake de arresten met nummers C-116/16 en C-117/16, alsmede alle documenten, notities, memo's, werkinstructies, intern cursusmateriaal, beleidsstukken, verslagen van kennisgroepvergaderingen of andere gegevensdragers die betrekking hebben op de totstandkoming van deze opmerkingen.
5. Alle documenten, notities, memo's, werkinstructies, intern cursusmateriaal, beleidsstukken, verslagen van kennisgroepvergaderingen of andere gegevensdragers die betrekking hebben op de toepassing van de arresten van het Europese Hof van Justitie met nummers C-116/16 en C-117/16 door de Belastingdienst.

Wettelijk kader

Uitgangspunt van de WOB is dat, in het belang van democratische bestuursvoering, er recht op openbaarmaking van informatie bestaat, voorzover zulke informatie is neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid. Voor stukken die door middel van een WOB-verzoek worden opgevraagd geldt voorts dat de verstrekte informatie voor eenieder toegankelijk moet zijn en derhalve gepubliceerd kan worden. Het bestuursorgaan kan openbaarmaking van informatie weigeren als zich uitzonderingsgronden voordoen zoals genoemd in de artikelen 10 en 11 van de WOB.

Beoordeling van het verzoek

In het verzoek is gevraagd naar specifieke informatie over een specifieke bestuurlijke aangelegenheid. Er is inderdaad informatie aangetroffen die voldoet aan de specificaties van dit verzoek en die is neergelegd in documenten. Die beschikbare informatie is getoetst aan de bepalingen van de WOB. Er is één vastlegging aangetroffen waarvoor een weigeringsgrond bestaat. Dit betreft de reactie van de kennisgroep dividend- belasting in 2020 op een helpdeskvraag over dividendstripping in een specifieke casus (1). Daarnaast is op beperkte schaal informatie onleesbaar gemaakt (2). Tenslotte zijn onderdelen van documenten weggelaten voor zover dat informatie betreft die buiten de kaders van dit verzoek valt.

In de toelichting bij deze beslissing wordt een nadere verklaring gegeven voor het niet verstrekken van de reactie van de kennisgroep (1) en het onleesbaar maken van bepaalde informatie (2).

Beslissing

Aan het verzoek wordt tegemoet gekomen. .

Openbaarmaking

De vrijgegeven documenten stuur ik met dit besluit in kopie mee.

Hoogachtend,

De staatssecretaris van Financiën,
namens deze,

De directeur van XXXXXXXXXXXX,
namens deze,

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Rechtsmiddelverwijzing

Deze brief is een besluit in de zin van de Awb. Op grond van die wet kunt u tegen dit besluit binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt een bezwaarschrift indienen. Het bezwaarschrift richt u aan de Staatssecretaris van Financiën, ter attentie van ondergetekende, XXXXXXXXXXXXXXXX

Houd rekening met het volgende:

1. Het bezwaarschrift moet door de indiener zijn ondertekend;
2. Het bezwaarschrift bevat tenminste de naam en het adres van de indiener, een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht en de gronden waarop het bezwaar rust.

Toelichting;

(1) Persoonlijke beleidsopvattingen in een stuk voor intern beraad (art. 11, eerste lid, WOB)

Uitgangspunt van de WOB is dat overheidsinformatie openbaar is. Dit geldt in beginsel ook voor documenten opgesteld ten behoeve van intern beraad. Dit is het beraad over een bestuurlijke aangelegenheid binnen een bestuursorgaan, dan wel binnen een kring van overheden bij een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een bestuurlijke aangelegenheid. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat onder het begrip 'documenten opgesteld ten behoeve van intern beraad' onder meer moeten worden begrepen: nota's van ambtenaren aan hun politieke en ambtelijk leidinggevenden, correspondentie tussen onderdelen van een ministerie en tussen ministeries onderling, concepten van stukken, agenda's, notulen, samenvattingen en conclusies van interne besprekingen en rapporten van ambtelijke adviescommissies. Degene die de stukken heeft opgesteld moet de bedoeling hebben gehad dat ze zouden dienen voor intern beraad.

Artikel 11, eerste lid, van de WOB bepaalt dat uit documenten die zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad geen informatie wordt verstrekt over persoonlijke beleidsopvattingen. Daaronder wordt verstaan: ambtelijke adviezen, visies, standpunten en overwegingen. Dergelijke opvattingen worden niet openbaar gemaakt omdat een zekere mate van veiligheid en vertrouwelijkheid noodzakelijk is om te kunnen komen tot een effectieve besluitvorming. Ambtenaren en bestuurders moeten onderling en met bewindspersonen kunnen brainstormen.

Feiten, prognoses, beleidsalternatieven, gevolgen van een beleidsalternatief en andere teksten met een overwegend objectief karakter worden niet beschouwd als persoonlijke beleidsopvattingen. Inzicht over totstandkoming van beleid en regelgeving is wel met openbaarheid van dergelijke informatie gediend.

(2) De eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10, tweede lid, onder e, WOB)

In diverse documenten staan persoonsgegevens, bijvoorbeeld van ambtenaren. Dit zijn gegevens die herleidbaar zijn tot een persoon, zoals namen, adresgegevens, telefoonnummers en handtekeningen. Als het gaat om namen van medewerkers die niet wegens hun functie in de openbaarheid treden, weegt het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zwaarder dan het belang van openbaarheid. Deze informatie wordt daarom niet openbaar. Waar nodig zijn deze persoonsgegevens onleesbaar gemaakt.



Belastingdienst

Presentatie Wet Bronbelasting 2021

11 mei 2021

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX



PAUZE



En toen: de Deense Arresten (“Danish cases”) d.d. 26 februari 2019

- › Bronbelasting rente/royalty (toepassing IRD):
 - › C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16
- › Bronbelasting dividend (toepassing MDR)
 - › C-116/16
 - › C-117/16



Interest Royalty Directieve 2003/49/EG

Artikel 1

- › 1. Uitkeringen van interest of royalty's die ontstaan in een lidstaat, worden vrijgesteld van alle belastingen in die bronstaat (door inhouding dan wel door aanslag), **op voorwaarde dat een onderneming van een andere lidstaat, of een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting van een onderneming van een lidstaat, de uiteindelijk gerechtigde tot de interest of de royalty's is.**
- › 4. Een onderneming van een lidstaat wordt alleen als uiteindelijk gerechtigde tot interest of royalty's behandeld indien zij de betrokken uitkeringen te eigen gunste ontvangt, en niet als bemiddelende instantie, bijvoorbeeld als tussenpersoon, trustee of gemachtigde van een derde.

Artikel 5 Fraude en misbruiken

- › **1. Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken.**
- › **2. Een lidstaat kan het genot van deze richtlijn ontzeggen of weigeren de richtlijn toe te passen in het geval van transacties met als voornaamste beweegreden of een van de voornaamste beweegredenen belastingfraude, belastingontwijking of misbruik.**

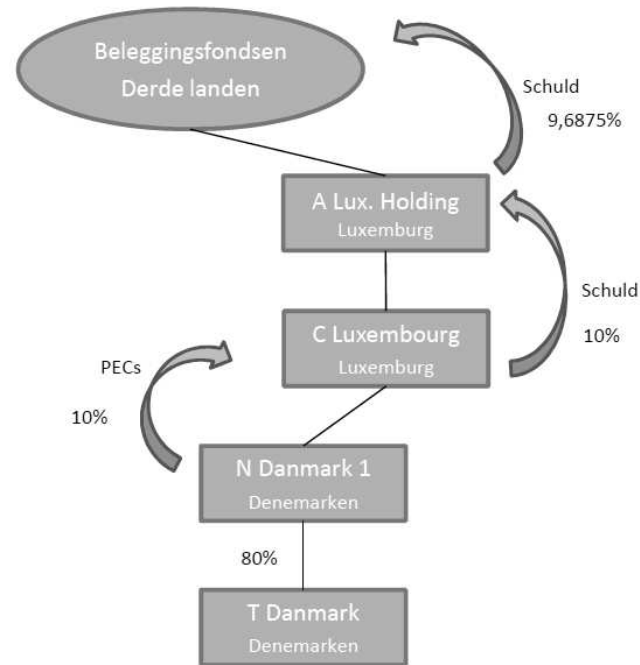
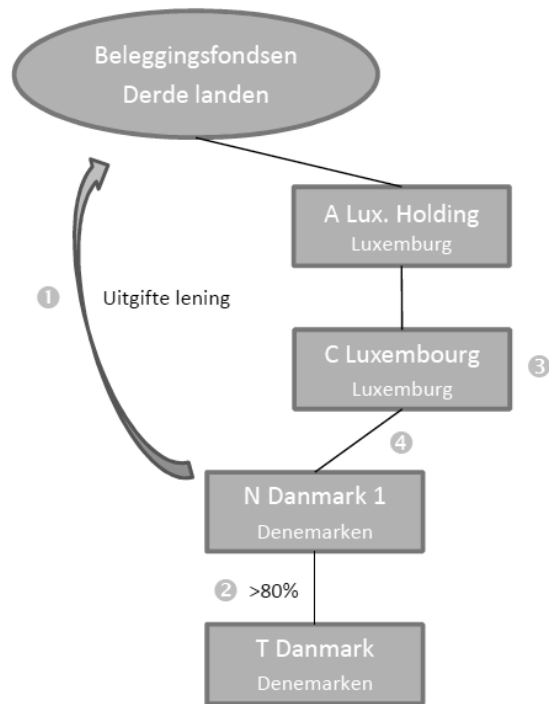


MDR 90/435 tot 2015

- › Artikel 1 van richtlijn 90/435 bepaalt:
 - › 1. Elke lidstaat past deze richtlijn toe:
[...]
 - op winst die door vennootschappen van deze staat is uitgekeerd aan vennootschappen van andere lidstaten, waarvan zij dochteronderneming zijn.
 - [...]
 - › 2. Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken.



Casus C-115/16 N-Danmark (Rente)



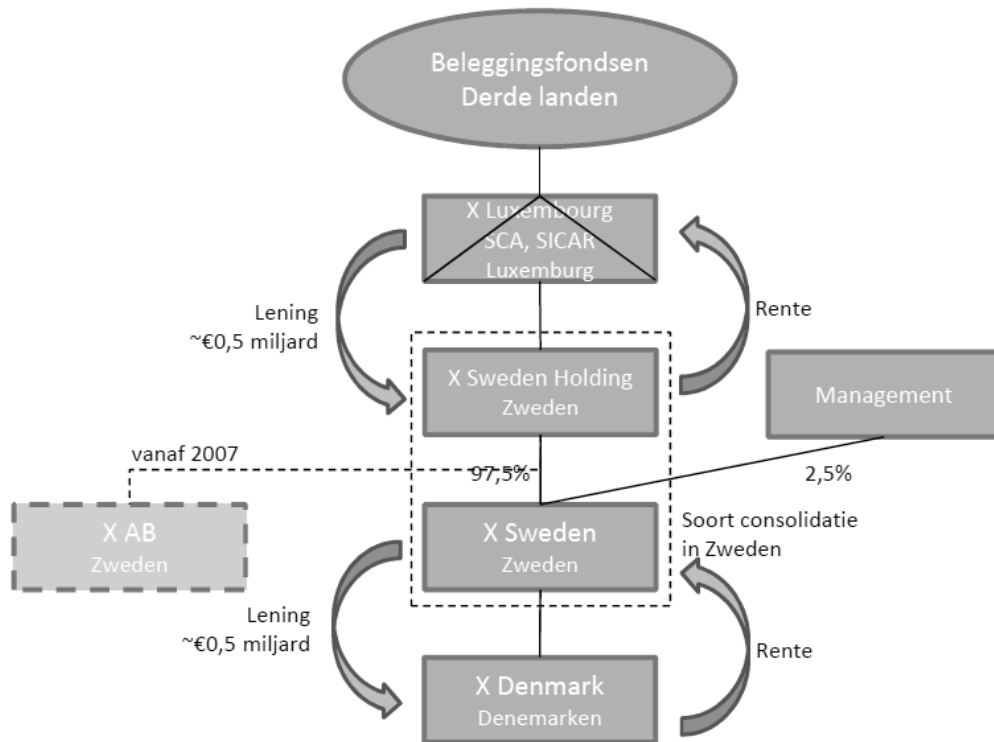


W&V C Luxembourg C-115/16 (KVK LUX)

		2007 EUR	2006 EUR
CHARGES			
Other external charges	10	22 940	8 701
Value adjustments in respect of formation expenses and tangible and intangible fixed assets		817	340
Other operating charges		117 170	209 349
Interest payable and similar charges concerning affiliated undertakings	7	193 081 463	125 117 379
other interest payable and charges		1 504	578
Income tax	9	<u>180 066</u>	<u>116 502</u>
		<u>193 403 960</u>	<u>125 452 849</u>
INCOME			
Interest receivable and similar income derived from affiliated undertakings	5	191 719 917	124 180 447
other interest receivable and similar income		24 703	3 627
Loss for the year / period		<u>1 659 340</u>	<u>1 268 775</u>
		<u>193 403 960</u>	<u>125 452 849</u>



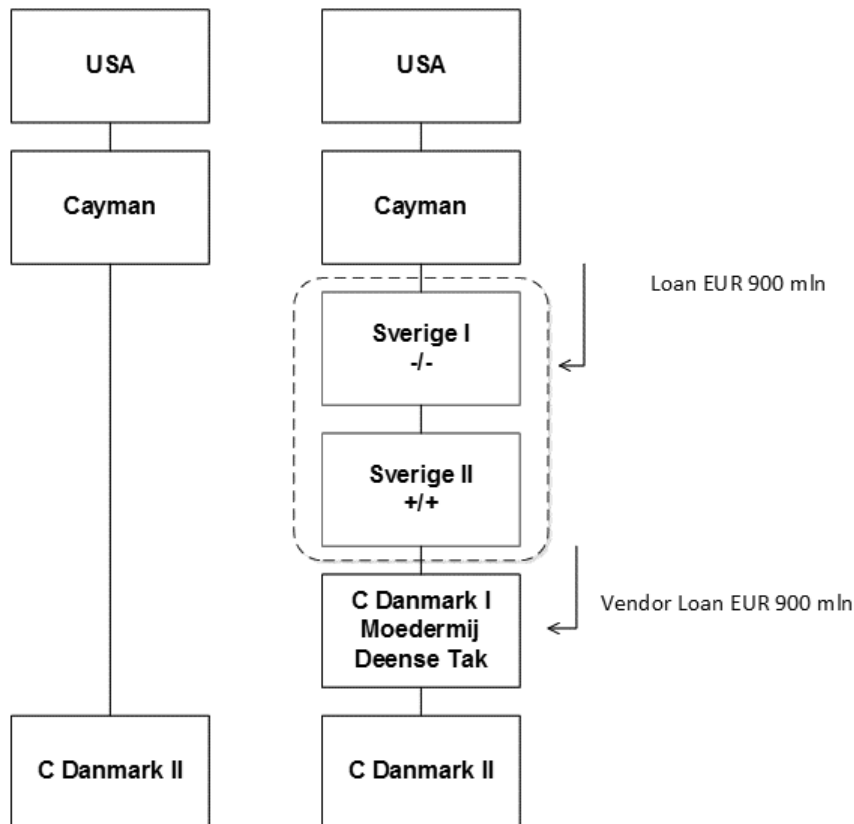
Casus C-118/16 (X Denmark)



- X Luxembourg SCA, SICAR
 - CV-achtige, transparant naar Deens recht
 - SICAR regime: licht gereguleerd, wel onderworpen aan belasting (28,8%) maar vrijstelling voor investment income (rente, dividend, capital gains)
- X Lux houdt enkel de aandelen in X Sweden Holding en de vordering daarop. Geen verdere activiteiten
- X Sweden Holding houdt enkel de aandelen in X Sweden, geen verdere activiteiten, zelfde bestuur als X Sweden.
- Rente inkomsten X Sweden $\approx$ 98% totale inkomsten
- 2010 Deense belastingdienst:
 - X Sweden, X Sweden Holding en X Lux zijn geen uiteindelijk gerechtigden tot rente (IRD en verdrag)
 - X Lux: onjuiste rechtsvorm, niet juist onderworpen en transparant (dus niet uiteindelijk gerechtigde)



Casus C-119/16 (C Denmark I)

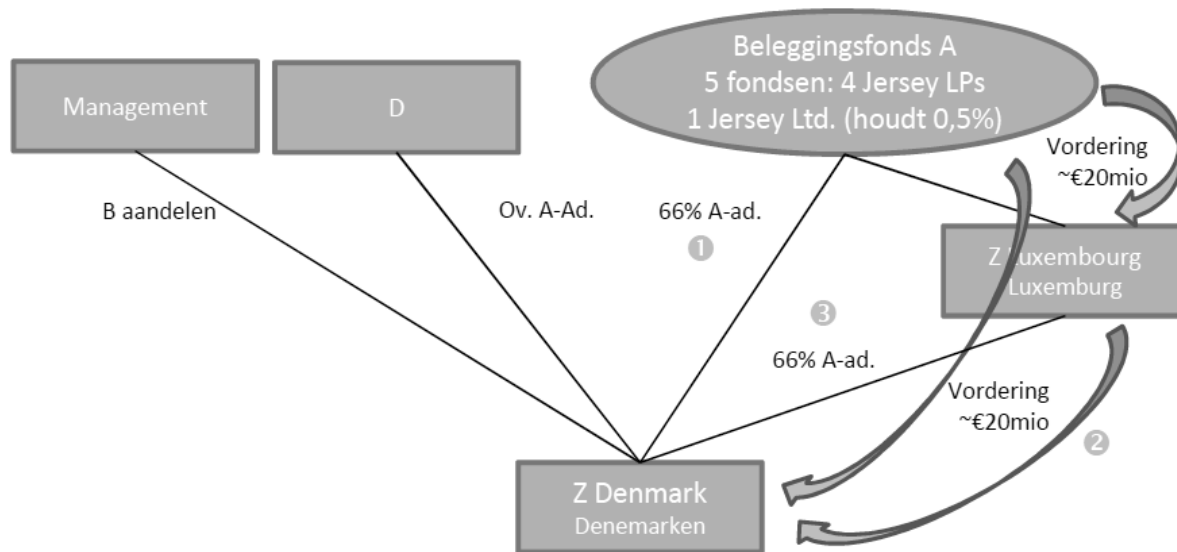


C-concern plaatst drie houdsters tussen C Cayman en C Denmark II

- Schuldbekentenissen: volledig back-to-back
- Alle tussengeschoven houdsters doen niets anders dan deze activiteiten
- 2010 Deense belastingdienst:
 - Tussenplaatsen Zweden fiscaal ingegeven.
 - C Sverige I en II en zijn niet uiteindelijke gerechtigden tot rente (IRD en verdrag)
 - “Equity wall” Zweden doet daaraan niet af



Casus C-299/16 (Z Denmark)



A Fund koopt 66% van A aandelen Z Denmark (8/2005) en verstrekt lening van €20 mio aan Z Denmark (9/2005)

Richt Z Luxembourg op en draagt de vordering over aan haar onder verstrekking van lening (4/2006)

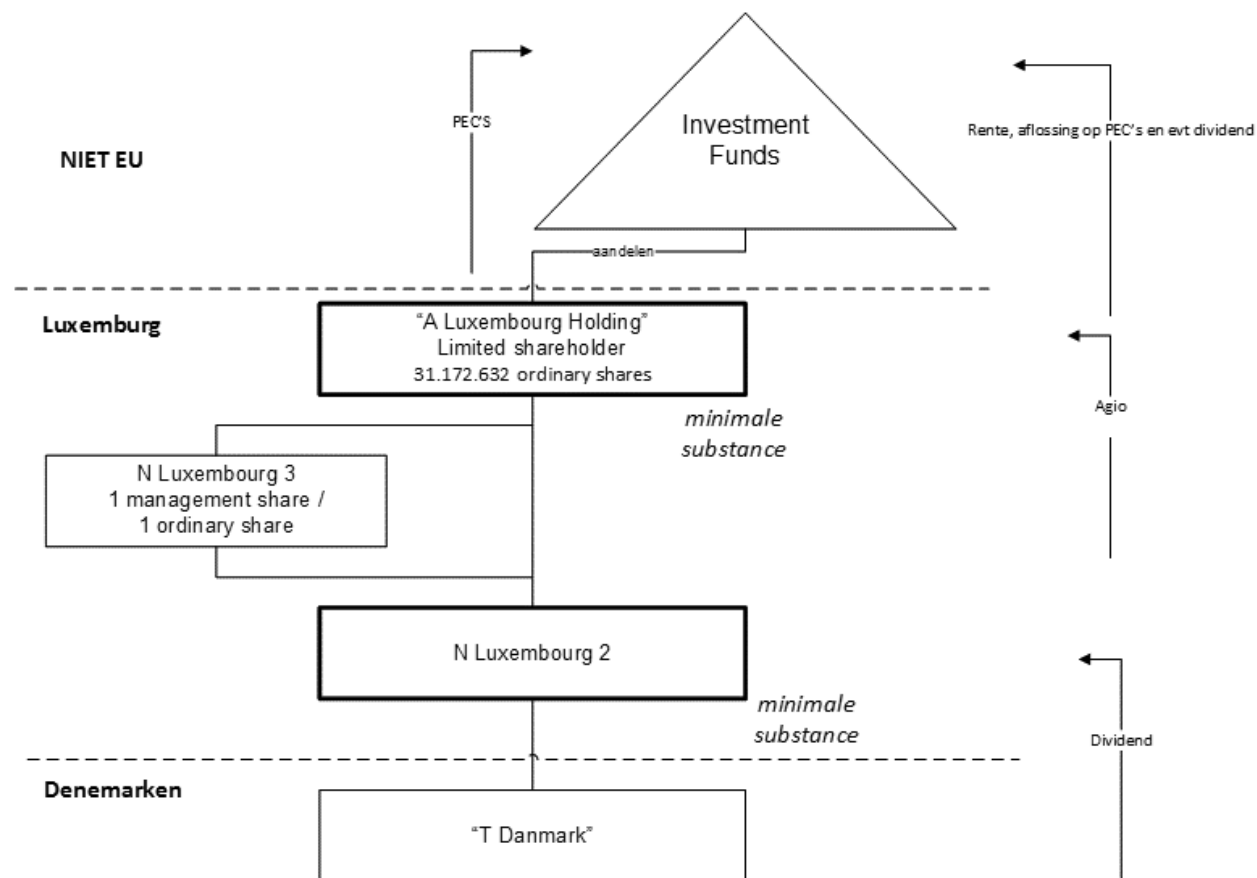
Draagt A aandelen over aan Z Luxembourg (6/2006)

Z Lux heeft geen andere activiteiten, leningen volledig back-to-back (beh. spread); gelijktijdig in 2007 afgelost.

