

# Exitheffingen en antimisbruikbepaling onder ATAD1

Prof. dr. P. Kavelaars, datum 14-02-2019

**Datum**

14-02-2019

**Auteur**

Prof. dr. P. Kavelaars<sup>[1]</sup>

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**JCDI**

JCDI:ADS14247:1

**Vakgebied(en)**

Belastingrecht algemeen (V)

## 1. Inleiding

Het onderhavige artikel staat in het teken van twee regelingen opgenomen in ATAD1 (Anti Tax Avoidance Directive 1) die betrekkelijk weinig gevolgen hebben voor de Nederlandse regelgeving. Het betreft enerzijds de exitheffing (art. 5 ATAD1) en anderzijds de antimisbruikbepaling (art. 6 ATAD1). De achtergrond van de beperkte gevolgen voor de Nederlandse regelgeving is er in gelegen dat beide thematieken reeds in vergaande mate in de Nederlandse wetgeving zijn opgenomen. Voor de antimisbruikbepaling gaat dit zelfs zover dat de wetgever het geheel onnodig vindt tot enige aanpassing te komen: het in de jurisprudentie ontwikkelde begrip *fraus legis* volstaat. Ten aanzien van de exitheffing zijn slechts enkele wijzigingen noodzakelijk.

In deze bijdrage besteed ik eerst aandacht aan de exitheffing.<sup>[2]</sup> In mijn bespreking van de exitheffing plaats ik deze in een breder verband en onderzoek ik of een exitheffing, zoals die nu vorm heeft gekregen, wel de meest wenselijke variant is of dat ook alternatieven denkbaar zijn.

Het tweede item dat ik bespreek, de antimisbruikbepaling, krijgt meer aandacht. Weliswaar wijzigt, zoals gezegd, op dit punt niets in de Nederlandse wetgeving, maar het thema antimisbruik is binnen de huidige BEPS-constellatie, mijns inziens, in feite de spil waar het om draait en waarvan eigenlijk alle andere maatregelen van ATAD1 en 2 op de een of andere wijze in meer specifieke vorm de invulling vormen. Waar ik wel aandacht aan besteed, is hoe de antimisbruikbepaling en de 'implementatie' daarvan door Nederland zich verhouden tot diverse andere algemene antimisbruikbepalingen die in diverse regelingen zijn opgenomen. Zo is het relevant te onderzoeken of en in welke mate dergelijke specifieke antimisbruikbepalingen wel zo relevant zijn, gegeven de onderhavige antimisbruikbepaling uit ATAD1. Een tweede punt is dat de diverse regelgevingen die de laatste jaren op fiscaal internationaal en Europees terrein tot stand zijn gekomen allerlei antimisbruikbepalingen omvatten. Het is interessant te bezien hoe die antimisbruikbepalingen zich tot elkaar en tot die uit ATAD1 verhouden. Enerzijds gaat het vooral om de fiscale richtlijnen van de EU en anderzijds om de aanpassingen die zijn aangebracht in het OESO-MV, met name in de versie 2017. Naast de antimisbruikbepalingen in de regelgeving doen zich ook in de rechtspraak ontwikkelingen voor op dit terrein waarbij het dan met name gaat om het door het Hof van Justitie ontwikkelde leerstuk van het misbruik van recht. Ook daarvan is het relevant kennis te nemen en te bezien hoe dat leerstuk zich verhoudt tot deze regelgeving. In dit verband is uiteraard ook de totstandkoming van de Richtlijn mandatory disclosure van betekenis. Daar gaat het immers (ook) om antimisbruiksituaties: waar daar in ATAD1 geheel geen criteria voor zijn ontwikkeld zien we in die richtlijn volop 'hallmarks' die moeten bepalen wanneer sprake is van oneigenlijk gebruik. In par. 2 komt de exitheffing aan de orde; in par. 3 de antimisbruikbepaling. Ik rond in par. 4 af met een conclusie.

## 2. Exitheffing

### 2.1. Enkele overwegingen ten principale

De problematiek van de exitheffingen is verbonden aan het belasten van vermogensmutaties. Ten aanzien van andersoortige inkomsten speelt een exitheffing in beginsel geen rol, omdat inkomsten immers plegen te worden belast zodra ze opkomen. Niettemin zijn bij dit uitgangspunt wel enkele kanttekeningen te plaatsen. In de eerste plaats komt de problematiek bij vermogensmutaties alleen aan de orde indien het gaat om vermogenswinsten en niet bij een heffing die gerelateerd is aan vermogensaanwas. Het realisatiecriterium is dus een fundamenteel element. In het kader van het

garanderen dat fiscale claims op vermogensmutaties geëffectueerd worden, zou dus als een alternatief voor de combinatie 'belasten van vermogenswinst/exitheffing' ook geopteerd kunnen worden voor de toepassing van een vermogensaanwasbelasting. De weerstand tegen een vermogensaanwasheffing is echter kennelijk substantieel: het belasten van (nog) niet gerealiseerd inkomen lijkt moeilijk aanvaardbaar. Ik ben daar minder van overtuigd.<sup>[3]</sup> Het is immers denkbaar de vermogensaanwas in de heffing te betrekken en daar vervolgens een betalingsfaciliteit aan te verbinden. Dit kan een jaarlijks cumulatief systeem zijn zoals we kennen in de lijfrente- en in de pensioensfeer; zie bijvoorbeeld art. 7.2 lid 8 onderdeel b Wet IB 2001. Daarmee wordt bereikt dat er niet een opeenstapeling van aanslagen ontstaat.

Een tweede kanttekening betreft de samenhang tussen een vermogensmutatie en een met het desbetreffende vermogensbestanddeel samenhangende inkomst. In feite zijn dit immers communicerende vaten. Het meest duidelijk is dit bij dividend zichtbaar: het niet uitkeren van dividend leidt tot een waardestijging van het aandeel en het later uitkeren van dat dividend tot een waardedaling. Zonder exitheffing zou dit dividend, afgezien van een eventuele bronbelasting, in de bronstaat (oorspronkelijke woon-/vestigingsstaat) onbelast blijven. Dit zou echter in elk geval naar nationaal recht kunnen worden opgelost door ook nationale heffingsbevoegdheid te creëren ten aanzien van de uitkering van 'vroeger' dividend (vroeger dividend is dan opgepot dividend dat op een later tijdstip wordt uitgekeerd). We doen dat wel met de dividendbelasting die immers steeds tot heffing leidt als de entiteit feitelijk en/of statutair in Nederland is gevestigd ongeacht de woon- of vestigingsplaats van de aandeelhouder, maar niet of beperkt bij de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting ten aanzien van dividenden. De vraag is waarom dat zo is. Enigszins vergelijkbaar is de positie van pensioen en lijfrenten: hoewel daarbij geen sprake is van vermogensmutaties in enge zin, komt de waardeaanwinst van dergelijke rechten daar wel mee overeen: dergelijke uitkeringen blijven na een emigratie onder de Nederlandse heffingsbevoegdheid vallen (art. 7.2 lid 2 onderdeel d Wet IB 2001 en art. 34 Wet LB 1964 jo. art. 11 Uitvoeringsbesluit LB 1965).

