



Datum van inontvangstneming : 10/01/2017

**Zaak C-613/16**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

28 november 2016

**Verwijzende rechter:**

Finanzgericht Köln (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

31 augustus 2016

**Verzoekende partij:**

■■■■ Holding A/S

**Verwerende partij:**

Bundeszentralamt für Steuern

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Vordering wegens niet-teruggaaf van de belasting op inkomsten uit vermogen die is geheven over aan een buitenlandse moedermaatschappij uitgekeerde dividenden

**Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing**

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

**Prejudiciële vragen**

1) Verzet artikel 43 EG juncto artikel 48 EG (thans artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU) zich tegen een nationale fiscale bepaling zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die een buitenlandse moedermaatschappij die binnen een in haar staat van vestiging ingezet en aldaar actief concern permanent wordt

afgezonderd als houdstermaatschappij, de ontheffing van de belasting op inkomsten uit vermogen met betrekking tot winstuitkeringen ontzegt

voor zover in deze maatschappij personen participeren die geen recht op teruggaaf of vrijstelling zouden hebben indien zij de betrokken inkomsten rechtstreeks zouden verwerven en

(1) er geen economische of andere relevante redenen zijn om de buitenlandse moedermaatschappij in te schakelen, of

(2) de buitenlandse moedermaatschappij in het desbetreffende boekjaar niet meer dan 10 % van haar totale bruto-inkomsten uit eigen economische activiteiten verwerft (wat onder meer niet het geval is indien de buitenlandse vennootschap haar bruto-inkomsten verwerft uit het beheer van activa), of

(3) de buitenlandse moedermaatschappij niet aan het algemene economische verkeer deelneemt met bedrijfsmatige activiteiten die bij haar bedrijfsdoelstelling passen, terwijl aan in het binnenland gevestigde houdstermaatschappijen de ontheffing van de belasting op inkomsten uit vermogen wordt verleend zonder dat de bovengenoemde voorwaarden daarvoor beslissend zijn?

2) Verzet artikel 5, lid 1, juncto artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435/EEG zich tegen een nationale fiscale bepaling zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die een buitenlandse moedermaatschappij die binnen een in haar staat van vestiging ingezet en aldaar actief concern permanent wordt afgezonderd als houdstermaatschappij, de ontheffing van de belasting op inkomsten uit vermogen met betrekking tot winstuitkeringen ontzegt

voor zover in deze maatschappij personen participeren die geen recht op teruggaaf of vrijstelling zouden hebben indien zij de betrokken inkomsten rechtstreeks zouden verwerven en

(1) er geen economische of andere relevante redenen zijn om de buitenlandse moedermaatschappij in te schakelen, of

(2) de buitenlandse moedermaatschappij in het desbetreffende boekjaar niet meer dan 10 % van haar totale bruto-inkomsten uit eigen economische activiteiten verwerft (wat onder meer niet het geval is indien de buitenlandse vennootschap haar bruto-inkomsten verwerft uit het beheer van activa), of

(3) de buitenlandse moedermaatschappij niet aan het algemene economische verkeer deelneemt met bedrijfsmatige activiteiten die bij haar bedrijfsdoelstelling passen, terwijl aan in het binnenland gevestigde houdstermaatschappijen de ontheffing van de belasting op inkomsten uit vermogen wordt verleend zonder dat de bovengenoemde voorwaarden daarvoor beslissend zijn?

## **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Artikelen 49 VWEU en 63 VWEU

Richtlijn 90/435/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (hierna: „moeder-dochterrichtlijn”), met name artikel 1, lid 2, en artikel 5, lid 1 (zoals gewijzigd bij richtlijn 2003/123/EG)

## **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Einkommensteuergesetz (wet betreffende de inkomensbelasting) in de in 2007 toepasselijke versie (hierna: „EStG), met name § 36, § 43b en § 50d, lid 3

Abgabenordnung (algemene belastingwet; hierna: „AO”), met name § 42, lid 1, eerste volzin

Körperschaftsteuergesetz (wet betreffende de belasting op het inkomen van rechtspersonen; hierna: „KStG”), met name § 8b