2010 Deense belastingdienst:

- ✓ Z Lux is geen uiteindelijk gerechtigden tot rente (IRD en verdrag)
- ✓ Transacties leiden gezamenlijk beschouwd niet tot belastbare inkomsten
- ✓ Z Lux is enkel een doorstromer, beschikt niet over reële bevoegdheden

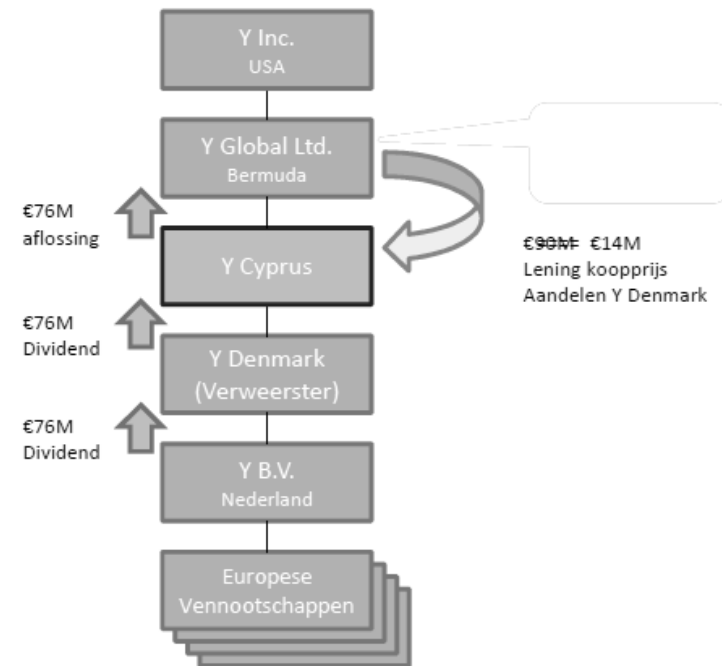
Casus - C-116/16 T-Danmark (dividend)





C-117/16 (Dividend)

- Y Global Ltd. (Bermuda) wordt gemanaged door een (onafhankelijke) trust
- In 2005 grote dividendstroom voorzien (American Jobs Creation Act)
- 9 mei 2005: oprichting van en verkoop aandelen Y Denmark aan Y Cyprus
 - Geen werknemers
 - Domicilie bij trust
 - 'kale houdster'
- Dividenden:
 - 26/9 Y NL (25/10 betaald)
 - 28/9 Y Denmark (27/10 betaald)
 - 28/10 aflossing door Y Cyprus van schuld aan Y Global





Belangrijke overwegingen HvJ

1. Er geldt een algemeen unierechtelijk beginsel dat onderdanen van de EU bij fraude of misbruik zich niet kunnen beroepen op het Unierecht. Lidstaten moeten toepassing EU-recht dus weigeren in geval van fraude of misbruik.
2. Aanwezigheid van nationale antimisbruikbepalingen zijn niet nodig en nationaal recht dient zoveel mogelijk te worden uitgelegd conform het EU-recht.
3. Bewijslast misbruik ligt bij de belastingautoriteiten.
4. Het Hof hanteert een economische benadering voor toegang tot de IRD en MRD: alleen (uiteindelijk) gerechtigden kunnen een beroep doen op de richtlijn die vanuit economisch oogpunt daadwerkelijk het genot hebben van de inkomsten en vrij kunnen beslissen over het gebruik ervan. Ontbreken van een contractuele verplichting voor doorbetaling is niet maatgevend. Het gaat erom of je “in wezen” wel of niet recht hebt op het genot van dividend of rente.
5. Lidstaat hoeven de uiteindelijk gerechtigden niet te identificeren.



Misbruik volgens HvJ

Er is sprake van misbruik indien een vennootschap

- › niet is opgericht om redenen die de economische realiteit weerspiegelen (objectieve toets)
- › en als voornaamste doel of een van zijn voornaamste doelen heeft een belastingvoordeel te verkrijgen dat de strekking of het doel van de toepasselijke belastingwetgeving ondermijnt (subjectieve toets).

Dit is met name het geval bij “doorstroomvennootschappen” die zijn toegevoegd aan de structuur.



Criteria doorstroomvennootschappen

- › Gebrek aan **bevoegdheid om vanuit economisch oogpunt vrij over de voordelen** te kunnen beschikken.
- › **Snel doorstoten van inkomsten** aan de uiteindelijke gerechtigde buiten de EU of aan een andere doorstroomvennootschap.
- › Ontbreken van een **daadwerkelijke relevante economische activiteit**. Belastingdienst dient daarvoor onderzoek te verrichten naar alle relevante feiten en omstandigheden zoals:
 - ⇒ het bestuur van de onderneming, de boekhoudkundige balans, omvang eigen vermogen, kostenstructuur, de werkelijk gemaakte kosten, omvang winst, werknemers, kantoren en uitrusting.
- › Samenloop met **wetswijzigingen**.



Gevolgen Deense arresten voor de praktijk

B. Zoetmulder (Loyens & Loeff / voorzitter NOB):

‘Wij zeggen al langer: mensen komen naar de structuur of de structuur gaat naar de mensen.’ Bron: FD, 03-05-2019

Robert Danon, Daniel Gutmann, Margriet Lukkien, Guglielmo Maisto, Adolfo Martín Jiménez, Benjamin Malek,

The Danish cases undoubtedly represent an important milestone with respect to the prohibition of abuse of rights not only in EU but also in international tax practice.

Intertax, vol. 49, 2021, issue 6/7:



Brief STAS N.A.V. DEENSE ARRESTEN (14 juni 2019)

- › Safe harbour is niet conform EU-recht. Ook bij voldoening hieraan zou sprake kunnen zijn van misbruik.
- › Aankondiging dat substance-eisen alleen nog van belang zullen zijn voor de bewijslastverdeling. Zie wetswijziging Wet DB/Vpb m.i.v. 2020 en Wet BB 2021.
- › Eerbiedigende werking voor de resterende looptijd van afgegeven rulings.
- › Voor nieuwe rulings worden aanwijzingen uit de arresten van 26 februari 2019 meegenomen
- › De Belastingdienst zal uitgesproken gevallen aan de rechter voorleggen.

Met ingang van 1 januari 2020 is onder verschillende Nederlandse bilaterale belastingverdragen het Multilaterale Instrument inwerking getreden. Dit heeft tot gevolg dat dergelijke belastingverdragen thans een antimisbruikbepaling kennen in de vorm van de Principal Purposes Test. Deze notitie zet de gevolgen van deze antimisbruikbepaling uiteen en beschrijft hoe deze toets zich verhoudt tot de nationale antimisbruikbepaling uit de Wet DB 1965.

Notitie

11 maart 2020

[Redacted signature]

[Redacted line]

Inhoudsopgave

1. Inleiding	2
2. Werking van de Nederlandse inhoudingsvrijstelling	2
3. Het verkrijgen van een vergunning	5
4. Het Multilaterale Instrument en de Principal Purposes Test	6
4.1 PPT	
4.2 PPT vs. de nationale antimisbruikbepaling	
5. De gevolgen van de PPT	7
5.1 Nieuwe vergunningen bij verdrag met PPT	
5.2 Van rechtswege vervallen van lopende vergunningen	

1. Inleiding

Met ingang van 1 januari 2020 is het Multilaterale Instrument (MLI) in werking getreden voor een aantal Nederlandse bilaterale belastingverdragen ter voorkoming van dubbele belasting. Als gevolg van het MLI doet een aantal bepalingen, veelal gericht op het voorkomen van verdragsmisbruik, hun intrede, waardoor (de werking van) het betreffende verdrag wijzigt. Eén bepaling betreft een algemene antimisbruiktoets, de *Principal Purposes Test* (PPT). In deze notitie wordt ingegaan op de gevolgen van de werking van de PPT in de Nederlandse belastingverdragen, voor zowel de Belastingdienst als de belastingplichtige waarbij specifiek wordt gekeken naar de vergunningen om minder dividendbelasting in te houden dan 15%.

Hoofdstuk 2 start met een uitleg over de werking van de antimisbruikbepaling uit de Wet op de dividendbelasting 1965 (Wet DB 1965) voor de toepassing van de inhoudingsvrijstelling. Deze bepaling dient door de aanvrager van de vergunning te worden getoetst alvorens een verdrag kan worden toegepast. Hoofdstuk 3 beschrijft het proces voor het verkrijgen van een vergunning en welke partijen hierbij betrokken zijn. In hoofdstuk 4 wordt de werking van de PPT uiteengezet en hoe de PPT zich verhoudt tot de nationale antimisbruikbepaling uit de Wet DB 1965. Tot slot sluit hoofdstuk 5 af met de gevolgen van de PPT en communicatie hierover, zowel richting collega's als inhoudingsplichtigen/adviseurs.

2. Werking van de nationale inhoudingsvrijstelling in de Wet DB 1965

2.1 De inhoudingsvrijstelling met ingang van 1 januari 2018

Met ingang van 1 januari 2018 is de inhoudingsvrijstelling voor de dividendbelasting uitgebreid richting derde landen. Voorheen gold al een inhoudingsvrijstelling voor opbrengstgerechtigden gevestigd in een EU/EER-lidstaat.

Op basis van artikel 4, tweede lid Wet DB 1965 mag inhouding van dividendbelasting achterwege blijven ten aanzien van de opbrengsten van aandelen, winstbewijzen en geldleningen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, indien:

1. de opbrengstgerechtigde een lichaam is dat volgens de fiscale wetgeving van:
 1. een EU-lidstaat of EER-staat aldaar is gevestigd; of
 2. een staat, waarmee Nederland een Verdrag of Regeling¹ ter voorkoming van dubbele belasting is overeengekomen met een dividendbepaling, aldaar is gevestigd; en
2. de opbrengstgerechtigde op het moment van uitkeren een belang houdt in de inhoudingsplichtige waarop de deelnemingsvrijstelling of deelnemingsverrekening van toepassing zou zijn indien de opbrengstgerechtigde in Nederland zou zijn gevestigd.

In zowel de bepaling voor de EU-lidstaten/EER-staten als de bepaling voor (overige) verdragslanden is opgenomen dat de opbrengstgerechtigde aldaar gevestigd dient te zijn. Dit betekent dat de opbrengstgerechtigde in het land van vestiging in beginsel fiscaal als niet-transparant dient te worden behandeld. Voor hybride entiteiten zijn in het negende en het tiende lid van artikel 4 van de Wet DB 1965 aparte bepalingen opgenomen.

Op grond van artikel 4, derde lid, onderdeel c Wet DB 1965 blijft de inhoudingsvrijstelling achterwege als sprake is van misbruik. Voor de toepassing van de antimisbruiktoets wordt onderscheid gemaakt tussen ondernemingsstructuren en beleggingsstructuren. In geval van beleggingsstructuren wordt in beginsel dividendbelasting ingehouden. Van een

¹ Met 'Regeling' wordt bedoeld op de belastingregelingen die zien op de relaties binnen het Koninkrijk der Nederlanden.

ondernemingsstructuur is in ieder geval sprake als de directe aandeelhouder een onderneming drijft, en het belang in dat Nederlandse lichaam functioneel tot zijn ondernemingsvermogen kan worden gerekend. Het mag hierbij dus niet gaan om het passief aanhouden van aandelen of lidmaatschapsrechten.² Ingevolge onderdeel c is sprake van misbruik indien – kort gezegd – de aandelen in de in Nederland gevestigde vennootschap of de lidmaatschapsrechten in een houdstercoöperatie worden gehouden met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van dividendbelasting bij een ander te ontgaan (subjectieve toets) en er sprake is van een kunstmatige constructie of transactie (objectieve toets).

Subjectieve toets

Om te bepalen of het hoofddoel of een van de hoofddoelen is gelegen in het ontgaan van de heffing van dividendbelasting bij een ander wordt een vergelijking gemaakt tussen:

- de situatie dat de aandelen (of de lidmaatschapsrechten) in het uitdelende, in Nederland gevestigde lichaam worden gehouden door de belastingplichtige (het lichaam dat de aandelen of de lidmaatschapsrechten in het in Nederland gevestigde lichaam onmiddellijk houdt); ten opzichte van
- de situatie dat de aandelen of de lidmaatschapsrechten rechtstreeks zouden worden gehouden door de achterligger(s) die – onmiddellijk of middellijk – de aandelen (of lidmaatschapsrechten) in de belastingplichtige bezit(ten), dus zonder tussenkomst van de belastingplichtige (de zogenoemde 'wegdenkgedachte').

Indien de situatie zonder tussenkomst van de belastingplichtige niet zou leiden tot een hogere Nederlandse dividendbelastingclaim, zal er geen sprake zijn van het ontgaan van dividendbelasting bij een ander. Deze toetsing vindt steeds plaats op het moment van uitkering. Bij de wegdenkgedachte mogen tussenliggende vennootschappen worden weggedacht, dit kunnen dus meerdere 'tussenschakels' zijn. Er dient weggedacht te worden tot aan de eerste onderneming in rechte opgaande lijn.³ Indien bij een directe uitkering aan deze lichaam geen dividendbelasting ingehouden had hoeven worden, is er geen sprake van het ontgaan van dividendbelasting bij een ander. Zodoende wordt niet voldaan aan de subjectieve toets en blijft de toepassing van de antimisbruikbepaling achterwege. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 10 januari 2020 geoordeeld dat de subjectieve toets een gerechtvaardigde inbreuk is op de vrijheid van vestiging omdat wetgever uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven dat met deze regel de bestrijding van misbruik is beoogd.⁴

Objectieve toets

Indien wel sprake is van het ontgaan van dividendbelasting bij een ander moet vervolgens worden beoordeeld of er sprake is van een kunstmatige constructie of transactie. Een constructie wordt als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Van geldige zakelijke redenen is sprake indien deze worden gereflecteerd in de substance van het lichaam dat het belang in het Nederlandse lichaam onmiddellijk houdt. Zoals eerder opgemerkt is hiervan sprake indien het lichaam dat het belang houdt, een onderneming drijft. Hierbij is geen inhoudelijke wijziging beoogd ten aanzien van het bestaande begrippenkader, waaronder de begrippen ondernemen en beleggen.

Op grond van het voorstaande zijn er twee mogelijke situaties te onderkennen waarin een beroep op de objectieve toets slaagt. Deze twee mogelijkheden zijn:

- De directe aandeelhouder (de opbrengstgerechtigde) houdt de aandelen niet ter belegging en de ondernemingsactiviteiten (waaronder het vervullen van een

² Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 12.

³ Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 6, p. 23 & 29.

⁴ HR 10 januari 2020, ECLI:HR:2020:21, r.o. 2.6.4.; In deze zaak betrof het de vergelijkbare antimisbruikbepaling uit artikel 17, derde lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969.

- tophoudsterfunctie⁵⁾ van het lichaam waarin wordt deelgenomen liggen in het verlengde van de ondernemingsactiviteiten van de inhoudingsplichtige; of
- De directe aandeelhouder (opbrengstgerechtigde) is een houdstervennootschap (tussenschakel) die beschikt over voldoende relevante substance.

2.2 Wetswijzigingen naar aanleiding van EU-jurisprudentie

Bij de inwerkingtreding van de inhoudingshoudingsvrijstelling gold als relevante substance voor de objectieve toets een zogenoemde "safe harbour". Hierbij moest een houdstervennootschap (onder meer) ten minste €100.000 aan relevante loonkosten hebben en een onroerende zaak (inclusief relevante inrichting) voor minimaal 24 maanden tot haar beschikking hebben staan.⁶ Bovendien diende de houdstervennootschap een schakelfunctie te vervullen door te schakelen tussen onderneming(en) onder en boven de houdstervennootschap. In dergelijke gevallen was geen sprake van misbruik en kon de inhoudingsvrijstelling worden toegepast indien tevens werd voldaan aan de overige voorwaarden. Omgekeerd gold dat de inhoudingsvrijstelling geen toepassing kon vinden bij het ontbreken van deze relevante substance.

Met ingang van 1 januari 2019 geldt dat inhoudingsplichtigen (en de opbrengstgerechtigden) aannemelijk kunnen maken dat bij afwezigheid van de minimale relevante substance toch geen sprake is van misbruik. Deze wijziging is het gevolg van een tweetal arresten van het HvJ EU inzake de werking van nationale antimisbruikbepalingen bij de toepassing van de Moeder-dochterrichtlijn.⁷ Uit deze arresten volgt, kortgezegd, dat lidstaten geen algemeen bewijsvermoeden van misbruik mogen opnemen in de nationale fiscale wetgeving zonder belastingplichtige in de gelegenheid te stellen tot het bieden van tegenbewijs.

Met ingang van 1 januari 2020 geldt niet langer een "safe harbour", maar hebben de substance-eisen een rol gekregen in de bewijslastverdeling, waarbij de inspecteur aannemelijk kan maken dat sprake is van misbruik ondanks dat de houdstervennootschap beschikt over voornoemde substance-eisen.⁸ Deze bewijsmogelijkheid voor de Belastingdienst is ingevoerd naar aanleiding van de arresten van het HvJ EU van 26 februari 2019.⁹ (hierna: Deense zaken). In de Deense zaken heeft het HvJ EU met een reeks aanwijzingen het misbruikbegrip nader ingevuld, maar het is na deze arresten nog steeds niet volledig duidelijk in welke situaties op grond van het EU-recht sprake is van misbruik. De bepaling van de aan- of afwezigheid van de economische activiteit (i.e. een zakelijke structuur) moet worden afgeleid uit alle feiten en omstandigheden. Voor een dergelijke beoordeling dient met name gekeken te worden naar het bestuur van de tussenschakel, de boekhoudkundige balans, de kostenstructuur en de werkelijk gemaakte kosten, het personeel en de beschikbare kantoorruimte en uitrusting.¹⁰

Bij een tussenschakel met activiteiten die bijvoorbeeld in het licht van de ontvangen voordelen slechts een ondersteunend of administratief karakter hebben, kan sprake zijn van een kunstmatige constructie. Alle feiten en omstandigheden moeten daarbij in ogenschouw worden genomen. Indien bijvoorbeeld een tussenschakel slechts een onbeduidende belastbare winst behaalt, kan dit een aanwijzing zijn dat sprake is van een kunstmatige constructie. Ook de wijze waarop de tussenschakel wordt gefinancierd, de omvang van haar eigen vermogen of het gebrek aan bevoegdheid bij het bestuur van de tussenschakel kan een aanwijzing vormen voor een kunstmatige constructie. Bij gebrek aan bevoegdheid kan worden gedacht aan een situatie waarin de tussenschakel niet vrij

⁵ Een lichaam dat op grond van haar activiteiten op bestuurlijk, beleidsvormend of financieel terrein een wezenlijke functie vervult ten dienste van de bedrijfsuitoefening van de groep.

⁶ Zie toenmalig artikel 1bis Uitvoeringsbeschikking dividendbelasting 1965.

⁷ HvJ EU 20 december 2017, Deister Holding AG en Juhler Holding A/S, gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, *ECLI:EU:C:2017:1009* en HvJ EU 7 september 2017, Eqiom en Enka, zaak C-6/16, *ECLI:EU:C:2017:641*.

⁸ Artikel 4, twaalfde lid, Wet DB 1965. Zie *Kamerstukken II*, 2019/20, 35305, nr. 3, p 43-45.

⁹ HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken C-116/16 en C-117/16, *ECLI:EU:C:2019:135*.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 50.

over het ontvangen dividend kan beschikken. Dergelijke aanwijzingen bestaan niet slechts uit contractuele of wettelijke verplichtingen voor het bestuur van de tussenschakel, maar eveneens in de omstandigheid dat het bestuur van de tussenschakel *in wezen* niet de bevoegdheid heeft omtrent het gebruik en genot van het ontvangen dividend. Een indicatie hiervoor kan zijn dat het dividend vrijwel direct en nagenoeg volledig na ontvangst wordt doorgesluisd naar de aandeelhouder(s). Bovenstaande aanwijzingen kunnen worden versterkt door het feit dat complexe financiële transacties binnen concernverband (om en nabij) samenvallen met de inwerkingtreding van nieuwe belastingwetgeving die men hiermee probeert te ontwijken.¹¹

De staatssecretaris heeft in antwoorden op Kamervragen aangegeven dat de Belastingdienst uitgesproken gevallen aan de rechter zal voorleggen.¹² Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan situaties waarin in zakelijke verhoudingen loonkosten van € 100.000 niet in verhouding staat tot de omvang van de door een tussenschakel ontvangen en betaalde dividenden. Via nadere jurisprudentie, nationaal of internationaal, zal op dit punt verdere duidelijkheid moeten worden gecreëerd. Indien zich in de praktijk een dergelijke situatie voordoet wordt verzocht om dit af te stemmen via de vaktechnische lijn (vta en vaco). Tenslotte vindt de staatssecretaris van Financiën dat de Deense zaken geen gevolgen hebben voor het toekennen van de voordelen uit de bilaterale belastingverdragen van Nederland.

De inhoudingsvrijstelling blijft ook buiten toepassing in andere gevallen dan die van misbruik. Op grond van artikel 4, derde lid, onderdeel b Wet DB 1965 moet de toepassing van de inhoudingsvrijstelling achterwege blijven indien de opbrengstgerechtigde een vergelijkbare functie vervult met een Nederlandse FBI of VBI, als bedoeld in respectievelijk artikel 6a en artikel 28 Wet VPB 1969. Daarnaast vindt de inhoudingsvrijstelling geen toepassing indien de opbrengstgerechtigde in de staat van vestiging op grond van een belastingverdrag van die staat geacht wordt te zijn gevestigd in een andere staat waarmee Nederland geen belastingverdrag (met dividendbepaling) heeft, of geen onderdeel uitmaakt van de EU/EER. Los daarvan wordt de inhoudingsvrijstelling niet gehonoreerd ten aanzien van opbrengsten met betrekking waartoe de opbrengstgerechtigde niet de uiteindelijke gerechtigde is.