Ervan uitgaande dat inkomsten en waardemutaties van een bepaald soort vermogensbestanddeel (wederom als voorbeeld een aandeel) in wezen communicerende vaten zijn, is een punt dat in het kader van dit artikel aandacht behoort bij de behandeling van beide soorten onder verdragstoepassing. Bezien we de diverse soorten vermogensbestanddelen dan loopt de heffingstoewijzing van inkomsten uit een vermogensbestanddeel en van de vermogensmutatie van een vermogensbestanddeel lang niet altijd parallel. Ook hier vormt dividend (art. 10 OESO-MV) en de vermogensmutatie van het onderliggende aandeel (art. 13 lid 4 OESO-MV) een aardig voorbeeld. Mijns inziens is het bezien vanuit het karakter van communicerende vaten van de inkomsten en de vermogensmutaties van een vermogensbestanddeel wenselijk dat voor beide eenzelfde toewijzingsregel geldt.

Meer algemeen raken bovenstaande meer principiële kwesties de (nog principiële) kernvraag waar dergelijke inkomsten belast zouden moeten worden. Het gaat dan in feite om de vraag of de inkomsten het meest nauw verwant zijn met de gerechtigde of meer verwant zijn met het onderliggende vermogensbestanddeel. In het eerste geval is de, mijns inziens, logische gevolgtrekking dat bij emigratie de claim ook overgaat naar de nieuwe woon-/vestigingsstaat hetgeen tot de conclusie leidt dat de bron-/vertrekstaat geen heffingsbevoegdheid meer zou moeten hebben. Zou de samenhang met het onderliggende vermogensbestanddeel het sterkst zijn dan zou de conclusie moeten zijn dat bij een emigratie de heffingsbevoegdheid bij de bron-/vertrekstaat zou moeten blijven. Voor dergelijke gevallen is ter verzekering van de heffing na vertrek een exitheffing in beginsel een juist instrument ter veiligstelling van de claim. Ik realiseer me wel dat het antwoord op de vraag of inkomsten vooral persoons-, dan wel vooral objectgebonden zijn ten principale verschillend kan worden beantwoord.

Ik acht het al met al opvallend dat bij de beoordeling op welke wijze naar nationaal recht en naar verdragsrecht om moet worden gegaan met inkomsten en vermogensmutaties aan bovenstaande meer principiële vraagstukken, zelden of nooit aandacht wordt geschonken. Uitgangspunt dient te zijn dat per soort vermogensbestanddeel op beide soorten van inkomsten dezelfde toewijzingsregel van toepassing zou moeten zijn.

## 2.2. Enkele inleidende beschouwingen

Ik keer terug naar de exitheffingbepaling van art. 5 ATAD1. In de eerste plaats is te benadrukken dat de bepaling zich alleen richt op de winstfeer en dan nog wel die betreffende de vennootschapsbelasting. De verklaring daarvoor is dat ATAD1 zich alleen op die heffing richt maar de vraag is waarom die beperking is aangebracht. Als de Europese Commissie onbedoeld gebruik in de volle breedte beoogt tegen te gaan dan is daartoe geen goede reden aan te voeren. ATAD1 kan zo worden verbreed tot andere heffingen; overigens zou ook de nationale wetgever dat kunnen doen bij de implementatie.

In de tweede plaats ontstaat op dit punt ook een echte onevenwichtigheid, omdat de maatregel wel geldt voor lichamen (onderworpen aan de vennootschapsbelasting), maar niet voor natuurlijke personen die winst genieten (primair ondernemers, maar hetzelfde is het geval ten aanzien van resultaatgenieters en medegerechtigden). Weliswaar zijn zij allen in algemene zin geen gelijke gevallen en is een gelijke behandeling geen verplichting, maar gelet op de ratio van een exitheffing is er geen goed argument aan te voeren voor een onderscheid tussen deze groepen. Het feit dat ATAD1 hierin niet voorziet had de wetgever er niet van hoeven te weerhouden ook voor degenen voor wie het inkomen onder de Wet IB 2001 wordt berekend volgens de regels van de winst uit onderneming onder de reikwijdte van de volgens ATAD1 in te voeren exitheffing te brengen. Dit had eenvoudigweg kunnen worden bewerkstelligd door hen over te hevelen van art. 25a

Invorderingswet 1990 naar het nu ingevoerde art. 25b Invorderingswet 1990. Opvallend is dat aan dit vraagstuk in de parlementaire behandeling helemaal geen aandacht is besteed.

Een derde punt van aandacht betreft de vormgeving van de exitheffing. Uiteraard had de wetgever daar geen keuze, omdat immers ATAD1 dwingend moest worden geïmplementeerd en de wetgever eventueel alleen zou kunnen besluiten tot verdergaande maatregelen (waarover hierna meer). Opvallend is echter dat in de considerans van ATAD1 geen enkele afweging wordt gemaakt hoe de problematiek die ten grondslag ligt aan de invoering van de exitheffing zou kunnen worden opgelost om vervolgens op basis daarvan te bezien welke oplossingsrichtingen denkbaar zijn. Dat is des te meer opvallend nu er 1. diverse jurisprudentie is van het Hof van Justitie EU ten aanzien van de problematiek van de fiscale claim bij emigratie,<sup>[4]</sup> 2. er in de niet-fiscale sfeer diverse jurisprudentie is ten aanzien van zetelverplaatsingen en omzettingen<sup>[5]</sup> en 3. de Europese Commissie (EC) in 2006 de zogenoemde Mededeling inzake exitheffingen heeft gepubliceerd waarin een aantal opties is genoemd vooral, maar niet alleen, gericht op de exitclaims in de winstsfeer.<sup>[6]</sup> In deze Mededeling doet de EC een onderzoek naar mogelijke oplossingen voor het in de vertrekstaat buiten de heffing laten van aldaar ontstane vermogenswinsten. De EC komt hierin tot enkele mogelijke alternatieven – waaronder ook een systeem van verrekening tussen land van vertrek en land van binnenkomst ofwel de clearingvariant – waartussen zij overigens geen keuze maakt. Het is opvallend dat dit in ATAD1 allemaal niet aan de orde komt en dus ook niet leidt tot een afweging van mogelijke alternatieven. Met name is, wat mij betreft, de vraag waarom geen verder onderzoek is verricht naar verrekenings- of clearingsystemen. Nu dit kennelijk een gepasseerd station is, laat ik de Mededeling verder onbesproken.