## **Korte uiteenzetting van de feiten en van de procedure**

- 1 Tussen partijen is in geschil of verzoekster krachtens § 50d, lid 3, EStG voor het litigieuze jaar 2011 recht heeft op teruggaaf van belasting op inkomsten uit vermogen.
- 2 Verzoekster is een in Denemarken gevestigde houdstermaatschappij. Het concern verricht diensten op het gebied van personeelsvoorziening. Verzoekster participeert in meer dan 25 dochterondernemingen die ten dele ook in Denemarken zijn gevestigd en aldaar actief zijn. Onder meer participeert zij sinds 2003 voor 100 % in het nominale kapitaal van temp-team Personal GmbH met zetel te Gera (Duitsland).
- 3 Verzoekster heeft ook onroerende activa in portefeuille en oefent het financiële toezicht binnen het concern uit om de rentekosten van het concern te drukken. Tevens is zij belast met het toezicht op en de controle van de resultaten van de individuele dochterondernemingen.
- 4 Verzoekster heeft zelf geen werknemers in dienst. Binnen het concern werkten in 2010 in totaal 2 338 werknemers. Verzoekster beschikt over een telefoonaansluiting en een e-mailadres. Op de thuispagina van het concern wordt zij als een van de contactpartners vermeld. Zij beschikt niet over eigen kantoorruimte. Zo nodig maakt verzoekster gebruik van de kantoren alsook van alle overige voorzieningen en van het personeel van andere concernvennootschappen.

- 5 Verzoekster wordt geleid door ██████████ die tevens bestuurder is in verschillende vennootschappen van het concern. Hij ontvangt van verzoekster geen salaris als bedrijfsleider.
- 6 ██████████ Services Limited (Cyprus) bezit 100 % van de aandelen in verzoekster. Deze vennootschap oefent geen eigen economische activiteiten uit. De aandelen in ██████████ Services Limited (Cyprus) zijn voor 100 % in handen van een in Singapore gevestigde natuurlijke persoon.
- 7 Volgens verzoekster heeft deze constructie onder meer tot doel een fiscaal sneeuwbal effect te voorkomen dat zou ontstaan doordat bronbelasting wordt ingehouden op de verschillende niveaus van het concern. Tegelijk waarborgt de gekozen structuur een betrouwbare scheiding op het gebied van aansprakelijkheid en bestuur ten aanzien van andere economische activiteiten.
- 8 In het litigieuze jaar 2011 ontving verzoekster van temp-team Personal GmbH een winstuitkering ten belope van 100 000 EUR. Temp-team Personal GmbH hield op dit bedrag belasting op inkomsten uit vermogen ten belope van 25 000 EUR en de solidariteitsheffing ten belope van 1 375 EUR in en droeg deze belastingen af aan het bevoegde Finanzamt Gera (belastingkantoor Gera, Duitsland).
- 9 Verzoekster verzocht om teruggaaf van de afgedragen belastingen. Verweerder wees dit verzoek af. Na tevergeefs bezwaar te hebben gemaakt, stelde verzoekster beroep in bij de verwijzende rechter.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing**

- 10 Verzoekster heeft in beginsel recht op teruggaaf van de belasting op inkomsten uit vermogen (1). Verweerder weigert de teruggaaf echter en beroept zich daarvoor op § 50d, lid 3, EStG (2). De verwijzende rechter twijfelt om te beginnen of deze bepaling verenigbaar is met het primaire Unierecht. Zij leidt namelijk tot een verschil in behandeling bij de uitkering van dividenden naargelang de moedermaatschappij in het binnenland dan wel in het buitenland is gevestigd, en dus tot een beperking van de vrijheid van vestiging (eerste prejudiciële vraag) (3). De cruciale kwestie is volgens de verwijzende rechter of deze beperking gerechtvaardigd is (4). Soortgelijke twijfels heeft hij voorts met betrekking tot het afgeleide Unierecht, te weten de moeder-dochterrichtlijn (tweede prejudiciële vraag) (5).