3. Het verkrijgen van een vergunning

Een inhoudingsplichtige kan om een beschikking verzoeken waarmee zij op grond van een belastingverdrag wordt ontslagen van de verplichting om de niet-verschuldigde dividendbelasting in te houden (hierna: de vergunning).¹³ Met ingang van 1 januari 2018 geldt als voorwaarden voor het verlenen van een vergunning dat een inhoudingsplichtige geen beroep kan doen op de nationale inhoudingsvrijstelling uit de Wet DB 1965. Dit betekent dat de inhoudingsplichtige bij het verzoek om een vergunning moet verklaren dat de nationale inhoudingsvrijstelling niet van toepassing is. Een vergunning kan in dergelijke gevallen worden verleend indien het van toepassing zijnde verdrag zich daar niet tegen verzet. Onder de verdragen is het volgens de uitvoeringsvoorschriften alleen mogelijk om een vergunning te vragen voor deelnemingsdividenden (voor portfoliodividend bestaat deze mogelijkheid niet).

Inhoudingsplichtige die een vergunning wenst, dient hiertoe een verzoek in bij Kantoor Arnhem. Kantoor Arnhem stuurt aan de verzoeker eerst een brief dat de aanvraag niet in behandeling wordt genomen, maar dat door de verzoeker eerst beoordeeld moet worden of de inhoudingsvrijstelling van toepassing is in geval van een uitkering. Als door de

¹¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 29.

¹² Staatssecretaris van Financiën, Brief van 14 juni 2019, nr. 2019-0000095322, Antwoorden Kamervragen nr. 2019Z08977 (ingezonden 2 mei 2019).

¹³ Artikel 5 Universele Nederlandse uitvoeringsvoorschriften 2015 inzake belastingverdragen, uitgezonderd het belastingverdrag met de Verenigde Staten van Amerika, en de Belastingregeling Nederland Curaçao van 26 november 2015, *DGB 2015-5569M*.

inhoudingsplichtige wordt bevestigd dat dit niet het geval is, stuurt Kantoor Arnhem de aanvraag door naar de voor de vennootschapsbelasting/dividendbelasting competente inspecteur. Het is de inspecteur die beslist over het afgeven van de vergunning.¹⁴

De competente inspecteur ontvangt, naast de vergunningaanvraag van de aanvrager, de conceptvergunning en een begeleidende mail met instructies. Het toekennen/weigeren van een vergunning is een voor bezwaar vatbare beschikking waarvoor een beslistermijn geldt van 8 weken. De inspecteur is verantwoordelijk voor het kenbaar maken van zijn/haar beslissing richting de aanvrager en deelt deze tevens met Kantoor Arnhem door de toekenning/weigering te mailen naar dividendbelasting@belastingdienst.nl.

4. Het Multilaterale Instrument (MLI) en de Principal Purposes Test (PPT)

Nederland heeft in juli 2017 de Nederlandse tekst van het MLI gepubliceerd in het Tractatenblad (nr. 2017, 194)¹⁵. Op 6 maart 2019 is de tekst gepubliceerd in het Staatsblad¹⁶ en met ingang van 1 januari 2020 treedt het MLI inwerking voor de door Nederland aangewezen "gedekte" belastingverdragen. Het MLI strekt ertoe wereldwijd de uitkomsten van het zogenoemde BEPS-project op een snelle en efficiënte wijze door te laten werken in de bilaterale belastingverdragen van de landen die aan dit BEPS-project deelnemen. Met het MLI kunnen ook de door Nederland gesloten belastingverdragen in lijn worden gebracht met de uitkomsten van dit BEPS-project zonder dat hiervoor bilaterale onderhandelingen nodig zijn.¹⁷ Artikel 7, eerste lid, van het MLI betreft de PPT, een algemene antimisbruikbepaling die voor deelnemende staten geldt als minimum implementatievoorwaarde.

Nederland heeft naast de inwerkingtreding van het MLI tevens bilateraal belastingverdragen gesloten met daarin een PPT. Het ministerie van Financiën, meer specifiek de directie Internationale Zaken en Verbruikersbelastingen (IZV) draagt zorg voor een actueel overzicht van de Nederlandse bilaterale verdragen waarin een PPT werkzaam is. Dit overzicht is te vinden op rijksoverheid.nl. Het is de bedoeling dat binnen de Belastingdienst alleen met het overzicht op rijksoverheid.nl wordt gewerkt.

4.1 PPT

Met een PPT worden verdragsvoordelen niet toegekend voor een bestanddeel van het inkomen indien het verkrijgen van dit verdragsvoordeel één van de voornaamste redenen was voor een constructie of transactie die tot dat voordeel heeft geleid.¹⁸ De PPT valt onder Actiepunt 6 van het BEPS-project en geldt als een minimumvoorwaarde voor de toepassing van het MLI.¹⁹ Voor de PPT zijn de volgende vragen van belang²⁰:

- i) Heeft de belastingplichtige geldige zakelijke redenen voor de geteste structuur of transactie of was een van de hoofddoelen daarvan het besparen van belasting?
- ii) Past de uitkomst bij doel en strekking van belastingverdragen, te weten dubbele belasting te voorkomen door heffingsrechten te verdelen tussen de twee betrokken staten?

¹⁴ M.u.v. het belastingverdrag met US en de Belastingregeling NL - Curaçao.

¹⁵ Engelstalige versie (2017, 86)

¹⁶ Nr. 2019, 113.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2017/18, 34853 (R2096), nr. 3, p. 2.

¹⁸ Zie artikel 7, eerste lid van het MLI.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2017/18, 34788, nr. 3, p. 6. Op andere mogelijke antimisbruikmaatregelen zoals een (vereenvoudigde) LOB-bepaling zal Nederland niet inzetten.

²⁰ *Kamerstukken II* 2017/18, 34853 (R2096), nr. 6, p. 28-29.

4.2 PPT versus nationale antimisbruikbepalingen

Nederland kent in de nationale inhoudingsvrijstelling een met de PPT vergelijkbare antimisbruikbepaling (zie hoofdstuk 2). Dit betreft een implementatie van het Europese antimisbruikbegrip zoals dit is neergelegd in de Moeder-dochterrichtlijn (MDR).²¹ Over de verhouding tussen/werking van de Nederlandse invulling van de PPT en nationale antimisbruikbepaling heeft de wetgever een aantal zaken opgemerkt:

- i) Met de implementatie van een afzonderlijke antimisbruikbepaling in de Wet DB 1965 (per 1 januari 2018) is tevens beoogd de nationale antimisbruikbepaling in lijn te brengen met de Nederlandse invulling van de PPT.²²
- ii) De nationale antimisbruikbepaling is niet strenger dan de PPT en zal dus niet worden beperkt door de toepassing van een belastingverdrag.²³
- iii) In de gevallen dat Nederland als bronland fungeert zal Nederland niet verder gaan de reikwijdte van zijn nationale antimisbruikbepaling(en).²⁴

Uit het bovenstaande is af te leiden dat de antimisbruikbepaling in de Wet DB 1965 niet wordt belemmerd door belastingverdragen waarin een PPT is opgenomen. Vanuit Nederlands perspectief is deze nationale antimisbruikbepaling in lijn met de PPT. Dit hoeft overigens niet te betekenen dat het andere verdragsland de PPT op dezelfde wijze toepast.

5. Gevolgen van PPT

Uit hoofdstuk 4 volgt dat de inwerkingtreding van de PPT in een belastingverdrag gevolgen heeft voor bestaande en nieuw af te geven vergunningen. In beide situaties zijn er aandachtspunten voor zowel de Belastingdienst als de inhoudingsplichtige/adviseur. Onderstaand worden deze gevolgen toegelicht.

5.1 Nieuwe vergunningen bij verdrag met PPT

Er mogen geen nieuwe vergunningen meer worden afgeven indien, vanwege misbruik, de nationale inhoudingsvrijstelling geen toepassing vindt en het verdrag een PPT heeft. Dit heeft tot gevolg dat onder PPT-verdragen naar verwachting zeer weinig inhoudingsplichtigen in aanmerking zullen komen voor een vergunning. Dit kan als volgt worden toegelicht.

Zoals vermeld in hoofdstuk 2 blijft de inhoudingsvrijstelling – naast misbruikssituaties – tevens achterwege, indien i) de opbrengstgerechtigde volgens fiscale wetgeving van het land waarin zij is gevestigd wordt geacht te zijn gevestigd in een andere staat, niet zijde een EU-lidstaat/EER-staat of verdragsstaat, ii) de opbrengstgerechtigde een vergelijkbare functie vervult met een Nederlandse FBI of VBI²⁵, of iii) ten aanzien van opbrengsten met betrekking waartoe de opbrengstgerechtigde niet de uiteindelijke gerechtigde is. Welke gevolgen kunnen hieraan worden verbonden?

- i) In deze situatie is de opbrengstgerechtigde niet fiscaal gevestigd in een staat waarmee Nederland een belastingverdrag heeft afgesloten. Om deze reden is een vermindering van het verdragstarief en een vergunning hierbij niet aan de orde.
- ii) Tijdens het onderzoek naar de afgegeven vergunningen bleek dat aan opbrengstgerechtigden die een vergelijkbare functie vervullen met een Nederlandse

²¹ Artikel 1, tweede lid van Richtlijn 2011/96 EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2011, L 345).

²² Kamerstukken 2017/18, 34788, nr. 3, p. 16 en SvF, brief 14 juni 2019.

²³ Kamerstukken 2017/18, 34853 (R2096), nr. 6, p. 28-29 en Kamerstukken 2017/18, 34788, nr. 6, p. 7.

²⁴ Kamerstukken 2017/18, 34853 (R2096), nr. 6, p. 28-29.

²⁵ Let op: "het vervullen van een vergelijkbare functie" verschilt van een buitenlandse entiteit die "objectief vergelijkbaar is" met een FBI/VBI. In dit laatste geval zal vaker sprake zijn van een entiteit met activiteiten die zich richt op portfoliodividenden. Hierbij zijn vergunningen (deelnemingsdividenden) niet aan de orde.

- FBI of VBI nauwelijks vergunningen verleend. Voor dergelijke lichamen geldt bovendien dat zij niet altijd toegang hebben tot het betreffende belastingverdrag.²⁶
- iii) Een opbrengstgerechtigde die niet kwalificeert als uiteindelijk gerechtigde had (in veel gevallen) ook voor de inwerkingtreding van de PPT al geen toegang tot het verdrag.

Het is zodoende belangrijk om te benadrukken dat het verstrekken van vergunningen onder een PPT-verdrag uitzonderlijk is geworden. Het is de bedoeling de communicatie daar op aan te passen. In de begeleidende mail van kantoor Arnhem aan de inspecteur werd al uiteengezet dat de inhoudingsplichtige pas in aanmerking komt voor een vergunning als is verklaard dat de nationale inhoudingsvrijstelling geen toepassing vindt. Deze mail wordt uitgebreid om de inspecteur er op te wijzen dat als gevolg van de gewijzigde verdragstoepassing een verzoek om een vergunning onder bepaalde belastingverdragen (i.e. met een PPT) zelden meer zal worden gehonoreerd.

De komende jaren zal de PPT in steeds meer Nederlandse belastingverdragen (door het MLI of heronderhandeling van de bestaande belastingverdragen) haar intrede doen. Kantoor Arnhem controleert in eerste instantie bij iedere vergunningaanvraag of er sprake is van een verdrag waarvoor een PPT geldt. Zoals eerder vermeld is de competentie inspecteur uiteindelijk verantwoordelijk voor correcte toepassing van het belastingverdrag. Kantoor Arnhem stuurt hieromtrent een aangepaste begeleidende mail aan de inspecteur.

²⁶ De Luxemburgse SICAV/SICAF is een voorbeeld van een lichaam wat onder omstandigheden een vergelijkbare functie kan vervullen met een Nederlandse FBI of VBI maar geen toegang heeft tot het verdrag Nederland – Luxemburg.

Begeleidende mail Kantoor Arnhem (intern) bij verdragslanden met een PPT

De aanvrager heeft op {DATUM} een verzoek ingediend voor een beschikking om toepassing van het verdragstarief onder het belastingverdrag Nederland-XXX.

Wij hebben aangegeven dat we de aanvraag vooralsnog niet in behandeling nemen, om de nationale inhoudingsvrijstelling voorgaat op de toepassing van het verdrag. (zie bijgevoegde tekst 'weigering Vergunning....') (BIJLAGE: VOORLOPIGE WEIGERING VERGUNNING)

De aanvrager is echter van mening (zie bijlage) dat ze de nationale inhoudingsvrijstelling, uit artikel 4, tweede lid, Wet op de dividendbelasting 1969 (Wet DB 1969), niet kan toepassen, maar wel in aanmerking komt voor verlaging van het tarief door toepassing van een belastingverdrag.

Onder het belastingverdrag Nederland – XXX geldt een antimisbruikbepaling, de zogenoemde 'Principal Purposes Test' (PPT). Het afgeven van een beschikking onder belastingverdragen waarvoor een PPT geldt is echter zeer uitzonderlijk. Dit kan als volgt worden uitgelegd.

Ervaring leert dat bij inhoudingsplichtigen die de nationale inhoudingsvrijstelling niet kunnen toepassen, dit meestal het gevolg van misbruik als bedoeld in artikel 4, derde lid, onderdeel c, Wet DB 1969. Aangezien de PPT door Nederland op dezelfde wijze wordt toegepast als antimisbruikbepaling uit de Wet DB 1969, is de kans groot dat deze inhoudingsplichtige ook geen recht heeft op de verlaging van het tarief onder het belastingverdrag Nederland – XXX. In deze situaties zal u de aanvraag moeten afwijzen. U gebruikt hiervoor de tekst onder 'tekst nieuwe beschikking bij afwijzing'. Bent u ondanks het uitzonderlijke karakter voornemens positief te beschikken op verzoeken die zien op een dergelijk belastingverdrag, dan moet u uw vaktechnisch coördinator raadplegen. Mocht u na raadpleging van de vaktechnische lijn toch een positieve beschikking afgeven, dan maakt u gebruik van de tekst onder 'tekst nieuwe beschikking bij toewijzing'.

De Nederlandse bilaterale belastingverdragen met een PPT zijn veelal het gevolg van de inwerkingtreding van het Multilaterale Instrument (MLI). Zie artikel 7 van het MLI. Via deze link kunt u de belastingverdragen vinden die zijn aangepast door de inwerkingtreding van het MLI. Voor de volledigheid sturen wij de Universele c.q. VS uitvoeringsvoorschriften mee. Voor het afgeven van de vergunning wordt verwezen naar de voorwaarden genoemd in artikel 5 Universeel c.q. artikel 2 VS.

De nieuwe conceptvergunning

Zoals hiervoor reeds vermeld zal de komende jaren zal de PPT in steeds meer Nederlandse belastingverdragen (door het MLI of heronderhandeling van de bestaande belastingverdragen) haar intrede doen. Onderstaand is de nieuwe conceptvergunning opgenomen waarin de inspecteur aan de aanvrager kenbaar maakt dat een vergunning – ondanks een looptijd van vier jaar – eerder en van rechtswege kan vervallen. Deze aanpassing betreft een verduidelijking ten opzichte van de oude tekst van de vergunning. De inspecteur dient uitsluitend het sjabloon te gebruiken dat door Kantoor Arnhem wordt meegestuurd.

[NEDERLANDSE ENTITEIT] heeft verzocht om ontslagen te worden van de verplichting om de op de grond van het Nederlandse belastingverdrag met [LAND] (hierna: Verdrag) niet-verschuldigde dividendbelasting in te houden. Zie artikel 5, eerste lid van Universele Nederlandse uitvoeringsvoorschriften 2015 inzake belastingverdragen.

Ik heb besloten uw verzoek toe te wijzen. Deze beslissing baseer ik op artikel [VERDRAGSARTIKEL] van het Verdrag.

Met deze beschikking mag u bij de inhouding van dividendbelasting over de uitkering van dividend door [NEDERLANDSE ENTITEIT] aan [BUITENLANDSE ENTITEIT] uitgaan van het verdragspercentage voor deelnemingsdividenden. Het verdragspercentage bedraagt op het moment van afgifte van deze beschikking [...] %.

Deze beschikking eindigt vier jaar na datum afgifte of zodra niet meer wordt voldaan aan de voorwaarden in het Verdrag. Dit kan het geval zijn als de tekst van het Verdrag wijzigt (bijvoorbeeld door het Multilateraal instrument) of de omstandigheden wijzigen.

Als niet meer aan de voorwaarden wordt voldaan, dan moet u ons daar schriftelijk van op de hoogte brengen uiterlijk vóór de eerstvolgende vaststelling van dividend.

5.2 Van rechtswege vervallen van lopende vergunningen

Met ingang van 1 januari 2020 zijn lopende vergunningen van rechtswege vervallen indien deze zijn verkregen omdat de nationale inhoudingsvrijstelling niet kon worden toegepast vanwege misbruik.²⁷ Voor dergelijke gevallen is een brief gestuurd aan de inhoudingsplichtige (of diens adviseur) waarin is medegedeeld dat de lopende vergunning van rechtswege is komen te vervallen.²⁸ Daarbij wordt aan de inhoudingsplichtige de mogelijkheid geboden om aan te geven waarom de vergunning toch in stand zou moeten blijven. Op deze wijze wordt voorkomen dat een vergunning mogelijk abusievelijk wordt opgezegd. Ter volledigheid merken wij op dat de inspecteur grofweg drie reacties kan verwachten.

- i. Geen reactie.
De inhoudingsplichtige/adviseur is kennelijk akkoord met onze mededeling of de feiten zijn zodanig gewijzigd dat de vergunning al eerder is komen te vervallen.
- ii. Vergunning blijft in stand omdat de PPT minder streng moet worden uitgelegd dan de nationale antimisbruikbepaling.
Uit hoofdstuk 4 volgt dat de wetgever hieromtrent een andere visie heeft. De inhoudingsplichtige kan geen beroep meer doen op de vergunning en het is aan

²⁷ Uiteraard slechts voor de situatie dat de PPT geldt voor het betreffende verdrag.

²⁸ De brief dient slechts om de inhoudingsplichtige te informeren dat zijn vergunning is komen te vervallen. Inhoudingsplichtigen/adviseurs die onverhoopt geen brief hebben gekregen, worden geacht op de hoogte te zijn van de gewijzigde verdragstoepassing en daarmee gepaard gaande gevolgen.

de inspecteur om nadere uitleg te geven aan de inhoudingsplichtige of diens adviseur. Hierbij is het belangrijk om toezicht te houden op de dividenduitkeringen door de inhoudingsplichtige. Dit toezicht vindt plaats via de aangifte vennootschapsbelasting (bij een tarief van 0%) of via de aangifte dividendbelasting (bij tarieven tussen de 0% - 15%). Aangezien de inhoudingsplichtige bij een dividenduitkering van mening zal zijn dat zij een beroep kan blijven doen op de vergunning, dient een naheffingsaanslag dividendbelasting te worden opgelegd.

- iii. De vergunning blijft in stand omdat geen beroep kan worden gedaan op de nationale inhoudingsvrijstelling anders dan door misbruik (artikel 4, derde lid, c, Wet DB 1965).
Dergelijke verzoeken dienen te worden voorgelegd aan de vaktechnische lijn.

Voorbeeldbrief aan inhoudingsplichtige

Op [datum afgifte beschikking] is aan [NEDERLANDSE ENTITEIT, RSIN] een beschikking afgegeven om ontslagen te worden van de verplichting om de op de grond van het Nederlandse belastingverdrag met [LAND] (hierna: Verdrag) niet-verschuldigde dividendbelasting in te houden.

Met deze brief informeer ik u dat deze beschikking per [DATUM INWERKINGTREDING MLI] niet meer geldig is, waardoor [NEDERLANDSE ENTITEIT] over de uitkering in beginsel 15% dividendbelasting moet inhouden en afdragen. Ik licht dit hieronder toe.

Beschikking niet meer geldig door antimisbruikbepaling

Voor genoemde beschikking eindigt vier jaar na datum afgifte of zodra niet meer wordt voldaan aan de voorwaarden in het Verdrag. [NEDERLANDSE ENTITEIT] voldoet sinds [DATUM INWERKINGTREDING MLI] niet meer aan deze voorwaarden. Sinds die datum bevatten de voorwaarden namelijk een antimisbruikbepaling (door inwerkingtreding van artikel 7 van het multilateraal instrument) waaraan [Nederlandse entiteit] niet voldoet.

Als u van mening bent dat de beslissing geldig blijft

Bent u van mening dat de beschikking geldig blijft, omdat [NEDERLANDSE ENTITEIT] geen beroep kan doen op de nationale inhoudingsvrijstelling én er geen sprake is van misbruik, zoals bepaald in artikel 4, derde lid, onderdeel c, Wet DB 1965? Dan verzoek ik u uw lokale inspecteur voor [DATUM] informatie te verstrekken waaruit dit blijkt.

Deze brief is uitsluitend ter informatie

Wij sturen u deze brief uitsluitend ter informatie. Inhoudingsplichtige is zelf verantwoordelijk voor het correct toepassen van de Wet en het doen van een juiste aangifte.

Ter volledigheid wordt nogmaals opgemerkt dat Kantoor Arnhem zorg draagt voor de administratieve behandeling van de vergunningaanvraag, -toewijzing –en afwijzing. Bovenstaande brief is door Kantoor Arnhem verstuurd aan de inhoudingsplichtigen, zodat Kantoor Arnhem de regie houdt met betrekking tot de vervallen en in stand gebleven vergunningen. Reacties op de brieven worden doorgestuurd aan de betreffende vaco. Indien de inspecteur besluit dat een vergunning toch in stand kan blijven, dient hij deze beslissing door te geven aan Kantoor Arnhem via dividendbelasting@belastingdienst.nl.

Bijlage 2:

Notulen NOB – overleg d.d. 22 april 2010

Aanwezig namens belastingdienst:

[REDACTED] (APA/ATR – Team)
[REDACTED] (APA/ATR – Team)
[REDACTED] (ABPI, APA/ATR – Team)
[REDACTED] (APA/ATR-Team)
[REDACTED] (APA/ATR – Team, secretaris)

Aanwezig namens ministerie:

[REDACTED] (MvF, DGFZ/IFZ)
[REDACTED] (MvF, DGFZ/IFZ)
[REDACTED] (MvF, DGBEL)

Aanwezig namens Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB):

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Opmerkingen die door ministerie dan wel belastingdienst zijn gemaakt zijn aangeduid als ministerie. De opmerkingen van het NOB zijn in het verslag *cursief* weergegeven.

Het tweede punt dat door het NOB voor vandaag nog naar voren wordt gebracht heeft betrekking op dividendstripping en het huidige beleid. Kunnen we hier niet terug naar Surtax, oftewel duurzame reorganisatie en superdividend? Met name wordt in dit verband verwezen naar de coop – structuren.