### 2.3. Technische vormgeving

Inhoudelijk is de exitheffing niet complex, noch wat betreft de inhoudelijke vormgeving, noch wat betreft de tekstuele vormgeving. Nederland kent zowel onder de inkomsten- (art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001), als onder de vennootschapsbelasting (art. 15c en 15d Wet VPB 1969) een eindafrekening in de winstsfeer die overigens in zekere zin aanvullend is op het totaalwinstbeginsel (art. 3.8 Wet IB 2001), welk in principe als zodanig immers in feite al noopt tot een eindafrekening. Ten gevolge van het Nederlandse stelsel hoeft art. 5 lid 1 ATAD1 dat de kern van de exitheffing inhoudt niet te worden geïmplementeerd hetgeen dan ook niet is gebeurd. Art. 5 lid 1 ATAD1 ziet overigens niet alleen op EU-situaties maar op exitgevallen naar alle landen. Art. 5 lid 2 ATAD1 voorziet in de verplichting uitstel te verlenen ten aanzien van de invordering van de exitclaim. Lidstaten mogen echter strenger zijn en dus de uitstelfaciliteit achterwege laten waardoor de facto geen sprake is van een verplichting. Het is echter de vraag waarom het niet juist een minimumregeling is zodat lidstaten een ruimere faciliteit mogen toepassen. Ik vind dat wenselijk. Nederland zou dan bij de implementatie hebben kunnen vasthouden aan het bepaalde in art. 25a Invorderingswet 1990. In de parlementaire behandeling is hier ook naar gevraagd waarop de staatssecretaris heeft geantwoord dat 'ATAD1 (...) de belastingplichtige echter slechts de mogelijkheid (biedt) van gespreide betaling over een periode van vijf jaren, niet meer van betaling voor onbepaalde tijd'.<sup>[7]</sup> Hoewel ik dit dus veel te stringent vind, is het antwoord gelet op het bepaalde in art. 5 lid 2 ATAD1 juist. Te stringent, omdat de betalingsfaciliteit strekt ten gunste van de belastingplichtige en de claim zelf juridisch al vastligt, zou, mijns inziens, de faciliteit als een minimum moeten worden gezien: de essentie van de exitheffingbepaling is immers de claim te garanderen. Dat is in art. 5 ATAD1 goed geregeld. Voor het kunnen handhaven van die claim is de lengte van de betalingstermijn ten principale niet relevant. Beziet men evenwel de tekst en de opzet van art. 5 ATAD1 dan is de conclusie die, zoals de wetgever stelt, dwingend.

Evenzo is er geen dwingende reden om, zoals nu is geregeld en overigens ook voortvloeit uit ATAD1 (art. 5 lid 2), de betalingsfaciliteit te beperken tot EU-/EER-lidstaten. Ik zie er geen bezwaar in als de toepassing was uitgebreid tot derde landen. mits met die landen een verdrag is gesloten dat in elk geval voorziet in een adequate informatie-uitwisseling. Wel zou daaraan kunnen worden toegevoegd dat ook de bijstand bij invordering in het verdrag is geregeld. Gelet op het feit dat het grootste deel van de verdragen voorziet in de invorderingbepaling van art. 27 OESO-MV, lijkt achter een dergelijke voorwaarde geen echte belemmering schuil te gaan.

Lid 3 van art. 5 ATAD1 regelt de mogelijkheid rente in rekening te brengen en zekerheid te eisen, terwijl in art. 5 lid 4 ATAD1 geregeld is wanneer het uitstel wordt ingetrokken. Dit zijn weinig boeiende bepalingen die geen toelichting behoeven. Interessanter is lid 5 van art. 5 ATAD1 dat de staat van binnenkomst verplicht tot een step-up. Dit is een terechte verplichting die voor Nederland uiteraard, gelet op het bepaalde in art. 3.8 Wet IB 2001, geen implementatie behoeft. Een punt dat hierbij wel een rol speelt, is de toepassing van deze voorwaarde in de relatie tot derde landen. Zoals is aangegeven is de exitbepaling in relatie tot alle derde landen van toepassing en de uitstelregeling alleen in verhouding tot EER/EU-lidstaten. Derde landen kunnen vanzelfsprekend niet worden gedwongen tot toepassing van een step-up en dat staat uiteraard ook niet in de bepaling want dat zou zinloos zijn. In dat opzicht acht ik het daarom onjuist dat art. 5 lid 5 ATAD1 wel dwingend van toepassing is op alle verplaatsingen en emigraties e.d. Hier zou een beperking moeten zijn aangebracht tot derde landen die een step up-regeling hebben.

Een ander potentieel probleem heeft men op zich overigens in principe wel op een adequate wijze vormgegeven, te weten welke waarde in aanmerking wordt genomen. Enerzijds is in art. 5 lid 5 ATAD1 bepaald dat dit de marktwaarde is en anderzijds regelt art. 5 lid 4 ATAD1 dat de gehanteerde marktprijs die door de vertrekstaat in aanmerking is genomen, in principe richtinggevend is. De ontvangststaat volgt dus in principe de vertrekstaat wat betreft de waarde maar kan zich

daarvan distantiëren als niet de marktprijs is gehanteerd. Het ligt wel in de rede aan te nemen dat hier nog wel wat discussies uit voort kunnen komen. Nederland heeft de bepalingen uit art. 5 ATAD1, voor zover nodig, overgenomen in art. 25b Invorderingswet 1990 en heeft geen afwijkingen toegepast.

### 3. Algemene antimisbruikbepaling<sup>[8]</sup>

#### 3.1. Inleiding

Het BEPS-project, zowel dat van de EU als dat van de OESO, staat in het teken van het tegengaan van het ontwijken van belastingen. Een deel van de daaruit voortvloeiende regelingen is erop gericht fiscale regelgeving aan te scherpen wat betreft de voorwaarden. Een ander deel richt zich meer specifiek op het tegengaan van daadwerkelijke ontwijkingsstructuren. Deze zijn aan te duiden als de specifieke anti-ontwijkingsregels zoals de in ATAD1 opgenomen CFC-wetgeving; hiertoe behoort, mijns inziens, ook een regeling als een LOB (Special Anti Abuse Rule; SAAR). Hoewel de earningsstrippingregeling ook deel uitmaakt van ATAD1 betitel ik die niet als een anti-ontwijkingsregel maar als een regel die fiscale regelgeving aanscherpt. Daarnaast zijn er de generieke anti-ontwijkingsbepalingen die zich niet richten op specifieke constructies maar die meer algemeen op ontwijkingsstructuren van toepassing moeten zijn (General Anti Abuse Rule; GAAR). De verhouding tussen al die ontgaansbepalingen is nog wel eens diffuus. Niettemin is in het algemeen wel aanvaard dat specifieke antimisbruikbepalingen prevaleren boven generieke antimisbruikbepalingen.<sup>[9]</sup> Dat spreekt in eerste aanleg ook voor zich. Toch kan men zich tegelijkertijd afvragen of dit wel de wenselijke structuur is. Immers, bij een voldoende brede algemene anti-ontgaansbepaling zijn specifieke anti-ontgaansbepalingen niet noodzakelijk en zou op die wijze de wetgeving vereenvoudigd kunnen worden. Een belangrijk bezwaar tegen een dergelijke invalshoek is er echter ook. Het nadeel van een algemene anti-ontgaansbepaling is het inherente generieke karakter (algemene normen) die de toepassing van de bepaling onzeker maakt, zowel voor de overheid, als voor de contribuabelen. Die nadelen vormen echter wellicht ook weer een voordeel, namelijk het mogelijk flexibele karakter waar het betreft de toepassing. Algemeen is een overheid – en dat geldt ook voor Nederland – op basis van die laatste grond een voorstander van de toepassing van een generieke antimisbruikbepaling. Ik geef er zelf om die reden ook de voorkeur aan.