#### *(1) Recht van buitenlandse vennootschappen op teruggaaf*

- 11 In geval van een winstuitkering verwerft de in het buitenland gevestigde aandeelhouder – in casu verzoekster – inkomsten uit vermogen, die volgens de Duitse wet betreffende de inkomensbelasting aan de beperkte belastingplicht zijn onderworpen. Daarbij wordt de inkomensbelasting, die bij een kapitaalvennootschap als in het onderhavige geval in de vorm van belasting op het

inkomen van rechtspersonen verschuldigd is, geheven door inhouding op de inkomsten uit vermogen (belasting op inkomsten uit vermogen).

- 12 Als de genoemde inkomsten uit vermogen van een moedermaatschappij waarvan noch de zetel noch het bestuur zich in Duitsland bevindt, bestaan uit uitkeringen vanwege een dochteronderneming, wordt over deze inkomsten overeenkomstig § 43b, lid 1, EStG op verzoek geen belasting op inkomsten uit vermogen geheven. In lid 2 van deze bepaling wordt een moedermaatschappij gedefinieerd als een vennootschap die op het tijdstip waarop de belasting op inkomsten uit vermogen verschuldigd wordt, aantoonbaar voor ten minste 15 % rechtstreeks participeert in de dochteronderneming (minimumparticipatie), met dien verstande dat deze participatie aantoonbaar twaalf maanden moet bestaan. Aan deze voorwaarden is in casu voldaan. In plaats van op de ontheffing kan aanspraak worden gemaakt op teruggaaf van de ingehouden en afgedragen belasting (§ 50d, lid 1, tweede volzin, EStG).

*(2) Uitsluiting van het recht op grond van § 50d, lid 3, EStG*

- 13 Om misbruikconstructies tegen te gaan, is het recht op vrijstelling of teruggaaf evenwel onder bepaalde voorwaarden uitgesloten op grond van § 50d, lid 3, EStG, dat bepaalt:

„Een buitenlandse vennootschap heeft geen recht op een volledige of gedeeltelijke ontheffing als bedoeld in lid 1 of lid 2 voor zover in deze vennootschap personen participeren die geen recht op teruggaaf of vrijstelling zouden hebben indien zij de betrokken inkomsten rechtstreeks zouden verwerven en

1. er geen economische of andere relevante redenen zijn om de buitenlandse vennootschap in te schakelen, of
2. de buitenlandse vennootschap in het desbetreffende boekjaar niet meer dan 10 % van haar totale bruto-inkomsten uit eigen economische activiteiten verwerft, of
3. de buitenlandse vennootschap niet aan het algemene economische verkeer deelneemt met bedrijfsmatige activiteiten die bij haar bedrijfsdoelstelling passen.

Bepalend is uitsluitend de situatie van de buitenlandse vennootschap. Organisatorische, economische of andere relevante kenmerken van de ondernemingen die nauw gelieerd zijn met de buitenlandse vennootschap [...], worden buiten beschouwing gelaten. Er is geen sprake van een eigen economische activiteit indien de buitenlandse vennootschap haar bruto-inkomsten verwerft uit het beheer van activa of haar economische kernactiviteiten aan derden overdraagt [...].”

- 14 Meer bepaald is voor de toepasselijkheid van deze bepaling allereerst vereist dat in de buitenlandse vennootschap personen participeren die geen recht op teruggaaf

of vrijstelling zouden hebben indien zij de betrokken inkomsten rechtstreeks zouden verwerven. Verzoekster, een binnen de Unie gevestigde vennootschap, was in het litigieuze jaar voor 100 % in handen van █████ Services Limited, waarvan de zetel zich in Cyprus bevindt. Was de winstuitkering van temp-team Personal GmbH rechtstreeks aan █████ Services Limited uitbetaald, dan zou deze laatste geen recht op teruggaaf van de op de dividenden ingehouden en afgedragen belasting op inkomsten uit vermogen hebben gehad. Ook █████ Services Limited voldoet immers aan de voorwaarden van § 50d, lid 3, EStG. Zo participeren in █████ Services Limited personen die geen recht op teruggaaf zouden hebben indien zij de betrokken inkomsten rechtstreeks zouden verwerven. De aandelen in █████ Services Limited zijn namelijk voor 100 % in handen van een in Singapore gevestigde natuurlijke persoon. Deze persoon heeft noch op grond van het door Duitsland en Singapore ondertekende dubbelbelastingverdrag van 28 april 2004 (hierna: „DBV Singapore”), noch op grond van de moeder-dochterrichtlijn volledig recht op de gevorderde teruggaaf van de belasting op inkomsten uit vermogen. Daarbij komt dat █████ Services Limited geen eigen economische activiteiten uitoefent.