Door de belastingdienst worden afspraken gemaakt bij coop – structuren en een bestaande dividendbelastingclaim. In dat geval dient de bestaande claim veilig te worden gesteld. Indien dat het geval is kunnen er afspraken worden gemaakt in de vorm van een ATR. Er is dan geen sprake meer van stripping, maar men schrijft uit dat de bestaande claim zal worden afgewikkeld.

De kern is: we geven geen zekerheid bij een bestaande dividendbelastingclaim, maar deze claim kan wel

worden afgewikkeld.

Hiermee blijven we uit de discussie van een duurzame reorganisatie, omdat een coöperatie niet noodzakelijk is in een reorganisatie.

Het NOB vraagt zich af of deze lijn ook van toepassing is bij het vervangen van een BV door een Luxemburgse (tussen)houdsterstructuur.

In dat laatste geval geldt wel de reguliere regelgeving op het gebied stripping.



Fw: dividendstripping

aan [redacted]

24-08-2021 16:37

ATR 'beleid' inzake divstripping

[redacted]
Grote Ondernemingen / Internationaal
lid College IFZ

.....
Belastingen / Grote Ondernemingen

Laan op Zuid 45 | 3072 DB | Rotterdam | Kamer [redacted]

Postbus 30206 | 2500 GE | Den Haag
.....

[redacted]
[redacted]
[redacted]
----- Doorgestuurd door [redacted] GO/BLD op 24-08-2021 16:37 -----

Van: [redacted] GO/BLD

Aan: [redacted] GO/BLD@Belastingdienst, [redacted]

[redacted] GO/BLD@Belastingdienst

Datum: 29-03-2019 16:01

Onderwerp: dividendstripping

Hoi [redacted]

Zoals van de week besproken, denkt het ministerie na over de aanpassing van de regels inzake dividendstripping om dividendstripping effectiever te kunnen bestrijden. Ik ben bezig met een korte terugkoppeling richting het ministerie vanuit de KG en APA/ATR. Voor dat laatste deel ga ik uit van de info waar jullie me van de weke van hebben voorzien. Kunnen jullie je in onderstaande tekst vinden? (het stuk vanuit de KG voeg ik later toe)

Groet,

[redacted]
=====

Beste [redacted]

Op 25 maart j.l. spraken wij over de verschillende verschijningsvormen van dividendstripping zoals de Belastingdienst die tegenkomt. Uitkomst van die bespreking was dat Kantoor Amsterdam en Kantoor Buitenland een voorzet voor een memo doen op basis van hun ervaringen bij financiële dienstverleners (banken, verzekeraars, pensioenfondsen etc.). Daarnaast zou ik van mijn kant aangeven welke vormen van dividendstripping APA/ATR en de Kennisgroep dividendbelasting tegenkomen naast die klassieke dividendstrippingsgevallen. Hieronder geef ik daar invulling aan.

APA/ATR

Naar aanleiding van het overleg heb ik contact opgenomen met [redacted] en [redacted] om hen te vragen naar hun ervaringen met dividendstripping binnen APA/ATR. Zij geven aan dat gevallen waarin mogelijk sprake is van dividendstripping zich binnen APA/ATR incidenteel voordoet (slechts enkele keren per jaar). Vrijwel altijd gaat het dan om reorganisaties met een duurzaam karakter. Op basis van de goedkeuring voor duurzame reorganisaties is in deze gevallen geen sprake van dividendstripping voor zover er geen sprake is van een superdividend. Bij het verlenen van zekerheid vooraf wordt daarom ook altijd als voorwaarde gesteld dat er geen superdividend wordt uitgekeerd. Indien men niet akkoord gaat met die voorwaarde wordt geen zekerheid vooraf verleend. Dividendstripping lijkt voor APA/ATR dan ook geen groot probleem en APA/ATR heeft dan

ook geen voorstellen voor aanpassing van de regels m.b.t. dividendstripping.

Memo

Aan
,
Vakbaas ZGO, kantoor Amsterdam
Van
Datum 23 december 2004
Onderwerp
, **dividendbelasting**

Aanleiding

Enige weken geleden is door de vakbaas ZGO, kantoor Amsterdam, bij DG-Bel een casus () onder de aandacht gebracht inzake de reikwijdte van art. 4, derde lid, Dividendbelasting. Op grond van deze bepaling bestaat (onder andere) geen recht op vermindering dividendbelasting in verdragssituaties indien sprake is van 'dividendstripping'. Op genoemd kantoor Amsterdam bestond verschil van inzicht of de dividendstrippingsbepaling in de casus al dan niet diende te worden toegepast. De vakbaas ZGO van kantoor Amsterdam heeft verzocht om een informele reactie van DG-Bel.

DG-Bel heeft de casus in zeer nauw overleg met WDB bekeken. De reactie van DG-Bel dient dan ook beschouwd te worden als een gezamenlijke reactie van DG-Bel en WDB.

DG-Bel heeft ook een reactie van de kennisgroep Dividendbelasting gevraagd. Het op het Ministerie werkzame lid, , schaart zich achter de reactie van DG-Bel en WDB. heeft per mail de mening van de overige kennisgroepleden gepeild. Niet alle leden van de kennisgroep hebben kunnen reageren. Uit de door ontvangen reacties, is niet gebleken dat de kennisgroep een van DG-Bel en WDB afwijkende zienswijze heeft.

Feiten

In de voorgelegde casus is sprake van een Amerikaans concern met wereldwijde activiteiten (). Ook in Nederland worden sinds 1996 substantiële reële activiteiten ontplooid. Deze activiteiten zijn zeer winstgevend geweest. De activiteiten worden uitgeoefend door een Nederlandse BV. De Nederlandse BV is tevens de houdster van alle niet-VS dochtermaatschappijen. De winst is tot 2003 niet uitgekeerd in de vorm van dividend.

De Nederlandse BV werd tot 2002 rechtstreeks gehouden door de VS-moedermaatschappij. In de periode van december 2000 tot januari 2002 hebben binnen het concern een aantal verhangingen plaatsgevonden, als gevolg waarvan de Nederlandse BV thans via een Nederlandse tussenhoudster gehouden wordt door een Luxemburgse vennootschap. De Luxemburgse vennootschap wordt op haar beurt weer gehouden door een Bermuda-vennootschap. Deze laatste wordt uiteindelijk weer gehouden door de VS-moedermaatschappij. Op 23 juli 2003 wordt een dividend uitgekeerd van \$ 1 miljard door de Nederlandse BV aan de Nederlandse tussenhoudster. De Nederlandse tussenhoudster keert op dezelfde

dag \$ 400 miljoen uit aan de Luxemburgse vennootschap.

Op grond van het verdrag met de VS zou een uitkering van dividend naar de VS-moedermaatschappij belast zijn met 5% dividendbelasting. Op een uitkering naar Luxemburg is geen dividendbelasting verschuldigd. Door de herstructurering wordt dus een heffing voorkomen van ten minste \$ 20 mio (5% van \$ 400 mio); op grond van art. 4, derde lid, Dividendbelasting zelfs van $25\% \times \$ 400 \text{ mio} = \$ 100 \text{ mio}$.

Reactie

In artikel 4, derde lid, Dividendbelasting is een bepaling opgenomen om dividendstripping te bestrijden. In de memorie van toelichting bij de introductie van dit artikellid is dividendstripping als volgt omschreven:

“Dividendstripping houdt in dat een (buitenlandse) aandeelhouder met behoud van het economische belang bij de aandelen, de dividendbelasting ontgaat door het recht op dividend over te dragen aan een persoon die een gunstiger recht heeft op verrekening, teruggaaf of vermindering van dividendbelasting dan de oorspronkelijke aandeelhouder, of aan een rechtspersoon ten aanzien van wie inhouding van dividendbelasting achterwege mag blijven, terwijl dit ten aanzien van de oorspronkelijke aandeelhouder niet het geval is. Daarbij kunnen twee hoofdvormen worden onderscheiden. Ten eerste de situaties waarin de buitenlandse partij het dividend doet toekomen aan een binnenlandse partij, we spreken dan van hollandrouting. Ten tweede de zuiver buitenlandse situaties, ook wel aangeduid met treaty shopping, waarin het recht op dividend overgaat op een andere buitenlandse partij die een gunstiger recht heeft op vermindering of teruggaaf dan de oorspronkelijke aandeelhouder.

Dividendstripping onderscheidt zich van normale effectentransacties doordat in de periode waarin afstand wordt gedaan van de aandelen, het belang bij die aandelen blijft rusten bij de oorspronkelijke aandeelhouder. In die periode wordt getracht het koersrisico zoveel mogelijk uit te sluiten. Daartoe wordt veelal gebruik gemaakt van een samenstel van rechtshandelingen met aanwending van verschillende financiële instrumenten.”

Ingevolge art. 4, derde lid, Dividendbelasting wordt verrekening of teruggaaf van dividendbelasting uitgesloten ten aanzien van degene die het dividend heeft ontvangen en om verrekening of teruggaaf verzoekt, maar die niet de uiteindelijk gerechtigde (beneficial owner) is tot het dividend. Het recht op teruggaaf of vermindering van dividendbelasting in geval van een grensoverschrijdende dividendbetaling vloeit in principe rechtstreeks voort uit het van toepassing zijnde belastingverdrag. Op grond van de belastingverdragen bestaat alleen recht op teruggaaf of vermindering van dividendbelasting indien de ontvanger van het dividend kan worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde.

De bedoeling van de introductie van artikel 4, derde lid, Dividendbelasting was de bestrijding van evidente gevallen van dividendstripping. Hierbij moet worden gedacht aan situaties waarbij het recht op dividend, *de vrucht*, overgaat op een andere partij, terwijl het koersrisico volledig bij de oorspronkelijke aandeelhouder blijft. Tijdens de parlementaire behandeling is de vraag opgekomen of de bepaling ook

van toepassing zou kunnen zijn op een situatie waarbij een vennootschap de aandelen aanvankelijk rechtstreeks houdt en na een verhangings binnen concernverband, de aandelen indirect houdt, via een andere groepsmaatschappij. Naar de letter van de wet zou deze situatie onder de reikwijdte van artikel 4, derde lid, Dividendbelasting kunnen worden begrepen. De oorspronkelijke aandeelhouder behoudt namelijk indirect het economische belang bij de aandelen. Het is echter niet de bedoeling dat bij iedere verhangings binnen concernverband de bepaling wordt ingeroepen. Tijdens de parlementaire behandeling is wel de mogelijkheid opengelaten om de bepaling toe te passen. Daarbij zijn drie factoren genoemd die relevant zijn: de aard van de dividenduitkering (incidenteel of regulier), het tijdsverloop tussen de verhangings en de dividenduitkering en het al dan niet permanente karakter van de verhangings. In een bijbehorend besluit van 29 november 2002, CPP2002/2787M, is over de weging van deze factoren gezegd dat indien zich een reorganisatie binnen concernverband voordoet gevolgd door een *reguliere* dividenduitkering, geen sprake is van dividendstripping. Indien echter sprake is van een duurzame reorganisatie in combinatie met de uitkering van een superdividend (een *incidentele* dividenduitkering), dan spelen ook andere factoren een rol, zoals het tijdsverloop tussen de verhangings en de dividenduitkering.

In de onderhavige casus is sprake van een dividenduitkering met een *incidenteel* karakter. Het is namelijk de eerste keer dat dividend is uitgekeerd. De reorganisatie is permanent. Ingevolge het hierboven vermelde besluit van 29 november 2002 dient dan (in ieder geval) ook met de factor tijd te worden rekening gehouden. De periode tussen de verhangings en de dividenduitkering bedraagt ongeveer 1 ½ jaar. Naar de mening van DG-Bel en WDB is een dergelijke periode voldoende lang om dividendstripping niet aanwezig te achten. DG-Bel en WDB verwachten dat in een eventuele procedure de rechter van de inspecteur een direct causaal verband verlangt tussen de verhangings en de dividenduitkering (een zeer zware bewijslast derhalve). DG-Bel en WDB achten de inspecteur, gegeven de tijdspanne van 1 ½ jaar, daartoe niet of nauwelijks in staat. In dit verband kan worden opgemerkt dat in het oorspronkelijke wetsvoorstel een safe harbour bepaling was opgenomen, ingevolge welke van dividendstripping geen sprake was indien tussen de periode van verhangings en dividenduitkering een periode van ten minste drie maanden was gelegen.

Bedacht moet worden dat in situaties waarin de concernstructuur vanaf het begin af aan zodanig is opgezet dat zo optimaal mogelijk geprofiteerd kan worden van belastingverdragen, ook geen bestrijding mogelijk is. Het toepassen van de dividendstrippingbepaling op situaties als de onderhavige zal er daarom waarschijnlijk alleen maar toe leiden dat men in de toekomst er beter op zal letten dat de concernstructuur van het begin af aan zo efficiënt mogelijk wordt opgezet.

Wellicht ten overvloede te geven andere argumenten die in casu tegen een toepassing van de dividendstrippingsbepaling pleiten zijn:

- Niet geheel zeker is of de dividendstrippingsbepaling met succes zal kunnen worden ingeroepen. Naar wij hebben begrepen beroept belastingplichtige zich op de toepassing art. 4a, eerste lid,

dividendbelasting (codificatie van de moederdochter-richtlijn). Ingevolge deze bepaling dient inhouding van dividendbelasting achterwege te blijven in het geval van grensoverschrijdende dividenden aan EU-moedermaatschappijen. Inhouding is daarentegen weer wel toegestaan in situaties die vallen onder een voorschrift ter bestrijding van fraude en misbruik in het belastingverdrag met Luxemburg.

Betwijfeld kan worden of de regeling inzake dividendstripping kan worden gekarakteriseerd als een dergelijke anti-misbruikmaatregel die past binnen het kader van art. 4a Dividendbelasting.

- Met ingang van 1 januari 2005 treedt het nieuwe belastingverdrag met Amerika in werking. Vanaf dat moment boet de betekenis van dividendstrippingsbepaling in relatie tot Amerika sterk aan betekenis in. Vanaf het moment dat de tekst van het nieuwe verdrag bekend is geworden zullen (nagenoeg) geen dividenden naar Amerika zijn gevloeid (men zal wachten met uitkeren tot na 1 januari 2005).

Conclusie

DG-Bel en WDB zijn van mening dat in de casus art. 4, derde lid, Dividendbelasting niet dient te worden toegepast. Wij menen dat genoemde bepaling oorspronkelijk niet is bedoeld voor de bestrijding van verhangingen binnen een concern. De bepaling is primair gericht tegen de verkoop van dividendbewijzen, die ten tijde van de verkoop wel gedeclareerd, maar nog niet betaalbaar zijn. Het doel van de transactie is het (zoveel mogelijk) vermijden van dividendbelasting, omdat de koper van de dividendbewijzen (na verrekening of teruggaaf) per saldo minder dividendbelasting verschuldigd is dan de verkoper. Voor zover de tekst van de wet en het Besluit van 29 november 2002 ruimte bieden voor het toepassen van de dividendstrippingsbepaling in het geval van verhangingen binnen concern zijn DG-Bel en WDB van mening, dat in de onderhavige casus toepassing van art. 4, derde lid, achterwege dient te blijven. Het tijdsverloop tussen de reorganisatie en de dividenduitkering is dermate groot dat DG-Bel en WDB het niet opportuun achten om te spreken van het strippen van dividenden.

Beste ... e.a.,

APA/ATR

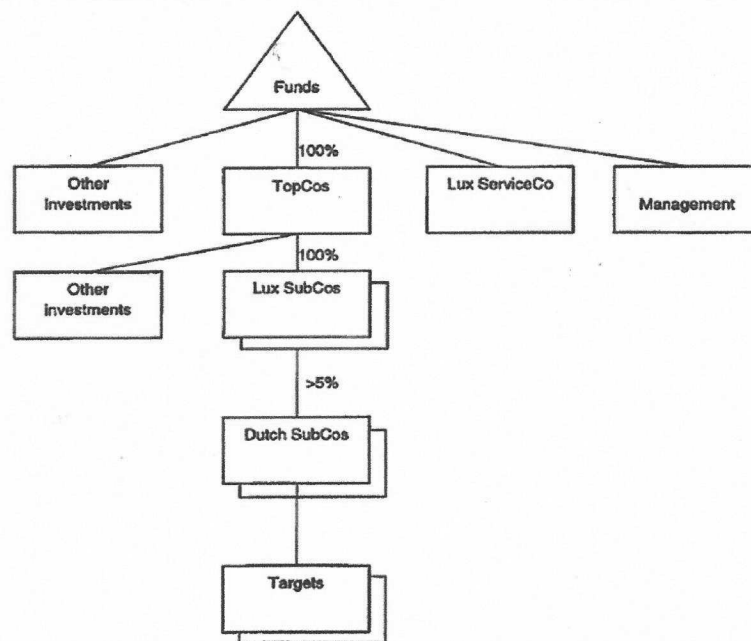
Naar aanleiding van het overleg heb ik contact opgenomen met

om hen te vragen naar hun ervaringen met dividendstripping binnen APA/ATR. Zij geven aan dat gevallen waarin mogelijk sprake is van dividendstripping zich binnen APA/ATR incidenteel voordoen (slechts enkele keren per jaar). Vrijwel altijd gaat het dan om reorganisaties met een duurzaam karakter. Op basis van de goedkeuring voor duurzame reorganisaties is in deze gevallen geen sprake van dividendstripping voor zover er geen sprake is van een superdividend. Bij het verlenen van zekerheid vooraf in die gevallen wordt daarom ook als voorwaarde gesteld dat er geen superdividend wordt uitgekeerd.

10-4-2019

2019.1	ATR NIEUWSBRIEF¹	Januari 2019
--------	------------------------------------	-----------------

1.9	Inhoudingsvrijstelling dividendbelasting – nieuwe wetgeving per 1-1-2018 <u>Is het begrip “loonkosten” inclusief of exclusief werkgeverslasten?</u> In het kader van artikel 1bis, onderdeel 9 Uitvoeringsbeschikking dividendbelasting is de vraag opgekomen of het bedrag aan loonkosten van € 100.000 (of buitenlands equivalent) inclusief of exclusief werkgeverslasten (zoals sociale verzekeringspremies) is. Dit is voorgelegd aan het Ministerie (FJZ): “In de loonheffing bestaat het begrip loonkosten ook uit werkgeverslasten zoals werknemersverzekeringen, pensioenbijdragen etc. Dat heeft voor ons de doorslag gegeven om akkoord te gaan met het uitgangspunt dat onder de term loonkosten ook de werkgeverslasten vallen.”	Afgestemd met FJZ
1.10	Inhoudingsvrijstelling dividendbelasting - tegenbewijsregeling <u>Wanneer kan gebruik worden gemaakt van de tegenbewijsregeling zoals opgenomen in art. 2d uitv.besch vpb/art. 1bis uitv.besch. divbel.</u>	Voorlopige lijn / afgestemd in EU overleg en met FJZ



Stel er is sprake van de volgende situatie: Op het niveau van Lux ServiceCo is sprake van substance, aldaar staan 30 FTE op de payroll (kwalitatief hoogwaardig personeel) en is er ook kantoorruimte. Deze worden op grond van een service-overeenkomst ter beschikking gesteld aan de Lux SubCos en de kosten daarvan worden middels een factuur in rekening gebracht. De jaarlijkse kosten bedragen tussen de EUR 10.000 – EUR 70.000, afhankelijk van de arbeid nodig op het niveau van Lux SubCo. De Lux SubCo en ook het PE fonds hebben door de structuur betrokkenheid op de gebruikelijke wijze zoals wij zien binnen PE structuren. Ze zijn derhalve ook betrokken bij de Nederlandse vennootschap en de targets. Er wordt niet voldaan aan de safe harbour van art. 1bis van de Uitvoeringsbeschikking (100K + personeelskosten) dividendbelasting en men dient een beroep te doen op het EU recht.

In de voorgestelde Wet bronbelasting is het volgende opgemerkt over de nieuwe tegenbewijsregeling:

"Dit zal wel het geval zijn wanneer er daadwerkelijke inmenging is in het beheer en bestuur van de in Nederland gevestigde vennootschap door de tussenhoudster door middel van een beleidsbepalende en coördinerende rol. Als een tussenhoudster bijvoorbeeld van belang is in verband met een bedrijfsopvolging of in het kader van een joint venture, kan eveneens sprake zijn van voldoende economische activiteiten om te kunnen spreken van geldige zakelijke redenen. Hierbij is verder van belang dat de tussenhoudster over kantoorruimte en (eigen, ter beschikking gesteld of ingehuurd) gekwalificeerd personeel beschikt, zelfstandig beslissingen kan nemen, over voldoende eigen financiële middelen beschikt en bedrijfsrisico's loopt, een en ander afhankelijk van de economische activiteiten die de tussenhoudster verricht."