Een tweede punt betreffende de verhouding tussen algemene en generieke antimisbruikbepalingen is of, en zo ja, in hoeverre ze naast elkaar kunnen worden toegepast. Ofwel, of een algemene antimisbruikbepaling nog wel kan worden toegepast als een specifieke antimisbruikbepaling geldt die echter in een concreet geval niet van toepassing is. De gedachte is logisch dat beide niet successievelijk kunnen worden toegepast; immers, de specifieke antimisbruikbepaling richt zich als het goed is op alle misbruik van de bepaling waarop die betrekking heeft. Blijkt dat niet het geval dan moet de bepaling worden aangescherpt. De kwestie is voor Nederland duidelijk, althans waar het strikt Nederlandse wetgeving betreft; zie laatstelijk in HR 21 april 2017, 15/05278, ECLI:NL:HR:2017:638 waarin is beslist dat hoewel art. 10a Wet VPB 1969 een antimisbruikbepaling bevat, er desalniettemin niets aan in de weg staat dat in voorkomende gevallen toch een beroep op *fraus legis* kan worden gedaan. Ik acht die uitkomst onwenselijk. Enerzijds beschermt deze opzet een niet goed (mede)wetgevende overheid; anderzijds kan men dan net zo goed de specifieke antimisbruikbepaling maar geheel niet opnemen en alleen de algemene antimisbruikbepaling hanteren. Daarvan heb ik hiervoor overigens aangegeven dat dit mijn voorkeur ook heeft. Vanuit EU-rechtelijk perspectief zou hier in het kader van het centrale thema bestrijding belastingontwijking een eenduidige lijn moeten gelden.

#### 3.2. Wel of geen implementatie

De antimisbruikbepaling van art. 6 ATAD1 is toegelicht in punt 11 van de Considerans bij ATAD1. Zoals hiervoor al uiteen is gezet, dienen, aldus ook de Considerans, algemene antimisbruikbepalingen alleen in beeld te komen als specifieke antimisbruikbepalingen te kort schieten. Belangrijk is – en ook dat is overigens conform de vaste rechtsleer – dat het volgens genoemd punt 11 de belastingplichtige echter wel altijd vrij moet staan om de fiscaal meest gunstige fiscale positie te kiezen. De kern van het onderscheid tussen wat dan wel en wat niet meer aanvaardbaar is, legt de Considerans bij het kunstmatige karakter van de structuur. Tot zover de uitgangspunten die in de Considerans ten grondslag liggen aan art. 6 ATAD1.

Art. 6 ATAD1 formuleert drie cumulatieve criteria voor toepassing van de antimisbruikbepaling:

- a. het motiefvereiste: 'het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht wordt ondermijnd';
- b. het normvereiste: 'een constructie of een reeks van constructies (...) die is opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen';
- c. het kunstmatigheidsvereiste: '(...) en die, alle feiten en omstandigheden in aanmerking nemende, kunstmatig is'.

De eerste twee criteria zijn niet uitgewerkt; het derde wel, namelijk in art. 6 lid 2 ATAD1 waarin een negatieve formulering is opgenomen: er is sprake van een kunstmatige constructie 'voor zover ze niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen'. Het blijkt dus zowel uit de Considerans als uit de tekst van art. 6 ATAD1 dat de Europese Commissie de nadruk legt bij het kunstmatige karakter. In die zin lijkt het opvallend dat de wetgever expliciet afziet van de opname van dit criterium door aan te sluiten bij de *fraus legis* leer. Immers, *fraus legis* kent



alleen het motief- en het normvereiste. De wetgever ziet dat echter anders doordat hij aangeeft dat in de fraus legisleer bij de toetsing aan het motiefvereiste de kunstmatigheid een rol speelt en dit vereiste dus impliciet ook voor de toepassing van fraus legis geldend is.<sup>[10]</sup> Ik meen dat dit een te optimistische visie is. Het kunstmatigheidsvereiste is in de oudere jurisprudentie van de Hoge Raad als afzonderlijk criterium geformuleerd naast de twee andere voorwaarden. In de huidige toepassing van fraus legis komt het criterium niet meer voor.<sup>[11]</sup>

Hoewel ik me erin kan vinden de door de wetgever gevolgde lijn aan te sluiten bij het in de rechtspraak ontwikkelde fraus legisleer was het, mijns inziens, op drie gronden wenselijk het begrip wettelijk te verankeren en wel in het huidige art. 31 AWR (richtige heffing):

- het verbeteren van de rechtszekerheid;
- het afschaffen van de leer van de richtige heffing (het huidige art. 31 AWR) welk artikel op grond van beleid al decennia niet meer wordt ingeroepen en dus een dode letter is;
- de beschikbaarheid van een algemeen antimisbruikbegrip dat niet beperkt is tot de toepassing van de vennootschapsbelasting zoals dat voortvloeit uit ATAD1.

Het is jammer dat hier in de parlementaire geschiedenis geen aandacht aan is geschonken en ook bijvoorbeeld de Raad van State hier niets over opmerkt.

In onderling verband zijn lid 1 en 2 van art. 6 ATAD1 interessant waar het de wijze betreft waarop de belastingheffing moet plaatsvinden indien art. 6 ATAD1 van toepassing is. In de eerste plaats is sprake van een 'voor zover' bepaling (zie lid 2): alleen voor zover sprake is van een kunstmatige constructie kan de bepaling worden ingeroepen. Dit lijkt, gelet op hetgeen hiervoor uiteen is gezet, ten aanzien van het achterwege laten door Nederland van het kunstmatigheidscriterium voor ons land in eerste instantie wellicht geen rol te spelen, maar dat is, mijns inziens, niet juist. Ook bij fraus legis geldt immers dat alleen wordt 'geneutraliseerd' hetgeen deel uitmaakt van de ontwijkingsconstructie. In de tweede plaats is lid 3 van art. 6 ATAD1 relevant waar is aangegeven op welke wijze heffing moet plaatsvinden als de bepaling moet worden toegepast, te weten door de gewraakte constructie(s) buiten beschouwing te laten. Hier wordt niet expliciet een koppeling gelegd met het voor zover criterium maar dat is ook niet noodzakelijk. Blijft overeind dat de ervaring met de fraus legisleer en ook wel met de misbruik van rechtsleer, zoals die is ontwikkeld door het Hof van Justitie EU (zie par. 3.3), dat het nog niet altijd even eenvoudig is om te bepalen wat wel en wat niet moet worden meegenomen. Enigszins opvallend acht ik wel dat de onderhavige benadering uit lijkt te gaan van de wegdenkvariant (het misbruikdeel wordt weggedacht), terwijl fraus legis veel meer lijkt aan te sluiten bij de substitutievariant (het misbruikdeel wordt vervangen door een naastliggende transactie). Ik zou het logischer hebben gevonden als in art. 6 lid 3 ATAD1 beide varianten uitdrukkelijk zouden zijn vermeld. Dat die vervolgens niet zijn geconcretiseerd is terecht nu dat een onmogelijkheid is gelet op het casuïstische karakter van de situaties waar de antimisbruikbepaling op van toepassing is.

Ter afronding wijs ik erop dat art. 6 ATAD1 niet is beperkt tot EU-situaties maar ook in de verhouding tot derde landen gelding heeft. Dat is begrijpelijk en terecht en is bij fraus legis uiteraard niet anders, zij het dat fraus legis tot op heden niet wordt toegepast onder de verdragstoepassing (zie par. 3.5).