- 15 Aan de overige, in de punten 1 tot en met 3 genoemde, voorwaarden van § 50d, lid 3, EStG, hoeft niet cumulatief te worden voldaan. Integendeel, de vervulling van een van deze alternatieve voorwaarden volstaat om teruggaaf te weigeren. In dat geval gaat de wetgever ervan uit dat er sprake is van een misbruikconstructie. Tegenbewijs kan niet worden geleverd. Met andere woorden: een vennootschap heeft enkel recht op teruggaaf wanneer zij voor elk van die punten met goed gevolg een toets doorstaat (zogenaamde „driefactorentoets”).
- 16 In dit verband is vooral punt 2 relevant, dat ziet op situaties waarin de buitenlandse vennootschap in het desbetreffende boekjaar niet meer dan 10 % van haar totale bruto-inkomsten uit eigen economische activiteiten verwerft. De wet geeft geen positieve definitie van het begrip „eigen economische activiteiten”. Zij bevat enkel een negatieve afbakening van dit begrip in § 50d, lid 3, derde volzin, EStG. Volgens deze bepaling is er geen sprake van eigen economische activiteiten indien de buitenlandse vennootschap haar bruto-inkomsten uit het beheer van activa verwerft of haar economische kernactiviteiten aan derden overdraagt.
- 17 Het criterium „beheer van activa” is zeer ruim geformuleerd. Van een dergelijke activiteit is sprake als de uit de activiteit in kwestie verworven inkomsten op zichzelf beschouwd als inkomsten uit kapitaal of uit verhuur en verpachting moeten worden aangemerkt. Volgens de toelichting bij de wet beoogde de wetgever met deze regeling inkomsten die uiteindelijk niet „op de markt” en dus niet door deelneming aan het algemene economische verkeer worden verworven, uit te sluiten van de mogelijkheid van ontheffing. Onder het beheer van activa valt bijgevolg ook het actieve beheer van lease-, verhuur-, houdster-, beleggings- of financieringsmaatschappijen. Van eigen economische activiteiten kan volgens de wil van de wetgever enkel sprake zijn indien in verband met de betreffende participaties bestuursfuncties worden uitgeoefend. Dat is het geval wanneer de

participatie in kwestie niet alleen in portefeuille wordt gehouden, maar er daarnaast voor meer dan één dochteronderneming een managementfunctie wordt uitgeoefend.

- 18 Bovendien moet worden bedacht dat bij de toetsing of sprake is van eigen economische activiteiten, geen rekening mag worden gehouden met de economische activiteiten van andere concernvennootschappen. Dit volgt uit § 50d, lid 3, tweede volzin, EStG, op grond waarvan organisatorische, economische of andere relevante kenmerken van de ondernemingen die nauw gelieerd zijn met de buitenlandse vennootschap, buiten beschouwing worden gelaten (het zogenoemde verbod op de overdracht van kenmerken).
- 19 In casu bestonden verzoeksters activiteiten in het als houdstermaatschappij houden van participaties in vennootschappen. Daarbij gaat het om het beheer van activa en dus niet om eigen economische activiteiten. Bijgevolg is in elk geval punt 2 van § 50d, lid 3, eerste volzin, EStG van toepassing.
- 20 Los daarvan is daarnaast evenwel ook voldaan aan de voorwaarden van punt 3 van § 50d, lid 3, eerste volzin, EStG. Op grond van deze bepaling is de teruggaaf van belasting op inkomsten uit vermogen uitgesloten indien de buitenlandse vennootschap niet aan het algemene economische verkeer deelneemt met bedrijfsmatige activiteiten die bij haar bedrijfsdoelstelling passen. In het onderhavige geval beschikt verzoekster niet over eigen kantoorruimte of over eigen personeel. Dat zij zo nodig gebruikmaakt van de kantoren, het personeel en alle overige voorzieningen van andere concernvennootschappen, is – net zoals in het kader van punt 2 – volgens § 50d, lid 3, tweede volzin, EStG irrelevant.