In dit geval is er sprake van daadwerkelijke Inmenging van het PE huis en tevens het Luxemburgse platform bij de Nederlandse vennootschap en de onderliggende target vennootschap. Lux ServiceCo beschikt in Luxemburg over een kantoor en XX FTE, welke

	middels een serviceovereenkomst ter beschikking wordt gesteld aan de verschillende vennootschappen in Luxemburg. Deze ter beschikking stelling geldt zowel voor het personeel als het kantoor. Afhankelijk van de benodigde arbeid op het Luxemburgse niveau worden er meer of minder diensten verricht door de personeelsleden, waardoor de jaarlijkse fee kan variëren. In deze casus slaagt het beroep op de tegenbewijsregeling en kan zekerheid worden gegeven over de inhoudingsvrijstelling. In het algemeen geldt dat per casus dient te worden beoordeeld of een beroep op de tegenbewijsregeling kans van slagen heeft. Belangrijk aanknopingspunt is daarbij de passage uit de voorgestelde wet op de bronbelasting.	
--	--	--



HvJ EU 26 februari
2019
C115/16, C118/16,
C119/16, C299/16; en
C116/16, C117/16

VTO ATR-praktijk

Rotterdam 5 maart 2019





Inhoudsopgave

- Achtergrond
- Begrip "uiteindelijk gerechtigde"
- Noodzaak nationale antimisbruikbepaling
- Bestanddelen van rechtsmisbruik
- Bewijslast
- Strijdigheid met artikel 63 VWEU





Doel Richtlijn 2003/49 (R&R) en Richtlijn 90/435 (M/D)

- Richtlijn 2003/49
 - Voorkoming dubbele belasting bij betalingen van rente/royalty tussen lidstaten;
 - Vrijstelling wordt gegeven door de bronstaat
- Richtlijn 90/435
 - Voorkoming dubbele belasting bij winstuitkeringen tussen lidstaten;
 - Vrijstelling van bronbelasting (bronstaat) en winstbelasting (woonstaat)



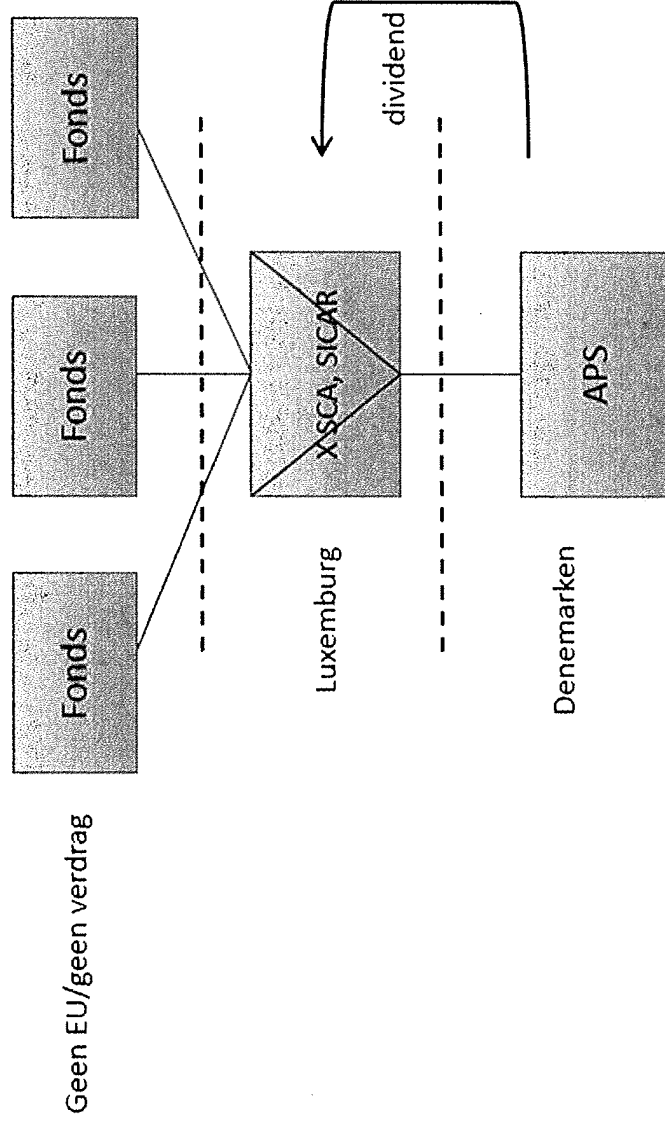


Deister/Juhling doctrine

- Moeder/dochterrichtlijn
- Algemeen vermoeden van fraude of misbruik
- Tegenbewijsmogelijkheid voor belastingplichtige
- Per geval alle aspecten van de betrokken situatie
 - Organisatorische, economische relevante kenmerken van concern
 - Structuur en strategie van het concern



Casus





Uiteindelijk gerechtigde

- Geen formele benadering, maar een economische benadering: het vrijelijk kunnen beschikken over de ontvangen rente/royalty/dividend
- Het begrip is gebaseerd op artikel 11 OESO-modelverdrag 1996, maar ook latere OESO-commentaren zijn relevant voor de invulling
- Ontvanger niet de uiteindelijk gerechtigde betekent niet per definitie uitsluiting vrijstelling onder richtlijnen





Uiteindelijk gerechtigde

"Artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49 moet aldus worden uitgelegd dat de in deze bepaling bedoelde vrijstelling van alle belastingen over uitkeringen van interest uitsluitend toekomt aan de uiteindelijk gerechtigden tot deze interest, namelijk de entiteiten die uit economisch oogpunt daadwerkelijk het genot hebben van deze interest en dus vrij kunnen beslissen over het gebruik ervan."





Noodzaak nationale antimisbruikbepaling

- Algemeen rechtsbeginsel is dat geen beroep kan worden gedaan op Unierecht in situaties van misbruik/fraude
- Er is geen nationale antimisbruikbepaling vereist om als lidstaat een geslaagd beroep te doen op misbruik/fraude
- Richtlijnen kennen formele vereisten, maar een materiële benadering is vereist voor de toets of sprake is van misbruik/fraude





Noodzaak nationale antimisbruikbepaling

"Het algemene Unierechtelijke beginsel volgens hetwelk justitiabelen zich niet door middel van fraude of misbruik kunnen beroepen op het Unierecht, dient aldus te worden uitgelegd dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties de in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49 bedoelde vrijstelling van alle belastingen over uitkeringen van interest moeten weigeren aan een belastingplichtige in geval van fraude of misbruik, ook indien de nationale wet of de verdragen niet voorzien in bepalingen van die strekking."



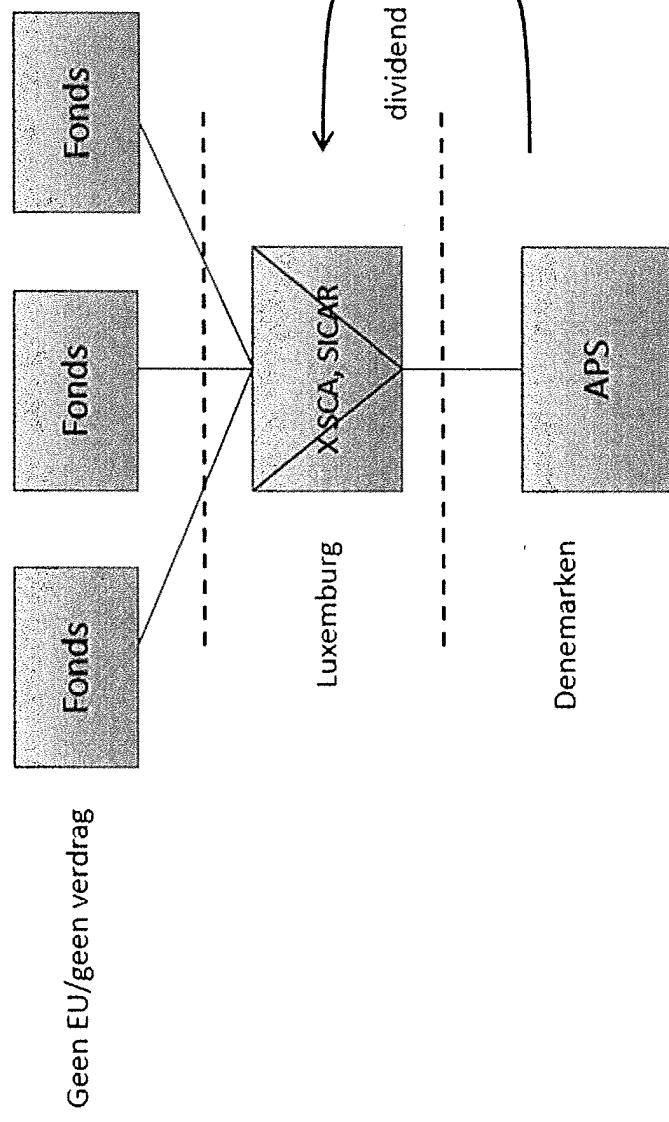


Bestanddelen rechtsmisbruik

- Kunstmatige structuren
 - Geen oprichting die de economische realiteit weerspiegelt; en
 - (Eén van de) voornaamste doel(len) is het verkrijgen van een belastingvoordeel

- Algemene aanwijzing: Directe doorstoot naar lichaam dat niet voldoet aan voorwaarden Richtlijn;
 - Niet de juiste rechtsvorm; of
 - Niet gevestigd in EU-lidstaat; of
 - Niet onderworpen aan genoemde belastingen; of
 - Niet verbonden is conform artikel 3, onderdeel b Richtlijn

Casus





Bestanddelen rechtsmisbruik

- Doorstroomvennootschappen
 - Doorstroomvennootschappen; een onderneming die zich uitsluitend bezighoudt met het ontvangen van rente en de overdracht hiervan aan de uiteindelijk gerechtigde
 - Een doorstroomvennootschap ontbeert dus een weerspiegeling van de economische activiteit





Bestanddelen rechtsmisbruik

- Economische activiteiten op basis van alle relevante feiten waarmee voornamelijk wordt gekeken naar:
 - Beheer van de onderneming
 - Boekhoudkundige balans
 - Kostenstructuur en werkelijk gemaakte kosten
 - Werknemers
 - Kantoren en uitrusting





Bestanddelen rechtsmisbruik

- Overige aanwijzingen voor het bestaan van doorstroomvennootschappen zijn
 - Contracten tussen betreffende onderneming waaruit blijkt dat winsten van een materiële onderneming worden overgedragen aan een andere entiteit om de belastingdruk te verlagen;
 - De wijze waarop verrichtingen worden gefinancierd
 - De waardering van het eigen vermogen van de tussenhouder
 - Gebrek aan bevoegdheid om vrijelijk over de inkomsten te kunnen beschikken
 - Complexe transacties vallen (ongeveer) samen met belangrijke nieuwe wetgeving.





Bestanddelen rechtsmisbruik

- Weigering van vrijstelling aan entiteiten in een derde staat is onafhankelijk van de vraag of er sprake is van misbruik, aangezien deze weigering voortvloeit uit het simpelweg niet voldoen aan de voorwaarden van de richtlijn.





Bestanddelen rechtsmisbruik

"(...) moet op de eerste vraag (...) worden geantwoord dat voor het bewijs van misbruik vereist is dat er sprake is van, ten eerste, een geheel van objectieve omstandigheden waaruit blijkt dat de voorwaarden van de Unieregeling weliswaar formeel zijn nageleefd, maar dat het door deze regeling nagestreefde doel niet werd bereikt, en, ten tweede, een subjectief element dat bestaat in het verlangen een uit de Unieregeling voortvloeiend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder dat voordeel ontstaat. Rechtsmisbruik kan worden aangetoond aan de hand van een reeks aanwijzingen, voor zover deze objectief zijn en onderling overeenstemmen. Dergelijke aanwijzingen zijn onder meer het bestaan van doorstroomvennootschappen zonder economische rechtvaardiging alsook het louter formele karakter van het concern, de financiële constructie en de leningen. De omstandigheid dat de lidstaat waaruit de interest afkomstig is een verdrag heeft gesloten met de derde staat waarin de onderneming is gevestigd die de uiteindelijk gerechtigde tot deze interest is, is niet van invloed op de eventuele vaststelling van rechtsmisbruik."



Bewijslast

- Belastingautoriteit dient misbruik aan te tonen met voornoemde bestanddelen van rechtsmisbruik;
 - Alle relevante gegevens
 - MET NAME aantoonbaar maken dat ontvanger niet de uiteindelijk gerechtigde is (r.o. 142)
- Niet noodzakelijk om aan te tonen welke entiteit wel de uiteindelijk gerechtigde is





Vragen

- Werkt het EU-rechtelijk begrip van “uiteindelijk gerechtigde” door in nationale wetgeving en zodoende ook in bilaterale belastingverdragen?
- Werkt het EU-rechtelijke antimisbruikbeginsel door in bilaterale verdragen tussen lidstaten?





HvJ EU 26 februari
2019, C-116/16,
C-117/16;
"De Deense zaken"

Utrecht, 14 november 2019





Inhoudsopgave

- Moeder-dochterterrichtlijn (MDR)
- Eerdere HvJ Eu-arresten inzake misbruik
- Deense zaken
- Gevolgen Nederland
- Risicogericht toezicht





MDR (90/435/EEG)

- T/m 18 januari 2012
- Bij dividenduitkering aan moeder in EU geen bronbelasting
- Bij dividendontvangst van dochter uit EU geen winstbelasting
- Antimisbruikbepaling:
Artikel 1, tweede lid: *"Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruik"*.





Eerdere arresten

- Eqiom & Enka (d.d. 7 september 2017)
 - Misbruik indien de ontvanger van het dividend wordt gecontroleerd door 1 of meer (rechts)personen buiten de EU.
 - Tegenbewijsregeling mogelijk
- HvJ EU
 - Nationale antimisbruik bepaling moet specifiek zijn
 - Algemeen wettelijk vermoeden vormt geen rechtvaardiging om voordelen MDR te weigeren





Eerdere arresten

- Deister Holding (d.d. 20 december 2017)
 - Geen inhoudingsvrijstelling indien:
 - Middellijke aandeelhouder geen recht heeft op vrijstelling uit MDR; **en** een economische realiteit van de moeder ontbreekt
- HvJ EU
 - Bij algemeen wettelijk vermoeden is een tegenbewijsregeling noodzakelijk
 - Per geval alle aspecten van de betrokken situatie
 - Organisatorische, economische relevante kenmerken van concern
 - Structuur en strategie van het concern



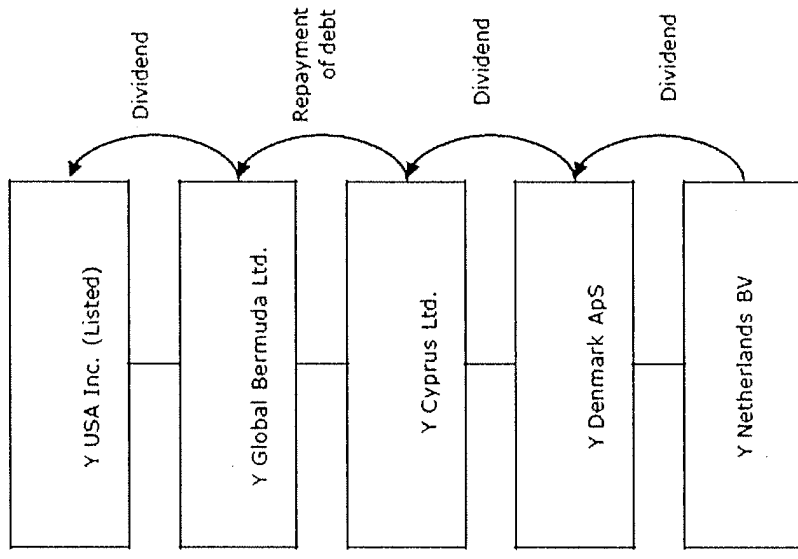


Conclusie

- Maatregel moet specifiek gericht zijn op misbruik
- Algemeen wettelijk vermoeden mag, maar
 - Tegenbewijsregeling mogelijk; en
 - Holistische benadering
- HvJ EU impliceert dus steeds wat GEEN misbruik is



Casus C-117/16





Bestanddelen van rechtsmisbruik

- "Een concern dat niet is opgericht om redenen die de economische realiteit weerspiegelen, een zuiver formele structuur heeft en als voornaamste doel of een van zijn voornaamste doelen heeft een belastingvoordeel te verkrijgen dat de strekking of het doel van de toepasselijke belastingwetgeving ondermijnt, kan worden beschouwd als een kunstmatige constructie."





KUNSTMATIGHEID

- Wanneer ontbreekt een “economische realiteit” in ieder geval?
 - DOORSTROOMVENNOOTSCHAPPEN
 - Houdt zich uitsluitend bezig met het ontvangen van dividenden en de overdracht hiervan naar de uiteindelijk gerechtigde of andere doorstroomvennootschappen





Toetsing economische realiteit

- Ontbreken van economische realiteit moet worden afgeleid uit alle relevante gegevens die zien die met name zien op
 - Beheer van de onderneming
 - Boekhoudkundige balans
 - Kostenstructuur en werkelijk gemaakte kosten
 - Werknemers, kantoor en uitrusting
- Zijn onze substance-eisen voldoende?





Opvallende aanwijzing misbruik

- De ontvanger heeft **in wezen** niet het recht op het vrije gebruik en het genot van de dividendden.
- Waarom opvallend?
 1. Hof EU past hier een economische benadering toe van het begrip uiteindelijke gerechtigde; en
 2. Het begrip uiteindelijk gerechtigde komt niet voor in MDR





Rechtsoverweging “in wezen vrijelijk beschikken”

➤ R.o. 1.5:

Dergelijke aanwijzingen kunnen niet alleen bestaan in een contractuele of wettelijke verplichting voor de moedermaatschappij die de dividenden ontvangt om deze dividenden door te betalen aan een derde, maar eveneens in het feit dat deze onderneming, zoals de verwijzende rechter opmerkt, „in wezen” niet het recht heeft op het gebruik en genot van die dividenden, ook al rust op haar geen dergelijke contractuele of wettelijke verplichting.





Rechtsoverweging “UG in MDR”

➤ R.o. 111:

Voorts moet worden vastgesteld dat, wanneer de uiteindelijk gerechtigde tot de uitgekeerde dividenden zijn fiscale woonplaats in een derde staat heeft, de weigering van de in artikel 5 van richtlijn 90/435 bedoelde vrijstelling geenszins afhankelijk is van de vaststelling dat sprake is van fraude of rechtsmisbruik.

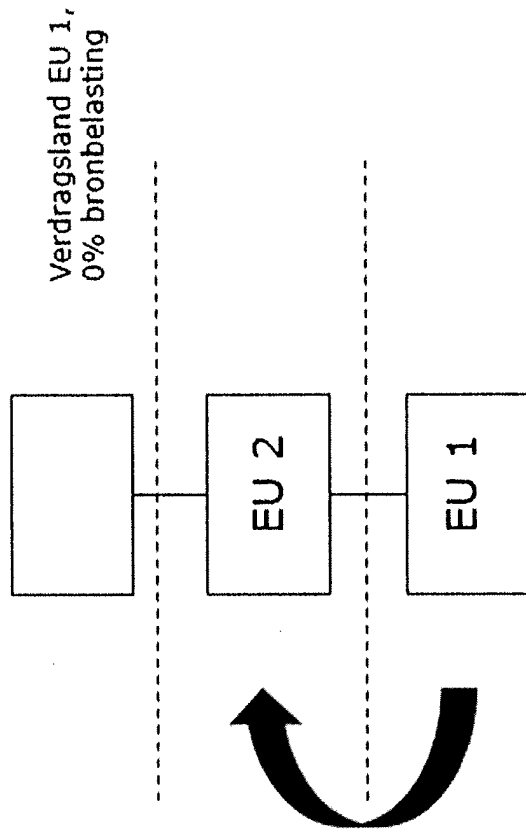
➤ R.o. 113:

Deze mechanismen zijn daarentegen niet van toepassing wanneer de uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden een vennootschap is die haar fiscale vestigingsplaats buiten de Unie heeft, aangezien de vrijstelling van deze dividenden van bronbelasting in de lidstaat van waaruit zij worden uitgekeerd in een dergelijk geval uiteindelijk ertoe zou kunnen leiden dat deze dividenden niet effectief worden belast in de Unie.





Bilaterale belastingverdragen





Bilaterale belastingverdragen

- HvJ EU:
 - Verdrag met derde staat inclusief 0% tarief sluit misbruik niet uit
 - Belastingplichtige kan de structuur niet worden verweten.





Rechtsoverwegingen

➤ R.o. 108:

In that regard, when examining the structure of the group it is immaterial that some of the beneficial owners of the dividends paid by the conduit company are resident for tax purposes in a third State which has concluded a double taxation convention with the source Member State. The existence of such a convention cannot in itself rule out an abuse of rights. Thus, a convention of that kind cannot call into question that there is an abuse of rights where its existence is duly established on the basis of a set of facts showing that economic operators have carried out purely formal or artificial transactions devoid of any economic and commercial justification, with the essential aim of benefiting improperly from the exemption from withholding tax, provided for in Article 5 of Directive 90/435.





Rechstoverwegingen

➤ R.o. 109:

- *"It should be added that, whilst taxation must correspond to economic reality, the existence of a double taxation convention is not, as such, capable of establishing that a payment was really made to recipients resident in the third State with which that convention has been concluded. If the company owing the dividends wishes to benefit from the advantages of such a convention, it is open to it to pay the dividends directly to the entities that are resident for tax purposes in a State which has concluded a double taxation convention with the source State."*

➤ R.o. 110:

- *"That said, it remains possible, in a situation where the dividends would have been exempt had they been paid directly to the company having its seat in a third State, that the aim of the group's structure is unconnected with any abuse of rights. In such a case, the group cannot be reproached for having chosen such a structure rather than direct payment of the dividends to that company."*



Overige aanwijzingen misbruik

- **Ze**r **snel** na ontvangst de dividend (**nag**en**o**eg) **volledig** doorsluizen naar entiteiten die niet voldoen aan de toepassingsvoorwaarden richtlijn.
- De **verplichting** van een ontvangende vennootschap om de dividenden door te sluizen, hetgeen tot gevolg heeft dat zij slechts een onbeduidende belastbare winst behaalt.
- Lage waardering EV van tussengeschoven maatschappij
- Het samenvallen van financiële transacties en intragroupsleningen met de periode van de inwerkingtreding van belangrijke **nieuwe belastingwetgeving**.





Noodzaak nationale antimisbruikbepaling

- "**Het algemene Unierechtelijke beginsel** volgens hetwelk justitiabelen zich niet door middel van fraude of misbruik kunnen beroepen op het Unierecht, dient aldus te worden uitgelegd dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties de in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49 bedoelde vrijstelling van alle belastingen over uitkeringen van interest **moeten weigeren** aan een belastingplichtige in geval van fraude of misbruik, ook indien de nationale wet of de verdragen niet voorzien in bepalingen van die strekking."





Gevolgen voor Nederland

1 De antimisbruikbepalingen in de vennootschaps- en dividendbelasting werken afdoende.

Deze zijn van toepassing als er sprake is van een **kunstmatige constructie** met als **hoofddoel** (of een van de hoofddoelen) om belastingheffing te ontgaan.

- Aanpassing in de bestaande vormgeving van de antimisbruikbepalingen per 1/1/2020:
- Verzwaarde substance-eisen niet langer een 'safe harbour' want de Belastingdienst kan misbruik aannemelijk maken.





Gevolgen voor Nederland

2. Werkt het Algemene Unierechtelijke beginsel ook door in bilaterale verdragen tussen lidstaten onderling?
- Is sprake is van misbruik zoals bedoeld in de Deense arresten dan kan een belastingplichtige zich beroepen op een bilateraal verdrag.
 - Maw indien geen antimisbruikbepaling in een verdrag, dan kan tariefsverlaging (vergunning) niet worden geweigerd.

Zie ook: <http://intranet.belastingdienst.nl/nieuws/2019/07/01/beantwoording-kamervragen-deense-arresten-vpb/>





Gevolgen voor Nederland

3. Hebben de Deense zaken consequenties voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling voor doorstroomvennootschappen die in Nederland zijn gevestigd?
 - Uit Deense zaken volgt niet hoe lidstaten om moeten gaan met ontvangen winstuitkeringen. Dit wordt nader onderzocht.