### 3.3. Misbruik van recht<sup>[12]</sup>

Het bestrijden van het ontwijken van belastingen is de afgelopen jaren ook bij het Hof van Justitie EU aan de orde gekomen en heeft geleid tot de leer van het misbruik van recht. Hoewel dit leerstuk met name is ontwikkeld in het kader van de indirecte belastingen en meer bijzonder in de sfeer van de omzetbelasting, is het leerstuk niet tot die heffingen beperkt. Dat valt af te leiden uit jurisprudentie die geheel buiten de fiscaliteit ligt en waarbij de kernvraag is beantwoord of een beroep op het EU-recht kan worden gedaan indien sprake is van misbruiksituaties, welke vraag het Hof van Justitie EU uitdrukkelijk ontkennend heeft beantwoord.<sup>[13]</sup> Maar daarnaast kan ook worden gewezen op het in dit verband roemruchte arrest *Cadbury Schweppes* (HvJ 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544), zie voor een vergelijkbare zaak in verhouding tot een derde land het arrest *X GmbH* (HvJ EU 26 februari 2019, C-135/17) waarin het criterium van de volstrekt kunstmatige constructie is herhaald. Opmerkelijk is dat in een tweetal arresten van dezelfde datum het woord volstrekt niet aan de orde is en is volstaan met de toets of sprake is van een kunstmatige constructie. Het betreft het arrest *T en Y Denmark* (HvJ EU 26 februari 2019, C-116/16 en C-117/16), alsmede het arrest *X-, C-, Z-Denmark* en *N Luxemburg* (HvJ EU 26 februari 2019, C-115-16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16). De achtergrond van dit onderscheid is niet aanstonds duidelijk. Ik meen overigens dat in het onderhavige verband aan dit laatste arrest minder betekenis toekomt dan wel wordt gesuggereerd: het zegt immers, kort gezegd, niet meer dan dat alleen in geval van volstrekt kunstmatige constructies er geen rechtvaardiging kan worden aanvaard voor een situatie die als zodanig een belemmering vormt in de zin van de vrije verkeersbepalingen.<sup>[14]</sup> Een probleem daarbij blijft uiteraard wel dat de vraag of sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie sterk afhankelijk is van de feitelijke omstandigheden (zie ook r.o. 74 van het arrest *Deister Holding*). Het kernarrest inzake misbruik van recht is nog steeds het hiervoor in de noot aangehaalde arrest *Halifax*.<sup>[15]</sup> De nadien gevolgde arresten voegen daar naar mijn mening niet veel aan toe. De criteria voor misbruik van recht, zoals die in dat arrest zijn ontwikkeld, zijn (r.o. 86):

- er is gehandeld in strijd met doel en strekking van een wettelijke regeling;
- uit het geheel van objectieve factoren moet blijken dat het wezenlijke doel van de transacties erin bestaat een

belastingvoordeel te verkrijgen.

Wel overweegt het Hof van Justitie dat het de belastingplichtige vrij blijft staan de optimale fiscale positie te creëren (r.o. 73), zij het dus met als randvoorwaarde het misbruik van rechtscriterium. Tot slot zien we in dit arrest ook dat wordt aangegeven dat het 'herstel' van de fiscale positie moet plaatsvinden zonder het in aanmerking nemen van de transacties die het misbruik vormen (r.o. 94). Dit punt stemt dus overeen met art. 6 ATAD1: het gaat om een wegdenkgedachte en dus kennelijk niet (ook) om een 'vervangingsgedachte'. Het is niet altijd even duidelijk wat de wegdenkgedachte precies betekent, omdat met name bij een reeks van constructies niet steeds helder is welke transacties nu wel en welke niet dienen te worden weggedacht.

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie die nadien is geweest inzake misbruik van recht, zien we dat de criteria niet zijn gewijzigd en telkenmale de overwegingen uit het arrest *Halifax* worden herhaald. Het Hof van Justitie hecht hier kennelijk geen betekenis aan het kunstmatigheidscriterium, zoals dat wel deel uitmaakt van art. 6 ATAD1, maar ook in diens hiervoor weergegeven jurisprudentie (zie het genoemde arrest *Cadbury Schweppes c.a.*). Met name is wat mij betreft niet helemaal goed te volgen hoe het Hof van Justitie in de verschillende rechtspraak nu omgaat met het (volstrekt) kunstmatigheidscriterium. Het is nu interessant of in toekomstige rechtspraak van het Hof van Justitie dit criterium een rol gaat spelen bij de leer van het misbruik van recht. Enerzijds is dat wenselijk teneinde te voorkomen dat EU-rechterlijk verschillende misbruikcriteria worden toegepast, maar anderzijds zal elke richtlijn zelfstandig moeten worden uitgelegd. In dit verband is wel een punt dat het bij de *Halifax*-jurisprudentie steeds gaat om de Btw-richtlijn (en diens voorganger), alsmede om het algemene EU-recht. Voor deze beide onderdelen hanteert het Hof eenzelfde benadering waarbij zij opgemerkt dat ook de Btw-richtlijn in zekere zin een (zeer beperkte) antimisbruikbepaling kent (art. 131 Btw-richtlijn) welke bepaling echter zelf geen criteria bevat maar de lidstaten de mogelijkheid biedt bepalingen op te nemen gericht tegen het ontwijken van belastingen.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de criteria die het Hof van Justitie met het arrest *Halifax* heeft ontwikkeld nog onverkort gelden en dat de rechtspraak geen nieuwe criteria of gezichtspunten op dit vlak heeft ontwikkeld. Wel zien we in de nadien door hem gewezen rechtspraak ten aanzien van het misbruik van recht dat dit criterium:

- slechts zeer spaarzaam daadwerkelijk wordt toegepast;
- het aanvankelijk de beoordeling of sprake is van misbruik van recht volledig aan de nationale rechter overliet, maar in meer recente arresten meer aanwijzingen geeft of al dan niet sprake is van misbruik van recht.

### 3.4. Antimisbruikbepalingen in richtlijnen<sup>[16], [17], [18]</sup>

Naast het misbruik van rechtscriterium, zoals dat is ontwikkeld, is het in het kader van het bepaalde in art. 6 ATAD1, ook zinvol een blik te werpen op de overige EU-richtlijnen inzake de directe belastingen waar het antimisbruikbepalingen betreft. Ik loop ze in deze paragraaf langs.

De huidige tekst van art. 1 lid 2 en 3 Moeder-dochterrichtlijn komt inhoudelijk overeen met art. 6 ATAD1. In beide bepalingen komen de meergenoemde criteria aan de orde. Deze tekst geldt sinds 2015; voordien ging de bepaling niet verder dan dat deze bepaalde dat nationale of verdragsrechtelijke bepalingen inzake het bestrijden van fraude en misbruik dienden te worden gerespecteerd (art. 1 lid 4 Moeder-dochterrichtlijn). Een en ander is in Nederland verwerkt in art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 en in art. 4 lid 3 onderdeel c Wet DB 1965. Waar het mij om gaat is hoe een en ander zich nu tot elkaar verhoudt: zoals gezegd is de tekst van art. 6 ATAD1 en die van art. 1 lid 2 en 3 Moeder-dochterrichtlijn ten principale gelijklopend. Ten aanzien van de eerstgenoemde bepaling vindt de wetgever dat die niet hoeft te worden geïmplementeerd nu dit antimisbruikbegrip in de fraus legisleer is geïncorporeerd (zie par. 3.1), maar eerder meent diezelfde wetgever wel dat de tweede bepaling moet worden geïncorporeerd in de Wet VPB 1969. Die logica zie ik niet. Ook voor de toepassing van de Moeder-dochterrichtlijn had in die visie dus met fraus legis kunnen worden volstaan. Nu fraus legis niet beperkt is tot enige specifieke belasting geldt hetzelfde voor de antimisbruikbepaling in de Wet DB 1965. De conclusie dient dan ook te zijn dat, gelet op de motivering van de wetgever art. 6 ATAD1 niet te implementeren, de beide hiervoor vermelde bepalingen ter implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn ten overvloede zijn opgenomen, althans niets toevoegen. Ik pleit er dan ook voor die af te schaffen.

Art. 15 Fusierichtlijn kent eveneens een antimisbruikbepaling. Deze is in duidelijk andere bewoordingen geformuleerd en is tekstueel met name ook meer toegespitst op de fusierichtlijn zelf. De vraag is waarom dat noodzakelijk is en waarom dus ook hier niet is gekozen voor een algemene geformuleerde antimisbruikbepaling. Ik zie geen reden voor een meer specifieke formulering. Dit kan onder omstandigheden ten onrechte beperkend werken. Verder zijn het motiefvereiste en het normvereiste beide ook niet duidelijk afzonderlijk herkenbaar. Evenmin wordt het kunstmatigheidscriterium vermeld. In de verhouding tot art. 6 ATAD1 kan aan deze bepaling dus geen inzicht worden ontleend. Meer algemeen bepleit ik dat art. 15 Fusierichtlijn evenals art. 6 ATAD1 en art. 1 lid 2 en 3 Moeder-dochterrichtlijn een bredere en meer algemene formulering krijgen.

In de derde plaats is er art. 5 Interest- en royaltyrichtlijn die in essentie nog overeenstemt met het voormalige art. 1 lid 2 (en het huidige art. 1 lid 4) Moeder-dochterrichtlijn, zij het enigszins breder geformuleerd doordat het enerzijds nationale en verdragsrechtelijke antimisbruikbepalingen laat prevaleren en anderzijds een eigen antimisbruikbepaling kent die echter alleen bestaat uit het motiefvereiste ('voornaamste beweegredenen (...) misbruik'). Ook deze bepaling zou daarmee

aanpassing behoeven. In het al geruime tijd aanhangige voorstel tot aanpassing van de Interest- en royaltyrichtlijn<sup>[19]</sup> is geen wijziging van art. 15 opgenomen. Het ligt in de rede dat bij een voortgaande behandeling dit, gelet op de ontwikkelingen die de afgelopen jaren ten aanzien van het bestrijden van misbruik hebben plaatsgevonden, alsnog gebeurt.<sup>[20]</sup>

Meest interessant is op dit moment wellicht nog wel de Richtlijn mandatory disclosure.<sup>[21]</sup> Ook die bespreek ik niet maar relevant is uiteraard wel dat deze betrekking heeft op grensoverschrijdende agressieve belastingadviezen en daarvoor een groot aantal criteria (hallmarks) kent. De vraag is nu of, en zo ja, welke verschillen er bestaan tussen agressieve belastingadviezen en het ontwijkingscriterium van art. 6 ATAD1 (afgezien uiteraard van het feit dat art. 6 ATAD1 beperkt is tot de vennootschapsbelasting). Nog anders gezegd: kunnen we stellen dat alleen adviezen die zouden kunnen worden geraakt door *fraus legis* onder de reikwijdte van de Richtlijn mandatory disclosure kunnen worden gebracht? In de Considerans bij de Richtlijn mandatory disclosure wordt wel impliciet maar niet heel expliciet ingegaan op de samenhang tussen belastingontwijking enerzijds en (grensoverschrijdende) belastingadviezen anderzijds. Wel zien we in de Considerans een enkele passage die wijst op een nauw verband. Zo wordt in punt 4 opgemerkt:

“Vanuit het inzicht dat een transparant kader voor de ontplooiing van bedrijfsactiviteiten kan bijdragen aan de bestrijding van belastingontwijking en -ontduiking (...) is aan de Commissie gevraagd initiatieven te nemen voor (...) agressieve fiscale planningsconstructies.”

In punt 9 van de Considerans is vervolgens bepaald:

“(…) grip te krijgen op mogelijke agressieve fiscale planningsconstructies door een lijst samen te stellen van de kenmerken en elementen die een sterke aanwijzing voor belastingontwijking of -ontduiking vormen ...”

Wijzen deze twee punten op een duidelijke samenhang tussen de agressieve constructies en belastingontwijking, in punt 14 van de Considerans wordt een expliciet verband gelegd met art. 6 ATAD1:

“Voorts is het dienstig te memoreren dat agressieve grensoverschrijdende fiscale planningsconstructies, waarvan het voornaamste doel of een van de voornaamste doelen erin bestaat een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel of de toepassing van de toepasselijke belastingwetgeving ondermijnt, onderworpen zijn aan de algemene antimisbruikregel van art. 6 van Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad.”

Uit deze opmerking lijkt te kunnen worden afgeleid dat in elk geval alle door de Richtlijn mandatory disclosure bedoelde constructies onder de reikwijdte van art. 6 ATAD1 vallen. Dat is weliswaar niet onbegrijpelijk, maar dat zou betekenen dat gelet op het feit dat niet heel snel zal zijn voldaan aan de criteria van *fraus legis* (zie eerder), ook niet snel melding zal behoeven plaats te vinden van de agressieve adviezen. Dat laatste is gelet op het aantal en de aard van de hallmarks echter weer niet direct voor de hand liggend. Enerzijds komt de vraag op waarom men de hallmarks niet ook als invulling van art. 6 ATAD1 hanteert; anderzijds lijkt het er nu op dat art. 6 ATAD1 op deze wijze wordt opgerekt. Wanneer we de hallmarks bezien dan is het wat mij betreft niettegenstaande bovenstaand citaat duidelijk dat er toch een verschil moet bestaan tussen beide regelingen. Voor de toepassing van de hallmarks is het namelijk bij slechts een deel noodzakelijk dat tevens wordt voldaan aan de *mainbenefittest*. Deze is omschreven in Deel 1 van Bijlage IV bij de mandatory disclosure Richtlijn waarin de hallmarks zijn omschreven. De *mainbenefittest* is als volgt omschreven:

“Aan die toets is voldaan indien kan worden aangetoond dat het belangrijkste voordeel dat of de belangrijkste voordelen die, gelet op alle relevante feiten en omstandigheden redelijkerwijs te verwachten valt van een constructie het verkrijgen van een belastingvoordeel is.”