Belastingdienst

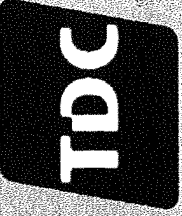
TDC

T Danmark e.a.
C-115-119 en 299/16
26 februari 2019

"Beneficial ownership"
misbruik en EU recht



8 april 2019



'Whales who come up and spout off get harpooned'



Feiten N Luxembourg 1 C-115/16

Structurering van de overname van T Danmark (leverancier van 'bepaalde' diensten/grote Deense dienstverrichter) door "5 beleggingsfondsen":

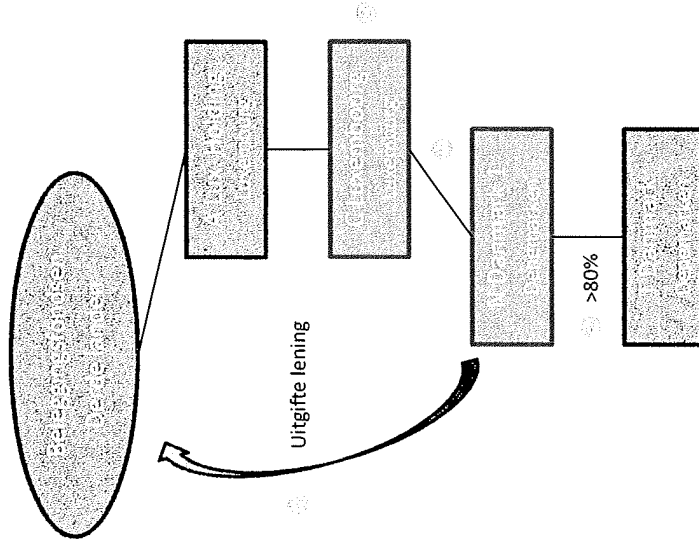
21/12/2005: N Danmark 1 geeft een lening uit (volgens mij PECs);

Met het geleende geld koopt N Danmark 1 ruim 80% van de aandelen in T Danmark;

- Acquisitieprijs €10,2 miljard, grootste PE overname sinds RJR Nabisco -

April 2006: Oprichting C Luxembourg (A Luxembourg Holding wordt eerst indirect, daarna direct aandeelhouder)

Aandelenruil: N Danmark 1 aandelen => C Luxembourg

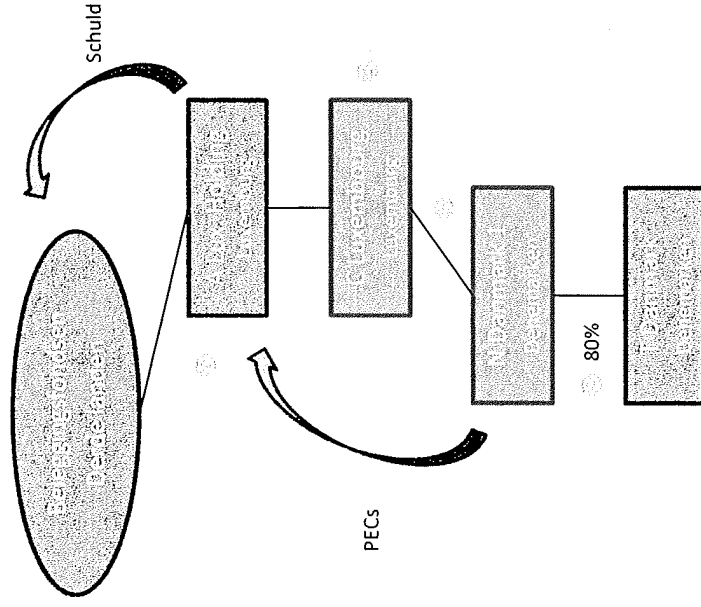




Feiten N Luxembourg 1 C-115/16

Structurering van de overname van T Danmark (leverancier van 'bepaalde' diensten/grote Deense dienstverrichter) door "5 beleggingsfondsen"

- 21/12/2005: N Danmark 1 geeft een lening uit (volgens mij PECs);
- Met het geleende geld koopt N Danmark 1 ruim 80% van de aandelen in T Danmark;
- Acquisitieprijs €10,2 miljard, grootste PE overname sinds RJR Nabisco. -
- April 2006: Oprichting C Luxembourg (A Luxembourg Holding wordt eerst indirect, daarna direct aandeelhouder)
- Aandelenruil: N Danmark 1 aandelen => C Luxembourg
- Overdracht van "PECs" aan A Luxembourg Holding tegen rentedragende schuld





Feiten N Luxembourg 1 C-115/16

Structurering van de overname van T Danmark (leverancier van 'bepaalde' diensten/grote Deense dienstverrichter) door "5 beleggingsfondsen"

- 21/12/2005: N Danmark 1 geeft een lening uit (volgens mij PECs);

- Met het geleende geld koopt N Danmark 1 ruim 80% van de aandelen in T Danmark;

- Acquisitieprijs €10,2 miljard, grootste PE overname sinds RJR Nabisco. -

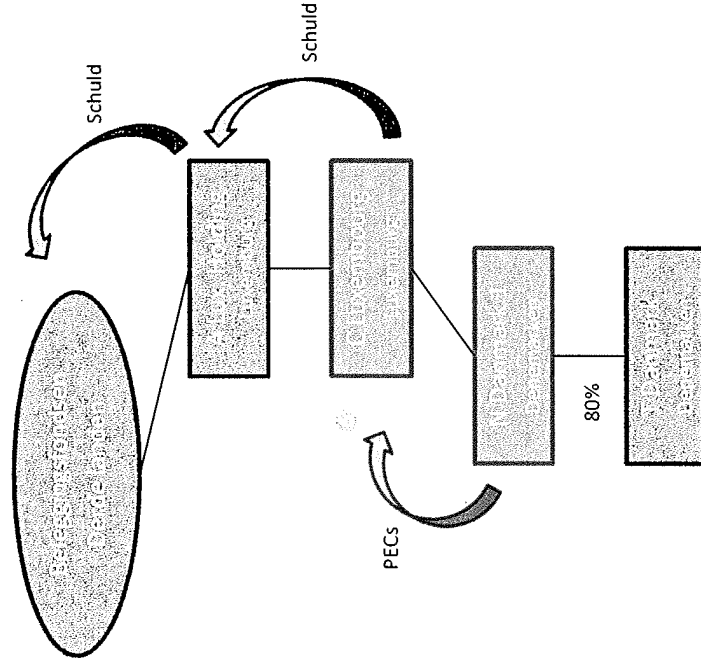
- April 2006: Oprichting C Luxembourg (A Luxembourg Holding wordt eerst indirect, daarna direct aandeelhouder)

- Aandelenruil: N Danmark 1 aandelen => C Luxembourg

- Overdracht van "PECs" aan A Luxembourg Holding tegen rentedragende schuld

- Idem, naar C Luxembourg

Rentebetaling op de PECs wordt aangewend om rente op schuld aan A Lux. en de Beleggingsfondsen te voldoen.





Feiten N Luxembourg 1 C-115/16

Rentebetaling op de PECs wordt aangewend om rente op schuld aan A Lux. en de Beleggingsfondsen te voldoen.

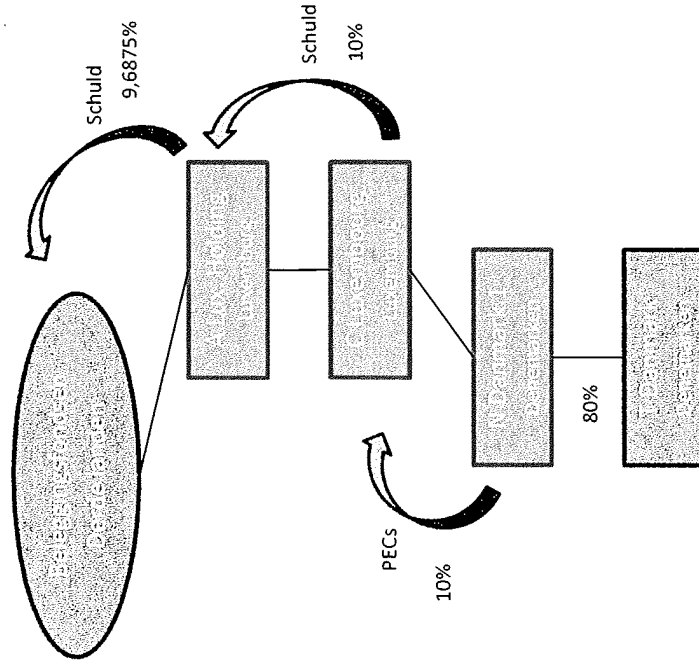
	Rente	Spread
--	-------	--------

PECs	10%	
Schuld 1	9,6875%	0,3125%
Schuld	9,6875%	0%

Vanaf medio 2008:

	Rente	Spread
--	-------	--------

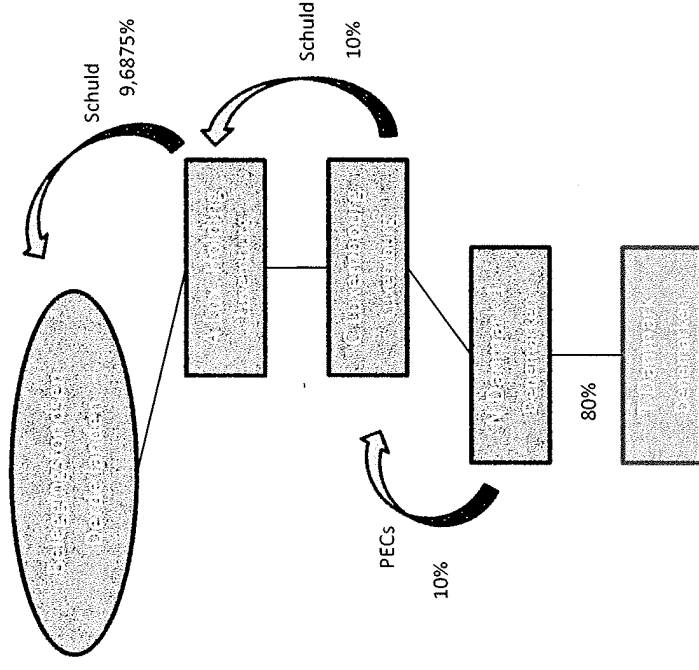
PECs	10%	
Schuld 1	10%	0%
Schuld	9,6875%	0,3125%





Feiten N Luxembourg 1 C-115/16

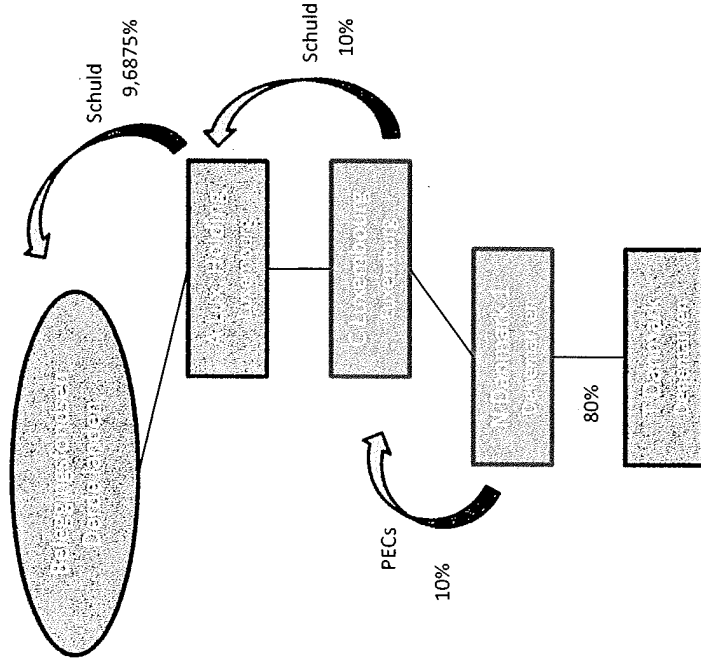
- ❑ Kosten C Luxembourg:
 - €8,701 'overige externe lasten' (€7,810 salarissen)
 - €209,349 overige exploitatielasten
 - Twee deeltijdwerknemers
- ❑ Kosten A Luxembourg Holding:
 - €3,337 'overige externe lasten' (€2,996 salarissen)
 - €127,031 overige exploitatielasten
 - Eén deeltijdwerknemer
- Geen actiteiten, geen liquide middelen, geen andere activa (naast PECs/vordering en aandelen)
- Beide zelfde adres als groepsmaatschappij van PE-fonds





Procedure N Luxembourg 1 C-115/16

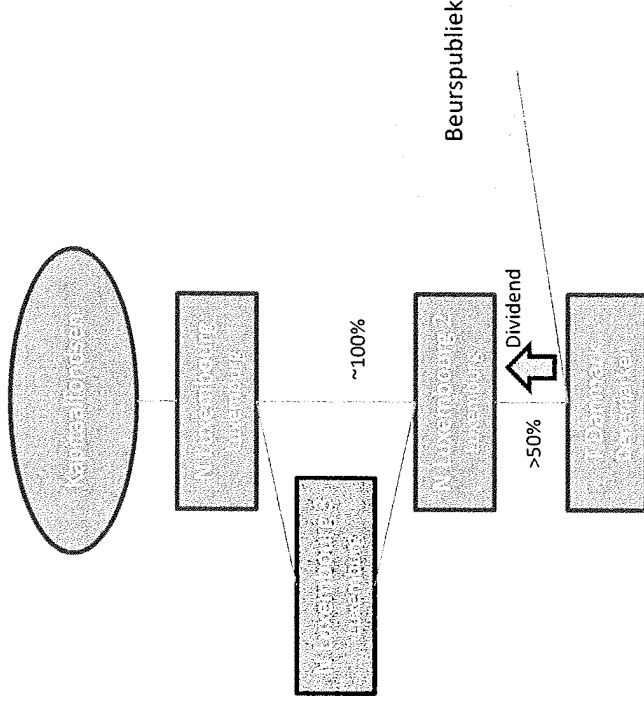
- In 2011: Deense belastingdienst legt aanslag voor DKK 925.764.961 bronbelasting op bij N Danmark 1 (inmiddels N Luxembourg 1) voor de jaren 2006-2008
- Stelling is dat C Lux en A Lux niet de uiteindelijke gerechtigden zijn, maar enkel fungeren als zuivere doorstroomvennootschappen.
- N Danmark 1 gaat in beroep en in hoger beroep:
 - Zij betwist dat er sprake is van fraude of misbruik
 - Als daarvan al sprake zou zijn, kan aanspraak op IRD (Interest & Royalty Directive) enkel worden ontzegd bij gecodificeerde anti-misbruik regeling.
 - Strijd met vrijheden: bronbelasting is eerder verschuldigd dan Vpb, belasting-/invorderingsrente en onjuist vormgegeven.
- Østre Landsret (soort Hof) stelt in totaal 14 prejudiciële (deel)vragen aan het EU HvJ

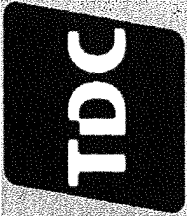




Feiten T Danmark C-116/16 (= zelfde concern als C-115/16)

- ☐ PE eigenaren beginnen hun eigendom van T Danmark te verkleinen.
- ☐ In 2010 verwerft N Luxembourg 2 een meerderheid van de aandelen in T Danmark.
- ☐ Lux fiscus: woonplaats en beneficial ownership verklaring
- ☐ Zomer 2011: dividenduitkering ~€241mio
- ☐ T Danmark verzoekt de Deense fiscus om bindend advies inzake vrijstelling voor een dividenduitdelingen van ~€805 mio aan N Lux 2





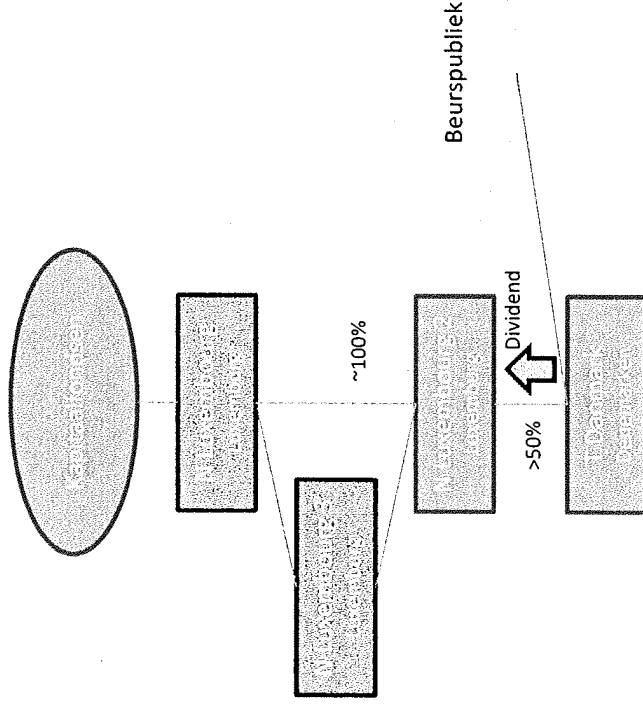
☐ Verzoek T Danmark:

-



Procedure T Danmark C-116/16 – argumenten fiscus

- ☐ N Luxembourg 2 heeft geen reële bevoegdheid te beschikken over de dividenden => lege doos, zuivere doorstromer
- ☐ Bestrijden misbruik is toegestaan onder artikel 1(2) M-D Richtlijn ("MDR")
 - Gebruik van "uiteindelijk gerechtigde" dient tot bestrijding misbruik
- ☐ Valt ook binnen Unierechtelijk misbruikbegrip
 - Oprichting groepsstructuur dient geen commercieel doel
 - Op kunstmatige wijze voordelen van MDR krijgen
- ☐ Gerechtvaardigde inbreuk vrijheden
 - Rechtvaardiging: belastingontduiking voorkomen

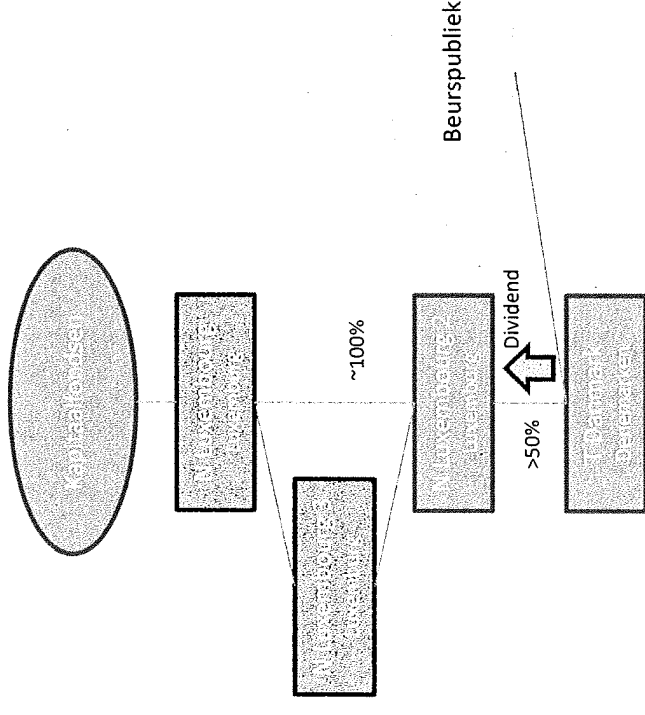




Procedure T Danmark C-116/16 – argumenten T Danmark

- ☐ Heffen bronbelasting verboden door art. 5(1) MRD
 - Uitzonderingen moeten strikt worden uitgelegd
- ☐ Zelfs indien onder de MDR een “uiteindelijk gerechtigde” vereist kan worden, dan is er strijd met de vrijheid van vestiging (kapitaalverkeer)
 - Binnenlandse situatie: div. vrijgesteld
 - Rente verschuldigd op te laat betaalde dividendbelasting
 - Uitdelende vennootschap dient belasting in te houden
 - Uitdelende vennootschap is in beginsel aansprakelijk voor de belasting

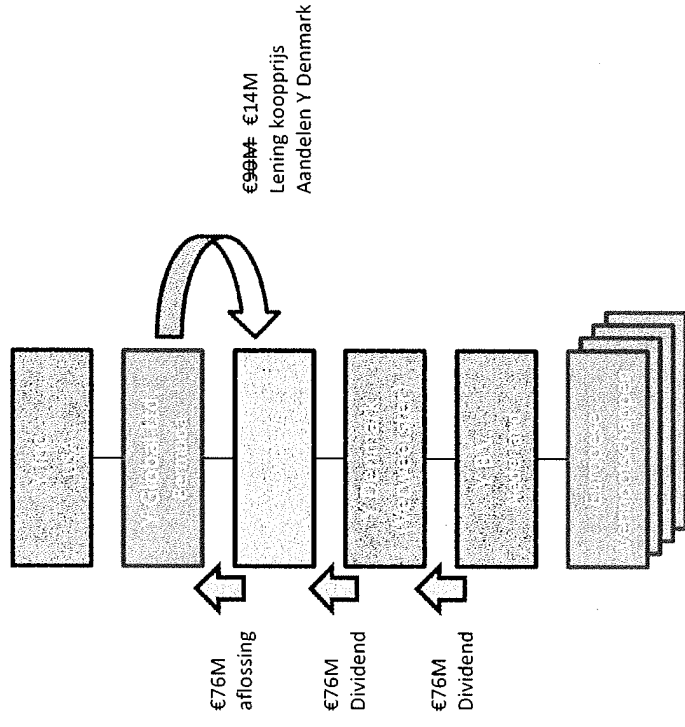
- ☐ Østre Landsret stelt 15 prejudiciële (deel)vragen

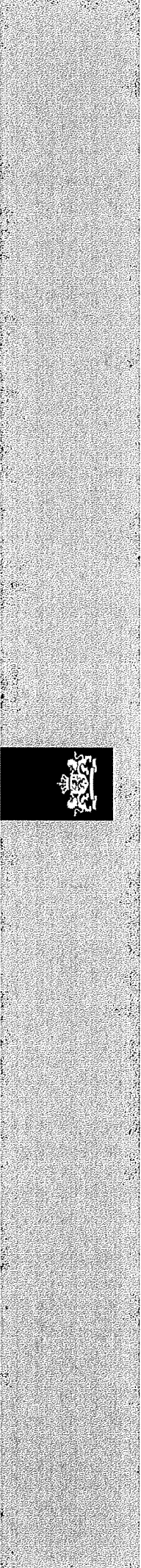




Y Denmark C-117/16

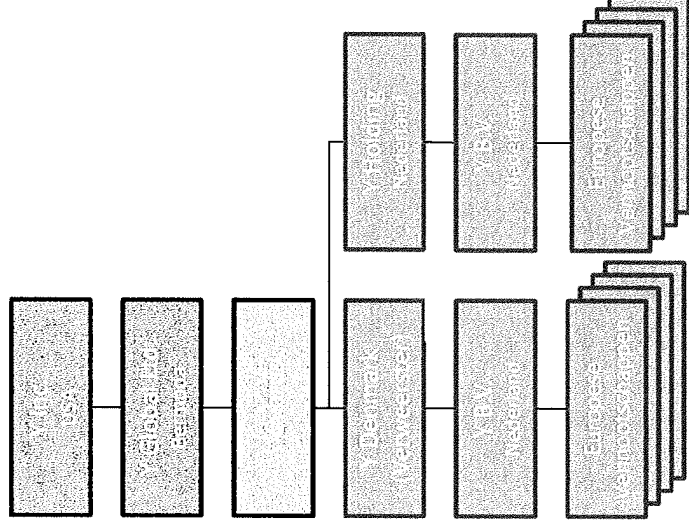
- Y Global Ltd. (Bermuda) wordt gemanaged door een (onafhankelijke) trust
- In 2005 grote dividendstroom voorzien (American Jobs Creation Act)
- 9 mei 2005: oprichting van en verkoop aandelen Y Denmark aan Y Cyprus
 - Geen werknemers
 - Domicilie bij trust
 - 'kale houdster'
- Dividenden:
 - 26/9 Y NL (25/10 betaald)
 - 28/9 Y Denmark (27/10 betaald)
 - 28/10 aflossing door Y Cyprus van schuld aan Y Global





Y Denmark C-117/16

- Herstructurering oktober 2005:
 - Oprichting Y Holding
 - Verkoop Y B.V. aan Y Holding voor €14 mio
- "Weg vrij" voor uitkering US\$ 550M Y Global Ltd. aan Y Inc., verricht op 3 april 2006
- 14/10/2006 dividend €12,3 mio door Y Denmark
- Fiscus: Y Cyprus niet uiteindelijk gerechtigde
- Rechtbank: geen uiteindelijk gerechtigde, maar toch vrijstelling ex MDR
- Østre Landsret stelt 16 prejudiciële (deel)vragen



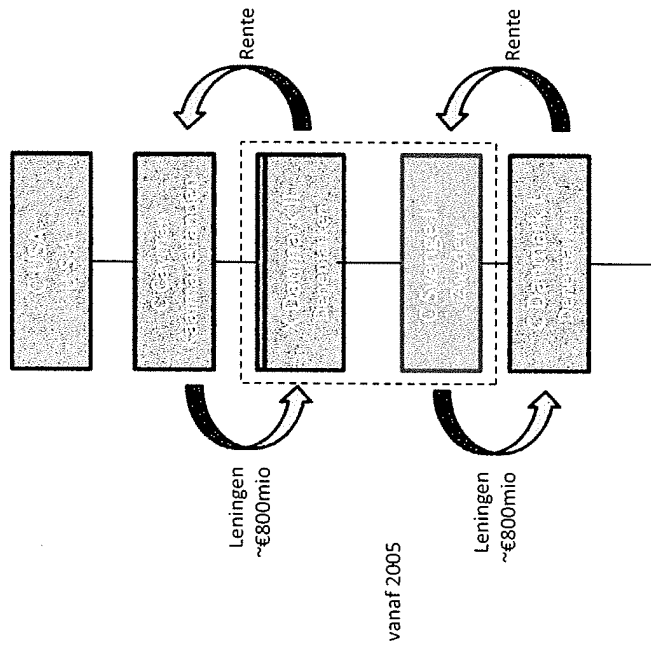


-
- The diagram illustrates the financial structure of the Dutch government, showing the flow of funds between different levels of government and the central government's consolidated debt.
- Central Government (Rijksoverheid):** Represented by a large oval on the left, labeled "Beleidsinstellingen Deelstaten".
 - Provinces (Provincies):** Represented by a rectangle with a diagonal line, labeled "Provincies".
 - Municipalities (Gemeenten):** Represented by a rectangle, labeled "Gemeenten".
 - Water Boards (Waterschappen):** Represented by a rectangle, labeled "Waterschappen".
 - Consolidated Debt (Soort consolidatie in Zweden):** A dashed box encloses the "Provincies", "Gemeenten", and "Waterschappen" rectangles, labeled "Soort consolidatie in Zweden".
 - Interest (Rente):** Curved arrows point from the "Provincies", "Gemeenten", and "Waterschappen" rectangles to the "Rijksoverheid" oval, labeled "Rente".
 - Lending (Lening):** Curved arrows point from the "Rijksoverheid" oval to the "Provincies", "Gemeenten", and "Waterschappen" rectangles, labeled "Lening ~€0,5 miljard".
 - Management (Management):** A rectangle at the top, labeled "Management", with an arrow pointing to the "Soort consolidatie in Zweden" box, labeled "2,5%".
 - Vanaf 2007 (vanaf 2007):** A dashed box at the bottom, labeled "vanaf 2007", with an arrow pointing to the "Soort consolidatie in Zweden" box, labeled "97,5%".



Feiten en procedure C Danmark I C-119/16

- C-concern plaatst drie houdsters tussen C Cayman en C Danmark II
- Schuldbekentenissen: volledig back-to-back
- Alle tussengeschoven houdsters doen niets anders dan deze activiteiten
- 2010 Deense belastingdienst:
 - Tussenplaatsen Zweden fiscaal ingegeven.
 - C Sverige I en II en C Danmark I zijn niet uiteindelijke gerechtigden tot rente (IRD en verdrag)
 - X Lux: onjuiste rechtsvorm, niet juist onderworpen en transparant (dus niet uiteindelijk gerechtigde)
 - "Equity wall" Zweden doet daaraan niet af
- Østre Landsret: 12 prejudiciële (deel)vragen





Feiten en procedure Z Denmark C-299/16

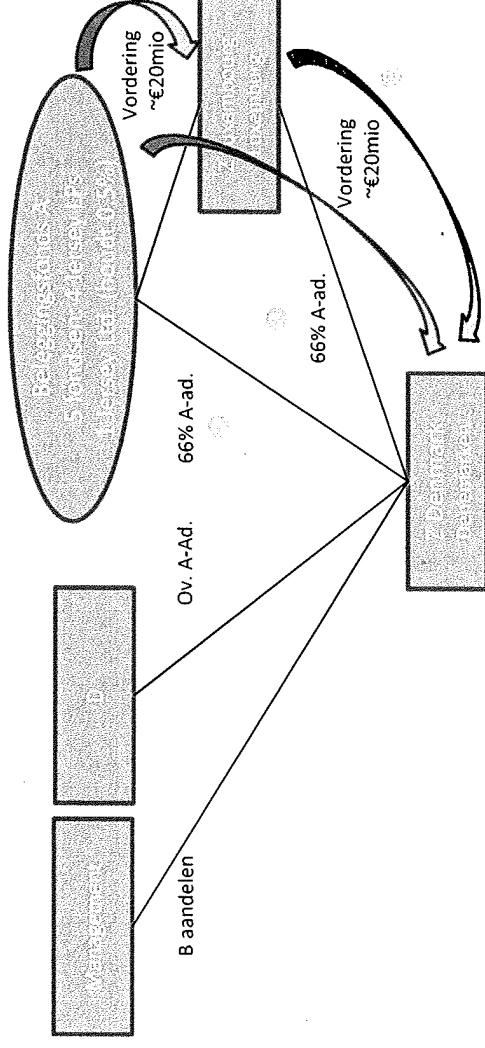
- A Fund koopt 66% van A aandelen Z Denmark (8/2005) en verstrekt lening van €20mio aan Z Denmark (9/2005)
 - Richt Z Luxembourg op en draagt de vordering over aan haar onder verstreking van lening (4/2006)
 - Draagt A aandelen over aan Z Luxembourg (6/2006)
- Z Lux heeft geen andere activiteiten, leningen volledig back-to-back (beh. spread); gelijktijdig in 2007 afgelost.

2010 Deense belastingdienst:

- Z Lux is geen uiteindelijk gerechtigden tot rente (IRD en verdrag)
- Transacties leiden gezamenlijk beschouwd niet tot belastbare inkomsten
- Z Lux is enkel een doorstromer, beschikt niet over reële bevoegdheden

Z Denmark: beroep op IRD, geen misbruik, beroep op vrijheid van vestiging

Vestre Landsret: 12 prejudiciële (deel)vragen





AG HvJ – Uitleg begrip “Uiteindelijk gerechtigde”

- Uitgangspunt: degene die civielrechtelijk uit eigen naam aanspraak kan maken op de interest
- Uitzondering:
 - Trustee: handelt in eigen naam, maar niet voor eigen rekening;
 - Geldt ook voor een verborgen fiduciaire band
- Uitleg Richtlijntermen met OESO commentaar (evt. van later datum? “Uiteindelijk gerechtigde” heeft autonome betekenis los van OESO Modelverdrag.





EU HvJ - Uiteindelijk gerechtigde: Artikel 1(1) en (4) IRD

- Geen overweging in de zaken over MDR (
- Verwijst niet naar nationaalrechtelijke begrippen
- Strekking: dubbele belasting binnen concern vermijden, afschaffing bronstaat is geschiktste middel
- Dus: uiteindelijk gerechtigde heeft daadwerkelijk genot (cf. 1(4) IRD)
- Wortels in art. 11 OECD-Model (Hof doet ook aan interpretatie van de bilaterale verdragen) => doorstroomvennootschappen uitgesloten



EU HvJ – Misbruik: Nationale bepaling noodzakelijk?

- Vaste rechtspraak: algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk justitiabelen zich niet door middel van fraude of misbruik kunnen beroepen op het Unierecht
-
-
- Het algemene verbod op misbruik hoeft niet gecodificeerd te zijn.
- Dus: Richtlijn heeft weliswaar geen directe werking v.w.b. verplichtingen van particulier, maar kan wel nopen uit de richtlijn afkomstig voordeel te ontzeggen.



AG HvJ – Misbruik I

- Beoordeling door verwijzende rechter, maar wel aanwijzingen begrip in Unierecht.
- Richtlijn zelf bevat geen definitie, dus naar bv. fusierichtlijn, ATAD
 - Volstrekt kunstmatige constructies,
 - Belastingwet wordt omzeild
- Verwijzing naar Cussens: Ook volsterkt kunstmatig als verkrijging voordeel wezenlijke doel is.
- Kunstmatigheid is hier lastig (kantoorruimte, personeel, exploitatie-uitgaven)
- Keuze lidstaat (Luxemburg), vestiging beleggingsfondsen en leningen levert op zich i.i.g. geen misbruik op
- Calculerend gedrag is OK (wordt zelfs verwacht)

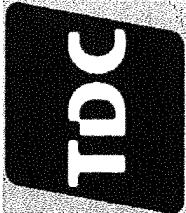




AG HvJ – Misbruik II

- Maar betrokkenheid “tax havens” roept wel vragen op.
 - Niet zozeer tussenschakeling Luxemburg, maar vestiging in tax havens kan dan het misbruik impliceren.
 - Zeker indien er bij directe betaling geen belasting zou zijn geheven en gevaar voor niet aangeven bestaat bij eigenlijke ontvangstaat
 - Fiscale informatieverstreking kan dan een weerlegging zijn
- Dus: tekortkomingen in de informatieuitwisseling kunnen (in combinatie) misbruik opleveren.
- Bronstaat moet wel meedelen wie dan wel uiteindelijk gerechtigde is





EU HvJ – Misbruik I

- ☐ Objectieve omstandigheden: formele naleving voorwaarden, maar doel Unieregeling wordt niet bereikt (cf.: in strijd met doel en strekking; normvereiste)
- ☐ Subjectief element: bedoeling recht op voordeel te verkrijgen door kunstmatig aan voorwaarden te voldoen (cf.: motiefvereiste)
- ☐ Verder aan de nationale rechter (niet aan het Hof) maar:...



EU HvJ – Misbruik II

- Dat doorstromer in lidstaat rente/dividend (nagenoeg) volledig doorsluis naar niet-richtlijn-gerechtigde vormt een aanwijzing voor subjectief element - zie derde-land-entiteiten en beleggingsfondsen
- Dat concern zo is georganiseerd dat ontvangen interest/dividend die op haar beurt *moet* doorbetalen aan derde (niet IRD gerechtigde) staat kunstmatigheid
- Doorstroomvennootschap (conduit company):
 - Houdt zich uitsluitend bezig met ontvangen van interest/dividend en overdracht aan uiteindelijk gerechtigde
 - Economische activiteit anders dan doorstromen afwezig => doorstromer (beheer onderneming, balans, kostenstructuur, werkelijke kosten, werknemers, kantoren, uitrusting)
- Als het maatpak een dwangbuis wordt => kunstmatigheid ("in wezen" geen bevoegdheden, pt. 132/105)
- Samenvallen met nieuwe wetgeving: aanwijzing voor motief (pt. 133/106)
- Bestaan van bilateraal verdrag met staat uiteindelijk gerechtigde hoeft hier niet aan af te doen (pt. 135-136/108-109)



EU HvJ – Misbruik II

Ergo: er is misbruik indien:

☐ Objectieve omstandigheden:

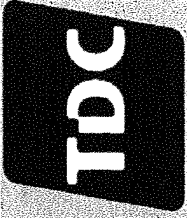
- Aan voorwaarden Unieregeling is formeel voldaan
- maar het doel van die regeling wordt niet bereikt (bv. voorkomen dubbele belasting)

☐ Subjectief element:

- Wil tot voordeel uit Unieregeling
- Kunstmatig voorwaarden voor voordeel creëren

Aanwijzingen (niet limitatief):

- Conduit company/doorstroomvennootschap
- Geen economische rechtvaardiging
- Louter formeel karakter van concern, financiële arrangementen en leningen
- Aanwezigheid bilateraal verdrag is niet van invloed op oordeel rechtsmisbruik



EU HvJ – Overige antwoorden

1. Belastingpl. dient voldoen aan IRD/MDR aan te tonen, maar fiscus dient misbruik aan te tonen
2. Denemarken hoeft niet een andere uiteindelijk gerechtigde aan te wijzen als de doorstromer recht op de IRD/MDR wordt ontzegt
3. Als een SICAR een vrijstelling geniet voor de ontvangen interest dan is zij geen onderneming van een lidstaat en heeft zij geen recht op de voordelen van het IRD
4. Als sprake is van misbruik staat geen beroep op de EU vrijheden meer open
5. Indien de IRD om een andere reden n.v.t. is, zonder sprake van fraude of misbruik kan dat wel
 - Beschreven liquiditeitsnadeel levert beperking vrij verkeer kapitaal op, geen rechtvaardiging
 - Beschreven belasting-/invorderingsrentenadeel eveneens
 - Rekening houden met door niet-ingezeten ontvanger betaalde rente idem, behoudens misbruik



Final thoughts

- Verplichting misbruikbepaling toe te passen ook indien niet gecodificeerd: Loyaliteitsbeginsel gaat weer een stapje verder
- Uiteindelijk gerechtigde: Wel heel extensieve interpretatie: is een doorstromer dan een tussenpersoon, trustee of gemachtigde? Groot verschil met Nederlands stand van jurisprudentie (marketmaker-arrest)
- Misbruikconcept nader ingevuld
- Heldere verschil tussen subjectieve en objectieve vrijstelling wordt losgelaten (ook in het licht van misbruik?)
- Wat gaan we nu zien (in Luxemburg, in Nederland)



**Ministerie van Buitenlandse Zaken
Directie Juridische Zaken
Afdeling Europees Recht
Postbus 20061
2500 EB Den Haag
Nederland**

Kenmerk: MinBuZa-2016.650907

**Aan:
het Hof van Justitie van
de Europese Unie
te Luxemburg**

SCHRIFTELIJKE OPMERKINGEN

**van de Nederlandse regering,
ingediend ingevolge artikel 23, tweede alinea van het Protocol betreffende het Statuut van
het Hof van Justitie van de Europese Unie,**

**in de gevoegde zaken C-115/16, C-118/16 en C-119/16, N Luxembourg 1 e.a.,
in de gevoegde zaken C-116/16 en C-117/16, Skatteministeriet e.a. en
in de zaak C-299/16, Z Denmark ApS**

In bovengenoemde zaken heeft de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door [REDACTED]
[REDACTED] en [REDACTED], respectievelijk hoofd en medewerker van de Afdeling
Europees recht van de Directie Juridische Zaken van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, de
eer de volgende opmerkingen onder de aandacht van het Hof te brengen.

I. Inleiding

1. Bij verwijzingsbeslissingen van 19 februari 2016, 25 februari 2016 en 24 mei 2016 hebben de Deense *Østre Landsret* en de *Vestre Landsret* (hierna: de verwijzende rechters) het Hof krachtens artikel 267 VWEU in totaal 48 prejudiciële vragen met sub-vragen gesteld over:
 - de uitleg van Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB L 225 van 20 augustus 1990, blz. 6; hierna: de moeder-dochterrichtlijn ofwel MDR);
 - de uitleg van Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (PB L 157 van 26 juni 2003, blz. 49; hierna: de interest en royalty-richtlijn ofwel IRR); en
 - de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaal, zoals neergelegd in (thans) de artikelen 49, 54 en 63 VWEU.
2. De prejudiciële vragen zijn gerezen in het kader van geschillen tussen enerzijds het Deense Skatteministeriet en anderzijds verschillende in Denemarken gevestigde vennootschappen.¹ Kern van de geschillen is of de Deense vennootschappen bronbelasting moeten inhouden op uitkering van dividend- of rentebetalingen aan hun moedermaatschappijen die in een andere lidstaat zijn gevestigd. De Deense vennootschappen stellen dat deze betalingen zijn vrijgesteld van bronbelasting in Denemarken. Volgens het Skatteministeriet kan de vrijstelling echter alleen worden ingeroepen wanneer de moedermaatschappij in de andere lidstaat is aan te merken als de “*uiteindelijke gerechtigde*” en geen sprake is van misbruik. Tegen deze achtergrond stellen de verwijzende rechters onder meer prejudiciële vragen over de betekenis van het begrip “*uiteindelijk gerechtigde*” in de MDR en de IRR, alsmede over de mogelijkheden voor een lidstaat om de voordelen van genoemde richtlijnen in geval van misbruik te ontfangen.

¹ In zaak C-115/16 is verzoekster een vennootschap die is gevestigd in Luxemburg. Haar belang betreft evenwel een vordering die oorspronkelijk toekwam aan een in Denemarken gevestigde vennootschap (zie blz. 1 van de verwijzingsbeslissing in zaak C-115/16).

3. Voor een uiteenzetting van de feiten en het juridisch kader verwijst de Nederlandse regering naar de verwijzingsbeslissingen.

II. Standpunt van de Nederlandse regering

Plan van behandeling

4. Deze schriftelijke opmerkingen bevatten de opmerkingen die de Nederlandse regering wenst in te brengen naar aanleiding van de vragen van de verwijzende rechters in de gevoegde zaken C-115/16, C-118/16 en C-119/16, N Luxembourg 1 e.a., de gevoegde zaken C-116/16 en C-117/16, Skatteministeriet e.a. en de zaak C-299/16, Z Denmark ApS.
5. De Nederlandse regering zal niet in detail ingaan op alle prejudiciële vragen in deze zaken. De Nederlandse opmerkingen beperken zich tot de betekenis van de begrippen “*uiteindelijk gerechtigde*” en “*misbruik*” in de IRR (onderdeel A) en in de MDR (onderdeel B), en over de toepasselijkheid van de IRR op beleggingsinstellingen (onderdeel C).
6. De Nederlandse regering zal in haar schriftelijke opmerkingen in zijn geheel niet ingaan op de prejudiciële vragen over de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaal.

Onderdeel A: het begrip “uiteinderlijke gerechtigde” en het begrip “misbruik” in de IRR

A.1. Het begrip “uiteinderlijke gerechtigde” in de IRR

7. De eerste prejudiciële vraag in de zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16, en in zaak C-299/16 ziet op de uitleg van het begrip “*uiteinderlijke gerechtigde*” in artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van de IRR.
8. Volgens de Nederlandse regering dient bij de uitleg van dit begrip rekening te worden gehouden met artikel 11 van het OESO-Modelverdrag en het daarbij behorende officiële

OESO-Commentaar (hierna: het Commentaar). Dat zal hieronder eerst worden toegelicht (zie A.1.1.). Vervolgens wordt ingegaan op de definitie van het begrip “*uiteindelijk gerechtigde*” in het licht van het OESO-Modelverdrag (zie A.1.2.).

A.1.1. Relevantie OESO-Modelverdrag onder Unierecht

9. Het OESO-Modelverdrag is een model en geen juridisch bindend document. Toch komt aan het OESO-Modelverdrag en het Commentaar volgens de Nederlandse regering grote betekenis toe bij de uitleg van het begrip “*uiteindelijk gerechtigde*” in de zin van artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van de IRR.
10. Allereerst is voor de in de IRR gebruikte bewoordingen en verdelingssystematiek aansluiting gezocht bij de tekst van artikel 11 van het OESO-Modelverdrag.
11. Artikel 1, lid 4, van de IRR bepaalt dat een vennootschap van een lidstaat alleen als uiteindelijk gerechtigde tot interest of royalty's wordt behandeld indien zij de betrokken uitkeringen te eigen gunste ontvangt, en niet als bemiddelende instantie, bijvoorbeeld als tussenpersoon, trustee of gemachtigde van een derde.
12. Deze terminologie sluit naadloos aan bij artikel 11 van het OESO-Modelverdrag en de in het Commentaar op dat artikel gegeven uitleg van het begrip “*uiteindelijk gerechtigde*”.
13. Een tweede reden om bij de Unie-uitleg van het begrip “*uiteindelijk gerechtigde*” aan te sluiten bij OESO-Modelverdrag en het Commentaar, is dat de EU-lidstaten ten tijde van de totstandkoming van de IRR alle lid waren van de OESO. Het Commentaar is uiteraard bedoeld om de binnen het OESO-Modelverdrag gebruikte termen uit te leggen (zie punten 28-30 van de inleiding bij Model Tax Convention on Income and on Capital 2014). Sommige belastingverdragen bevatten zelfs een expliciete verwijzing naar het Commentaar. Het ligt daarom voor de hand dat de lidstaten met het totstandbrengen van de IRR ook de intentie hadden om aan te sluiten bij de verdelingssystematiek en de terminologie van het OESO-Modelverdrag en de daarbij behorende uitleg zoals gegeven in

het Commentaar. Net zo goed als dat Staten zich bij het onderling overeenkomen van een belastingverdrag laten leiden door de verdelingssystematiek en de terminologie in het OESO-Modelverdrag en voor de uitleg ervan te rade gaan bij het Commentaar. In de praktijk blijkt dat verdragspartners en nationale rechters voor de uitleg van een belastingverdrag te rade gaan bij het Commentaar. Zij kennen aan de uitleg daarin grote betekenis toe.