Deze omschrijving komt in essentie overeen met de oogmerktoets. Voor toepassing van art. 6 ATAD1 moet in alle gevallen aan de oogmerktoets zijn voldaan. De logische conclusie lijkt dan dat alleen voor de gevallen waarbij tevens aan de *mainbenefittest* is voldaan ook art. 6 ATAD1 aan de orde kan zijn. De vraag is of dat de bedoeling is van de Europese Commissie. Ik vermoed van niet. Het lijkt erop dat men hier onvoldoende coördinerend werk heeft verricht. Bezien vanuit de doelstellingen van de Europese Commissie lijkt me dat de, mijns inziens, bredere reikwijdte van de agressieve belastingconstructies (afgezien van eventuele andere beperkende factoren in de Richtlijn mandatory disclosure) ook de invulling van art. 6 ATAD1 zou moeten zijn. Wellicht is dat ook beoogd maar het komt in elk geval niet uit de verf. Indien deze lijn overigens zou worden gevolgd zou art. 6 ATAD1 dus een fors bredere reikwijdte krijgen en zou ook de door Nederland aangebrachte koppeling met *fraus legis* niet volstaan. Het zou zinvol zijn als deze problematiek bij de internetconsultatie en de implementatie van de Richtlijn mandatory disclosure verhelderd zou worden.

### 3.5. Antimisbruikbepalingen en het OESO-MV

Het OESO-MV is in de loop der jaren geleidelijk steeds meer voorzien van bepalingen die aangeven dat een verdrag er ook op moet zijn gericht belastingontwijking te voorkomen. Ik heb daar onlangs in *TFO* in het kader van de antimisbruikbepalingen in het MLI aandacht aan geschonken zodat ik in zoverre daarnaar verwijs.<sup>[22]</sup> In het OESO-MV 2017

is het nieuwe art. 29 opgenomen dat voorziet in een aantal varianten ter bestrijding van oneigenlijk gebruik van een belastingverdrag. In die zin is de reikwijdte dus enerzijds anders en anderzijds beperkter dan een algemene antimisbruikbepaling zoals art. 6 ATAD1. Sterker nog, laatstgenoemde bepaling ziet naar de toelichting en de tekst mijns inziens niet op verdragsmisbruik. Wat Nederland betreft is door de 'implementatie' via de fraus legis aanpak van verdragsmisbruik in elk geval niet mogelijk gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad. Alleen onder de BRK is toepassing van verdragsmisbruik mogelijk maar dit is geen verdrag en bovendien verwijst de BRK ook uitdrukkelijk naar nationale antimisbruikbepalingen (art. 35a BRK).<sup>[23]</sup> Uit de totstandkoming en de bewoordingen van art. 6 ATAD1 is niet duidelijk of die bepaling wel betrekking kan hebben op verdragsmisbruik. Gelet op de doelstelling van de bepaling lijkt me dat dit wel het geval zou moeten zijn. Indien dat zo is, schiet de Nederlandse implementatie dan dus tekort. In de parlementaire behandeling van het implementatievoorstel van ATAD1 komt deze kwestie geheel niet aan de orde.

Art. 29 OESO-MV heeft in vergelijking tot de andere verdragsartikelen een bijzondere opzet in die zin dat het voorziet in een aantal varianten waar verdragsstaten uit kunnen kiezen. Die varianten zijn algemene en specifieke antimisbruikbepalingen, dan wel combinaties. Ik beperk me hier tot de algemene antimisbruikbepalingen in de vorm van een principal purpose test (ppt) die is opgenomen in art. 29 lid 9 OESO-MV en toegelicht in par. 169-187 van het OESO-commentaar. Ten opzichte van de Richtlijn mandatory disclosure valt op dat het daarbij gaat om een mainbenefittest (mbt) en hier om een ppt. Het is spijtig dat op dit punt niet een eenduidige lijn is getrokken. Wat betreft de definitie in art. 29 lid 9 OESO-MV, gaat het in de kern om de volgende passage:

"(...) obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of the Convention."

Vergelijken we deze omschrijving met die van art. 6 ATAD1 dan is in elk geval duidelijk dat het gekunstelde karakter hier geen rol speelt en dat het normvereiste als een soort tegenbewijs is geformuleerd. De facto komt het er daarmee wel op neer dat de doel- en normvereisten, zoals we die kennen uit art. 6 ATAD1 en de fraus legisleer, hier ook aan de orde zijn. De toelichting in het OESO-commentaar geeft een aantal zinvolle verhelderingen hoe de bepaling moet worden uitgelegd. Zo is bijvoorbeeld in punt 173 aangegeven dat de bepaling in samenhang met de andere bepalingen in het modelverdrag moet worden gezien die betrekking hebben op het ontwijken van verdragstoepassing. In punt 180 e.v. is met name toegelicht hoe de ppt moet worden uitgelegd, mede aan de hand van enkele voorbeelden. Deze kunnen stellig ook een rol (gaan) spelen bij de toepassing van art. 6 ATAD1 indien die bepaling ook op verdragsituaties ziet en bij de toepassing van de Richtlijn mandatory disclosure. Gelet op de strekking en de maximaal toegestane omvang van deze bijdrage laat ik de bespreking van art. 29 OESO-MV voor het overige achterwege.<sup>[24]</sup>

## 4. Afronding

Ik heb in deze bijdrage twee thema's besproken uit ATAD1 die beide nauwelijks tot implementatie in de Nederlandse wetgeving hebben geleid. In de eerste plaats betreft het de exitheffingbepaling. De implementatie daarvan is beperkt en levert op zich niet veel bemerkings op. Interessanter is echter de meer algemene vraag of, en zo ja, op welke wijze met deze problematiek moet worden omgegaan. Aan deze principiële aspecten wordt structureel (vrijwel) geen aandacht besteed zodat ook alternatieven voor een exitheffing of voor de vormgeving van een exitheffing buiten beeld blijven. Ik heb betoogd dat hier verbeteringen denkbaar en wenselijk zijn.

Ten aanzien van de antimisbruikbepaling in art. 6 ATAD1 en de implementatie ervan door Nederland via het instrument van fraus legis lijkt me dat de wetgever in eerste instantie weliswaar voor een pragmatische invalshoek heeft gekozen maar toch een aantal zaken onvoldoende heeft doordacht. Bovendien is het erg spijtig dat geen acht is geslagen op andere varianten van algemene antimisbruikbepalingen. Dat laatste is overigens wellicht nog meer te verwijten aan de Europese Commissie en de OESO die drukdoende zijn allerlei anti-ontwijkingsmaatregelen te treffen maar de samenhang daarvan, naar mijn indruk, te weinig aandacht geven. Althans, daarvan blijkt niets. Het gevolg is nu dat er voor diverse regelingen allerlei bepalingen zijn getroffen waarvan het niet duidelijk is hoe die moeten worden uitgelegd en wat de verschillen dan precies zijn. Het verdient aanbeveling dat hier een meer gecoördineerd beleid wordt gevoerd door OESO, EU en de lidstaten.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Prof. dr. P. Kavelaars is hoogleraar Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, buitengewoon hoogleraar Fiscaal Recht en Economie aan de University of Curaçao en directeur Wetenschappelijk Bureau Deloitte Belastingadviseurs.

[\[2\]](#)

Zie daarover uitgebreid F.P.G. Pötgens, 'Exitheffingen na ATAD 1', *MBB* 2018/26, p. 447-459.