14. Een derde reden om bij de Unie-uitleg van het begrip “*uiteindelijk gerechtigde*” aan te sluiten bij het OESO-Modelverdrag en het Commentaar, is dat deze heden ten dage de internationale opvattingen over de verdeling van heffingsrechten weerspiegelen. Dit blijkt uit het feit dat ook niet-lidstaten de door de OESO ontwikkelde standaarden in hun belastingverdragen overnemen en voor de uitleg te rade gaan bij het Commentaar. Zo sluit ook het VN-Modelverdrag² aan bij het OESO-Modelverdrag wat betreft het gebruik van begrip “*uiteindelijk gerechtigde*” (“*beneficial owner*”).
15. Ten slotte bepaalt artikel 220 VWEU dat de Unie dienstige samenwerking met de OESO tot stand brengt. Ook daarbij past het om bij de uitleg van het begrip “*uiteindelijk gerechtigde*” in artikel 1, lid 1 van de IRR rekening te houden met de toelichting in het Commentaar op dit begrip.
16. Volledigheidshalve merkt de Nederlandse regering op dat het wat betreft het Commentaar bij artikel 11 van het OESO-Modelverdrag van 1977, niet alleen gaat om het Commentaar van 1977, maar ook om de latere versies, zoals de wijzigingen en aanvullingen van 2003 en 2014. Deze wijzigingen en aanvullingen zijn verduidelijkingen van de oorspronkelijke bedoeling van het door de OESO geïntroduceerde begrip “*uiteindelijk gerechtigde*” (zie punt 35 van de inleiding bij Model Tax Convention on Income and on Capital 2014: “...*changes or additions to the Commentaries are normally applicable to the interpretation and application of conventions concluded before their adoption, because they reflect the consensus of the OECD member countries as to the proper interpretation of existing*”).

² http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf

provisions and their application to specific situations”). Er is bij die wijzigingen en aanvullingen geen inhoudelijke wijziging beoogd, doch slechts een verduidelijking aangebracht. In zoverre zijn de wijzigingen en aanvullingen dus ook van belang voor de uitleg van het begrip “*uiteindelijk gerechtigde*” in alle bepalingen die gebaseerd zijn op het OESO-Modelverdrag van 1977.

17. Op grond van al het voorgaande concludeert de Nederlandse regering dat bij de Unie-uitleg van het begrip “*uiteindelijk gerechtigde*” grote betekenis toekomt aan het OESO-Modelverdrag en het Commentaar.
18. Deze conclusie is ook in lijn met de rechtspraak van het Hof over de betekenis van het OESO-Modelverdrag bij de toets aan de vrij verkeersbepalingen, wanneer het gaat om de aanknopingspunten van de nationale heffing en de verdelingswijze door lidstaten ter voorkoming van dubbele belasting. Uit deze rechtspraak volgt dat de EU-lidstaten zich mogen laten leiden door de internationale praktijk en het door de OESO opgestelde Modelverdrag en de daarbij behorende versies van het Commentaar (zie bijvoorbeeld arrest van 14 februari 1995, C-279/93, Schumacker, EU:C:1995:31, punt 32; arrest van 12 mei 1998, C-336/96, Gilly, EU:C:1998:221, punt 31; arrest van 12 december 2002, C-385/00, De Groot, EU:C:2002:750, punt 98; arrest van 23 februari 2006, C-513/03, Van Hilten, C-513/03, EU:C:2006:131, punt 48; arrest van 7 september 2006, C-470/04, N, EU:C:2006:525, punt 45).

A.1.2 Uitleg van het begrip “*uiteindelijk gerechtigde*”

19. Volgens artikel 1, lid 1, van de IRR en het OESO-Modelverdrag van 1977 kan een ontvanger van rente en/of royalty's alleen aanspraak maken op een vermindering van bronbelasting over de rente- en royaltybetaling indien hij als “*uiteindelijk gerechtigde*” is te beschouwen.
20. De ratio achter beide regelingen is het voorkomen van dubbele belasting, maar ook het voorkomen van het ontgaan van belasting. Dit laatste komt tot uitdrukking in punt 3 van de

preambule van de IRR. Daarin staat dat gewaarborgd moet worden dat uitkeringen van interest en royalty's eenmaal in een lidstaat worden belast. Wanneer de woonstaat van een ontvanger van rente- en/of royaltybetalingen geen belasting heft bij deze ontvanger, omdat de uitkering in die Staat niet aan hem wordt toegerekend, dan is er voor de bronstaat ook geen aanleiding om aan de ontvanger krachtens de IRR een vrijstelling te verlenen. Op die manier wordt voorkomen dat de ontvanger noch in de woonstaat, noch in de bronstaat belasting hoeft te betalen. In zoverre vormt het vereiste van "*uiteindelijk gerechtigde*" een voorschrift ter bestrijding van misbruik.

21. Het begrip "*uiteindelijk gerechtigde*" uit het OESO-Modelverdrag is een autonoom universeel begrip, dat niet uitgelegd moet worden volgens de nationale regelgeving van de Staat die het betrokken belastingverdrag toepast. Dat blijkt uit het Commentaar op artikel 11 van het OESO-Modelverdrag (Model Tax Convention on Income and on Capital 2014, C(11)-7, punt 9.1), waarin staat dat het begrip "*uiteindelijk gerechtigde*":

"is therefore not used in a narrow technical sense (such as the meaning that it has under the trust law of many common law countries), rather, it should be understood in its context (...) and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance."

22. Het Commentaar noemt verschillende voorbeelden waarin de ontvanger van betalingen niet de "*uiteindelijk gerechtigde*" is (zoals een agent en een nominee). Gemeenschappelijk kenmerk van deze situaties is dat op de ontvanger een contractuele of juridische verplichting rust tot doorbetaling (Model Tax Convention on Income and on Capital 2014, C(11)-8, punt 10.2):

"the direct recipient of the interest is not the "beneficial owner" because that recipient's right to use and enjoy the interest is constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the right to

use and enjoy the interest unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person”.

23. Op grond van het voorgaande concludeert de Nederlandse regering dat ter bepaling of een vennootschap “*uiteindelijk gerechtigde*” is in de zin van artikel 1 lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van de IRR moet worden vastgesteld of de vennootschap zelfstandig beschikkingsrecht heeft over de door haar ontvangen betaling (de rente of de royalty’s). Daarvan is geen sprake indien er een contractuele ofwel juridische plicht tot doorbetalen is of die blijkens de feiten en omstandigheden materieel bestaat.
24. Hieruit volgt volgens de Nederlandse regering dat de enkele vaststelling dat, naast de door een vennootschap binnen een concern ontvangen inkomsten, er betalingen worden gedaan aan een volgende schakel binnen het concern, onvoldoende is om aan te nemen dat deze vennootschap geen “*uiteindelijk gerechtigde*” kan zijn in de zin van de IRR. Daarvoor is noodzakelijk dat er op de ontvanger een juridische verplichting rust om de betalingen door te betalen, of dat uit de feiten en omstandigheden de conclusie kan worden getrokken dat de ontvanger in wezen op voorhand verplicht is de ontvangen bedragen door te betalen naar een volgende schakel in het concern.

A.2. Het begrip “*misbruik*” in de IRR

25. De tweede en derde prejudiciële vraag in de zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16, en in zaak C-299/16, evenals de vierde prejudiciële vraag in zaken C-115/16 en C-118/16 zien op de uitleg van het begrip “*misbruik*” in artikel 5 van de IRR. Naar aanleiding van deze vragen wenst de Nederlandse regering het volgende op te merken.
26. Het gegeven dat een vennootschap in een andere lidstaat kwalificeert als “*uiteinderlijke gerechtigde*” in de zin van artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van de IRR betekent niet automatisch dat op grond van de IRR in de bronstaat de uitkeringen van alle belastingen moeten worden vrijgesteld.

27. Artikel 5, lid 1, van de IRR bepaalt uitdrukkelijk dat de richtlijn geen beletsel vormt voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken.
28. Volgens de Nederlandse regering is het voor een beroep op artikel 5, lid 1, van de IRR niet noodzakelijk dat een lidstaat specifieke wetgeving aanneemt ter bestrijding van fraude en misbruik bij de toepassing van de IRR.
29. Artikel 5, lid 1, van de IRR kan ook worden ingeroepen om een beroep te doen op algemene bepalingen uit het nationale recht ter bestrijding van fraude en misbruik. Het kan daarbij ook gaan om algemene beginselen in het nationale recht die niet in wetgeving zijn neergelegd. Dergelijke leerstukken kunnen ook aangemerkt worden als een nationaal voorschrift (zie het arrest van 5 juli 2007, C-321/05, Kofoed, EU:C:2007:408, punten 45 en 46).
30. Bovendien volgt uit vaste rechtspraak dat justitiabelen in het geval van bedrog of misbruik geen beroep op het Unierecht kunnen doen (zie bijvoorbeeld het arrest van 18 december 2014, C-131/13, Italmoda, EU:C:2014:2455, punt 43; en het arrest van 28 juli 2016, C-423/15, Kratzer, EU:C:2016:604, punt 37). In het arrest Italmoda heeft uw Hof met betrekking tot de Zesde richtlijn³ zelfs geoordeeld dat er geen nationale voorschriften nodig zijn opdat nationale autoriteiten en rechterlijke instanties een voordeel uit hoofde van het gemeenschappelijk btw-stelsel kunnen weigeren, aangezien deze consequentie moet worden gezien als inherent aan het stelsel (punt 59 van het arrest). Op grond hiervan kan zelfs worden betoogd dat lidstaten onder het Unierecht niet alleen een mogelijkheid hebben om de voordelen van de IRR te ontfangen in geval van misbruik, maar hiertoe zelfs een plicht hebben.

³ Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting – Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (PB L 145, blz. 1), zoals gewijzigd bij richtlijn 95/7/EG van de Raad van 10 april 1995 (PB L 102, blz. 18).

31. Uit de rechtspraak volgt verder dat nationale maatregelen in de strijd tegen misbruiken kunnen worden gerechtvaardigd, wanneer zij specifiek tot doel hebben gedragingen te verhinderen die erin bestaan om volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied (arrest van 12 september 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes, EU:C:2006:544, punt 55).
32. Hieruit volgt volgens de Nederlandse regering dat het plaatsen van een moedermaatschappij in lidstaat A tussen de dochter in lidstaat B en een ander onderdeel van een concern buiten de Unie, onvoldoende grond is om misbruik te kunnen vaststellen. Van misbruik kan pas sprake zijn als er door het tussenschuiven van de moedermaatschappij een vrijstelling wordt binnengehaald, die zonder deze tussenschuiving niet dan wel slechts ten dele behaald zou kunnen worden. Bovenal moet het tussenschuiven ook vrijwel uitsluitend met dit doel hebben plaatsgevonden.
33. Dit betekent dat het gegeven dat op het niveau van de topholding wordt besloten dat de door een Europese vennootschap van het concern ontvangen betalingen worden uitgekeerd aan de topholding of een andere groepsmaatschappij, geen misbruik vormt indien de Europese vennootschap een reële functie vervult. Bijvoorbeeld wanneer de vennootschap het Europese hoofdkantoor is of een andere reële tussenholding is.
34. Volledigheidshalve merkt de Nederlandse regering nog op dat onder het OESO-Modelverdrag ook expliciet is bepaald dat de voordelen waarin het Modelverdrag voorziet, moeten worden onthouden in geval van misbruik:

“The fact that the recipient of an interest payment is considered to be the beneficial owner of that interest does not mean, however, that the limitation of tax provided for by paragraph 2 must automatically be granted. This limitation of tax should not be granted in cases of abuse of this provision”.

35. Op grond van het voorgaande concludeert de Nederlandse regering dat een lidstaat in geval van misbruik belastingvrijstelling op grond van de IRR kan ontzeggen. Van misbruik is sprake ingeval van volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken.

Onderdeel B: het begrip “uiteindelijk gerechtigde” en het begrip “misbruik” in de MDR

36. De eerste tot en met de vijfde prejudiciële vraag in de zaken C-116/16 en C-117/16 zien op de relevantie van het begrip “uiteindelijk gerechtigde” en het begrip “misbruik” bij de toepassing van de MDR.
37. Anders dan bij de IRR, is het begrip “uiteindelijk gerechtigde” niet opgenomen in de MDR. Artikel 1, lid 1, van de MDR bepaalt dat lidstaten de richtlijn toepassen op uitkeringen van winst die door vennootschappen van deze Staat zijn ontvangen van hun dochterondernemingen uit andere lidstaten, en op winst die door vennootschappen van deze Staat is uitgekeerd aan vennootschappen van andere lidstaten, waarvan zij dochteronderneming zijn. Artikel 5, lid 1, van de MDR bepaalt dat de door een dochteronderneming aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst van bronbelasting wordt vrijgesteld.
38. Volgens de Nederlandse regering impliceert de zinsnede “*uitgekeerd aan de moedermaatschappij*” in artikel 1, lid 1, tweede streepje, dat de moedermaatschappij als rechthebbende van het dividend per definitie de “uiteindelijk gerechtigde” zal zijn. Dat standpunt, dat hieronder bij punt B.1 nader wordt toegelicht, betekent dat de MDR alleen van toepassing is ten aanzien van een moedermaatschappij die “uiteindelijk gerechtigde” is en er geen sprake is van het als agent of nominee ontvangen van dividend ten behoeve van een ander.
39. In het geval het Hof het hieronder onder B.1 weergegeven standpunt niet volgt en oordeelt dat het begrip “*uitgekeerd aan*” niet impliceert dat de moedermaatschappij de “uiteindelijk

gerechtigde” is, wordt hieronder in punt B.2 ingegaan op wat in dat geval de betekenis is van het begrip “*uiteindelijk gerechtigde*” en het begrip “*misbruik*”.

B.1 Primair standpunt: het begrip “*uiteindelijk gerechtigde*” is onderdeel van de MDR

40. Artikel 1 van de MDR bepaalt dat elke lidstaat deze richtlijn toepast op uitkeringen van winst die door vennootschappen van deze Staat zijn ontvangen van hun dochterondernemingen uit andere lidstaten en op de winst die door vennootschappen van deze Staat is uitgekeerd aan vennootschappen van andere lidstaten, waarvan zij dochteronderneming zijn.
41. Artikel 1 van de MDR bevat geen uitdrukkelijke verwijzing naar het begrip “*uiteinderlijke gerechtigde.*”
42. Dit kan verklaard worden doordat de MDR zoals vastgesteld door de Raad op 23 juli 1990 is gebaseerd op het voorstel van de Commissie dat dateert van 16 januari 1969 (COM(69) 6 def., PbEG C39/7). Dit voorstel is in wezen een communautaire variant van het dividendartikel dat was opgenomen in de versie uit 1963 van het OESO-Modelverdrag. De 1963-versie van het OESO-Modelverdrag hanteerde het begrip “*uiteindelijk gerechtigde*” nog niet.
43. Dit begrip is pas met de 1977-versie van het OESO-Modelverdrag geïntroduceerd. Over de introductie schrijft de OESO in het Commentaar het volgende: “*The requirement of beneficial owner was introduced to (...) clarify the meaning of the words “paid ... to a resident”.* De introductie van de term is blijkens het Commentaar niet zozeer een aanscherping voor de toekenning van een vermindering van belasting, maar een verduidelijking wanneer een persoon aan wie de betaling plaatsvindt, aanspraak kan maken op een vermindering.
44. Het doel van de MDR is het verzekeren van de goede werking van de interne markt door het vrijstellen van dividenduitkeringen die worden gedaan door een in de Unie gevestigde

dochtervennootschap aan een in de Unie gevestigde moedermaatschappij. Om dit doel te realiseren is een vereiste dat de moedermaatschappij de echte ontvanger van het dividend is en niet een doorgeefluik naar een verbonden vennootschap buiten de Unie. De moedermaatschappij binnen de Unie moet dus de *“uiteindelijk gerechtigde”* zijn. Gelet op het doel van het bevorderen van de interne markt, is de MDR uitdrukkelijk niet bedoeld voor moedermaatschappijen buiten de Unie.

45. Hetgeen hierboven is opgemerkt over de uitleg van het begrip *“uiteindelijk gerechtigde”* in het kader van de IRR (punten 19-24) is ook relevant voor de uitleg van de MDR. Daarbij merkt de Nederlandse regering volledigheidshalve op dat het bij de MDR gaat om dividenden die de moedermaatschappij ontvangt van haar dochteronderneming en waarop zij als aandeelhouder recht heeft. Zij ontvangt dus het dividend waar zij als aandeelhouder zelfstandig recht op heeft en zij is in zoverre in beginsel dus de *“uiteindelijk gerechtigde”* (vgl. hiervoor over het zelfstandig beschikkingsrecht, punten 22-24).
46. Voor de mogelijkheid om vanwege misbruik de voordelen van de MDR te ontzeggen, merkt de Nederlandse regering op dat artikel 1, lid 2, van de MDR een bepaling inzake misbruik bevat die vergelijkbaar is met artikel 5, lid 1, van de IRR. Zij verwijst om die reden naar hetgeen zij hierboven in de punten 25-35 heeft opgemerkt over de mogelijkheid van de lidstaat om in geval van misbruik belastingvrijstelling te ontzeggen.
47. Op grond van het voorgaande concludeert de Nederlandse regering dat de MDR van toepassing is in situaties waarin de moedermaatschappij de *“uiteindelijk gerechtigde”* is van de door dochteronderneming uitgekeerde winst. In een dergelijke situatie heeft de dochtermaatschappij op grond van de MDR in beginsel recht op vrijstelling van bronbelasting. In geval van misbruik kan dit recht door de lidstaat/bronstaat worden ontzegd. Van misbruik is sprake ingeval van volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken. In het kader van moeder-/dochterverhoudingen onder de MDR, kan zich dit voordoen wanneer de moedermaatschappij binnen de Unie *geen reële tussenholding* is in een concern met een topholding buiten de Unie (vgl. hiervoor punten 32-33).

B.2 Subsidiair standpunt: voorwaarde “uiteindelijk gerechtigde” geldt als anti-misbruikmaatregel

48. Voor het geval het Hof van oordeel is dat voor de toepassing van de MDR niet is vereist dat de moedermaatschappij de “uiteindelijk gerechtigde” is, merkt de Nederlandse regering het volgende op.
49. In dat geval komt de vraag op of lidstaten met een beroep op artikel 1, lid 2, van de MDR vanwege misbruik de voordelen van de richtlijn kunnen ontzeggen. Meer specifiek is dan de vraag of de voorwaarde die bijvoorbeeld op basis van een bilateraal belastingverdrag geldt voor vrijstelling van bronbelasting, en die luidt dat de uitkering plaatsvindt aan een “uiteindelijk gerechtigde”, is aan te merken als een anti-misbruikmaatregel. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord.
50. Zoals hierboven reeds aangegeven (punt 21) moet het begrip “uiteindelijk gerechtigde” in het OESO-Modelverdrag: “*be understood in its context, (...), and in light of the object and purpose of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance.*” [onderstreping gemachtigden]
51. Daarmee staat volgens de Nederlandse regering vast dat het vereiste van “uiteindelijk gerechtigde” een voorschrift ter bestrijding van misbruik vormt in de zin van artikel 1, lid 2, van de MDR.

Onderdeel C: IRR niet van toepassing op beleggingsinstellingen

52. Met de vijfde prejudiciële vraag in zaak C-118/16 wil de verwijzende rechter vernemen of de IRR van toepassing is op een in Luxemburg gevestigde vennootschap die aldaar overeenkomstig het vennootschapsrecht is opgericht en ingeschreven als een “*société en commandite par actions*” (S.C.A.) (commanditaire vennootschap op aandelen), en die tevens is gekwalificeerd als een “*société d’investissement en capital à risque*” (SICAR)

(beleggingsvennootschap in risicokapitaal) in de zin van de Luxemburgse wet van 15 juni 2004 betreffende beleggingsvennootschappen in risicokapitaal.

53. Naar aanleiding van deze vraag wenst de Nederlandse regering het volgende op te merken over de toepasselijkheid van de IRR op beleggingsvennootschappen.
54. Zoals uit de benaming al volgt, houdt een beleggingsvennootschap zich bezig met beleggen. Dit beleggen doet zij voor anderen, opdat deze anderen door collectief te beleggen hun risico's via het collectief kunnen spreiden en de kosten door schaalvoordelen kunnen drukken.
55. De resultaten van de beleggingen die de beleggingsvennootschap doet, komen toe aan de achterliggende beleggers. Op het niveau van de beleggingsvennootschap wordt in de regel geen belasting geheven over de winst. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de door de verwijzende rechter genoemde SICAR, die op basis van de Luxemburgse wetgeving als een fiscaal transparante entiteit wordt beschouwd. Dat betekent dat de winst bij de beleggers wordt belast. Ook is het mogelijk, zoals in Nederland het geval is ten aanzien van de fiscale beleggingsinstelling, dat op de beleggingsvennootschap een verplichting rust om de winst door te stoten naar de beleggers.
56. Volgens de Nederlandse regering is de IRR niet van toepassing op dergelijke beleggingsvennootschappen.
57. Dat volgt allereerst uit het doel van de IRR. Dat doel is om binnen de Unie een regeling te treffen voor de verdeling van het heffingsrecht tussen de lidstaten ten aanzien van rente- en royaltybetalingen binnen concernverband. Uit de titel van de richtlijn blijkt uitdrukkelijk dat het gaat om uitkeringen van interest en royalty's tussen "*verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten*".
58. Hieruit volgt volgens de Nederlandse regering dat alleen vennootschappen die onderdeel vormen van een concern beroep kunnen doen op de voordelen van de IRR. En dus niet

beleggingsvennootschappen, die in feite beleggen ten behoeve van niet tot het concern behorende beleggers, waarbij de belastingheffing ook wordt verlegd naar die beleggers.

III. Conclusie

59. De Nederlandse regering verzoekt het Hof de prejudiciële vragen met inachtneming van al het voorgaande te beantwoorden.

 
Gemachtigden

Den Haag, 27 september 2016