[3]

In mijn oratie heb ik indertijd uitvoerig aandacht besteed aan de vermogenswinst- en aanwasbelasting zij het toen vooral vanuit nationaalrechtelijk perspectief ter vervanging van de toen nog geldende systematiek van het belasten van vermogensinkomsten onder de Wet IB 1964. Zie P. Kavelaars, *Vermogenswintheffing: verlies of (aan-)winst?*, Deventer: Kluwer 1997. Zie voor enkele internationale aspecten par. 4.7. Zie meer algemeen ook R.P. van den Dool, *Belastingheffing over kapitaalkomen bij natuurlijke personen* (diss. Rotterdam), 2009.

[4]

De meest in het oog springende zijn: HvJ EG 11 maart 2004, C-09/02, ECLI:EU:C:2004:138 (*Lasteyrie du Saillant*); HvJ 7 september 2006, C-470/04, ECLI:EU:C:2006:525 (*M*); en HvJ 29 november 2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 (*Grid Indus*) waarbij wel een onderscheid wordt gemaakt tussen winstsfeer en aanmerkelijkbelang sfeer. Dat onderscheid laat ik onbesproken. In het arrest Wächtler (HvJ 26 februari 2019, C-581/17) is deze jurisprudentie doorgetrokken naar een emigratie naar een derde land, in casu Zwitserland waarbij overigens relevant is dat Zwitserland een overeenkomst met de EU heeft gesloten ten aanzien van toepasselijk EU-recht op de verhouding tussen de EU en Zwitserland inzake het vrije verkeer van personen.

[5]

Zie met name HvJ EEG 27 september 1988, 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 (*Daily Mail*), HvJ EG 16 september 2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723; en HvJ EU 12 juli 2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 (*Vale*).

[6]

EC, Exithettingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten, 19 december 2006, COM(2006)825def.

[7]

[Kamerstukken II 2018/19, 35030, 7](#), p. 27 (Nota naar aanleiding van verslag).

[8]

Voor een fraai recent onderzoek naar antimisbruikbepalingen en misbruik van recht verwijs ik graag naar het rapport van de Vereniging voor Belastingwetenschap, *Misbruik van recht*, 2016, nr. 256. Voor een interessante beschouwing over misbruik van recht door de overheid, hetgeen ik hier niet behandel, vestig ik gaarne de aandacht op S.C.W. Douma, *Verkeerde bedoelingen*, *TFO* 2016/147.3.

[9]

Zie bijvoorbeeld [Kamerstukken II 2018/19, 35030, 3](#), p. 15 (ATAD implementatie wetsvoorstel) waar in wordt gegaan op de samenhang met de antimisbruikbepaling van de Moeder-dochterrichtlijn.

[10]

[Kamerstukken II 2018/19, 35030, 3](#), p. 15 en [7](#), p. 24-25.

[11]

Zie o.a. R.E.C.M. Niessen & R.M.P.G. Niessen-Cobben, *Inleiding formeel belastingrecht*, Den Haag: Sdu 2018, p. 371.

[12]

Zie hierover uitgebreider: L. de Broe & D. Beckers, 'The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the wider Perspective of the European Court of Justice's Case Law on Abuse of Law', *EC Tax Review*, juni 2017, p. 133-144. De auteurs zien een spanning tussen art. 6 ATAD1 en de misbruikjurisprudentie van het Hof van Justitie.

[13]

Zie r.o. 68 uit het arrest *Halifax* (HvJ EG 21 februari 2006, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121): 'Er zij aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de justitiabelen in geval van fraude of misbruik geen beroep op het gemeenschapsrecht kunnen doen (zie met name arresten van 12 mei 1998, *Kefalas e.a.*, C-367/96, *Jurispr.* p. I-1843, punt 20, en 23 maart 2000, *Diamantis*, C-373/97, *Jurispr.* p. I-1705, punt 33, en 3 maart 2005, *Fini H*, C-32/03, *Jurispr.* p. I-1599, punt 32.'

[14]

In dit verband valt ook te wijzen op de gevoegde arresten *Deister Holding* en *Juhler Holding* (HvJ EU 20 december 2017, C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009). In algemene zin blijkt het Hof van Justitie nog steeds zeer terughoudend bij het toepassen van misbruik als rechtvaardigingsgrond. In deze gevoegde zaken komt de rechtvaardigingsgrond zowel aan de orde in relatie tot de verdragsvrijheden als in relatie tot de Moeder-dochterrichtlijn. Het blijkt dat het Hof van Justitie daartussen geen onderscheid wenst aan te brengen wat betreft toe te passen criteria.

[15]

Hoewel dit dus niet het eerste arrest is waar het leerstuk aan de orde is. Daarvoor moeten we terug naar HvJ EG 14 december 2000, C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695 (*Emsland-Stärke*).

[16]

De samenloop en samenhang, dan wel het ontbreken daarvan, is in een veel breder perspectief van bepalingen en regelingen besproken in: R. Collier, S. Kari, O. Ropponen, M. Simmler & M. Todtenhaupt, *Dissecting the EU's Recent Anti-Tax Avoidance Measures: Merits and Problems*, *EconPol Policy Report* 8, september 2018.

[17]

Ik laat richtlijnen die niet meer gelden (Spaartegoedenrichtlijn) of die nog in werking (zouden) moeten treden (bijvoorbeeld de CCTB/CCCTB) buiten beschouwing hoewel ook die antimisbruikbepalingen kenden, respectievelijk kennen.

[18]

Ruim na afronding en inlevering van de kopij, maar net voor de beoordeling van de drukproef zijn de hiervoor in par. 3.3. genoemde Deense arresten van het Hof van Justitie EU inzake doorstroomvennootschappen en beneficial ownership in relatie tot de anti-misbruikbepalingen in de Moederdochterrichtlijn en de Interest- en royaltyrichtlijn verschenen. Helaas konden die arresten niet meer inhoudelijk worden verwerkt in dit artikel.

[19]

Voorstel 2011/0314 (CNS).

[20]

Overigens is wel over aanpassingen gesproken, maar dat heeft (nog) niet tot aanpassingen geleid. Zie: [data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10089-2015-INIT/en/pdf](http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10089-2015-INIT/en/pdf).

[21]

Richtlijn van 25 mei 2018, 2018/822/EU, *PbEU* 5 juni 2018, L 139, p. 1 e.v. Zie daarover onder andere: J.J.A.M. Korving & J.W.M. Verbaarschot, 'Mandatory Disclosure: naar de tijdgeest, maar met (fantom)pijn', *WFR* 2018/173.

[22]

P. Kavelaars, 'Antimisbruikbepalingen in het MLI', *TFO* 2018/159.1, p. 111-117.

[23]

Zie onder andere HR 15 december 1993, 29296, *BNB* 1994/259; HR 29 juni 1994, 28734, *BNB* 1994/294; HR 15 maart 1995, 29531, *BNB* 1995/150; HR 6 december 2002, 36773, *BNB* 2003/285; HR 12 mei 2006, 39223, *BNB* 2007/36; en HR 12 mei 2006, 41324, *BNB* 2007/40.

[24]

Zie daarover onder andere: R.A. Bosman, 'Bestrijding van verdragsmisbruik in de 2017-update van het OESO-Modelverdrag', *MBB* juni 2018, p. 234-252; C. Garbarino, 'A Multi-Level Approach to "Treaty Entitlement" under the BEPS Project', *European Taxation* december 2018, p. 542-553.