*(3) Beperking van de vrijheid van vestiging (eerste prejudiciële vraag)*

- 21 De regeling van §50d, lid 3, EStG raakt de beschermingsomvang van de door artikel 49 VWEU gewaarborgde vrijheid van vestiging. Verzoekster, wier zetel zich in Denemarken bevindt, valt binnen de personele werkingssfeer van de door de vrijheid van vestiging geboden bescherming. Of een vennootschap met de rechtsorde van een lidstaat is verbonden en dus of zij de Unierechtelijke fundamentele vrijheden geniet, hangt namelijk uitsluitend af van de plaats waar zij haar statutaire zetel of haar hoofdkantoor heeft. Volgens het arrest Centros van het Hof (EU:C:1999:126) geldt dit zelfs voor een zuivere brievenbusmaatschappij. Nationale bepalingen die van toepassing zijn op de participatie door een onderdaan van de betrokken lidstaat in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, die hem in staat stelt een beslissende invloed op de besluiten van de vennootschap uit te oefenen en de activiteiten ervan te bepalen, vallen binnen de materiële werkingssfeer van de vrijheid van vestiging (zie arrest Cadbury Schweppes, EU:C:2006:544, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Van een zodanige invloed moet in elk geval worden uitgegaan wanneer het – zoals in casu – een participatie van minstens 25 % betreft (zie beschikking Lasertec, EU:C:2007:273, punt 21). Als er sprake is van een zodanige



mogelijkheid tot beïnvloeding, moet bovendien eerst worden nagegaan of inbreuk wordt gemaakt op de vrijheid van vestiging en dan pas of de vrijheid van kapitaalverkeer wordt geschonden (zie onder meer arrest in zaak C-446/04, *Test Claimants*, EU:C:2006:774, punten 37 e.v.).

- 22 Tevens wordt de reikwijdte van de door de vrijheid van vestiging geboden bescherming ingeperkt. Van een dergelijke inperking is sprake indien van twee overigens vergelijkbare vennootschappen de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap in een nadelige positie verkeert ten opzichte van een binnenlandse vennootschap (zie arrest in zaak C-374/04, *Test Claimants*, EU:C:2006:773, punt 46, en conclusie van advocaat-generaal Kokott in zaak C-87/13, X, EU:C:2014:2164, punten 15 e.v.). In het onderhavige geval moeten dus zuivere houdstermaatschappijen in Duitsland worden vergeleken met zuivere houdstermaatschappijen in andere lidstaten van de Europese Unie. Uit deze vergelijking blijkt dat de twee vergeleken groepen verschillend worden behandeld. Aan buitenlandse zuivere houdstermaatschappijen wordt de teruggaaf van belasting op inkomsten uit vermogen op grond van § 50d, lid 3, EStG geweigerd, zoals in casu is gebeurd. Als een binnenlandse moedermaatschappij van een dochteronderneming uitkeringen ontvangt, kan zij daarentegen op grond van § 8b KStG de ingehouden belasting op inkomsten uit vermogen ofwel aftrekken van de door haarzelf verschuldigde belasting op het inkomen van rechtspersonen, ofwel terugvorderen (§ 36 EStG). Het recht daartoe kan wegens misbruik enkel worden uitgesloten op grond van de regeling van § 42 AO, waarvan de bewoordingen veel vager zijn dan die van § 50d, lid 3, EStG. § 42 AO, lid 2, eerste volzin, luidt: „De belastingwet mag niet worden ontdoken door misbruik van constructies die rechtens mogelijk zijn.” Deze regeling staat in beginsel niet in de weg aan het permanente gebruik van binnenlandse kapitaalvennootschappen als tussenschakel.
- 23 Dit verschil in behandeling en het nadeel dat daaruit voortvloeit voor in andere lidstaten gevestigde vennootschappen, kan hun beletten gebruik te maken van hun vrijheid van vestiging, aangezien het voor hen minder aantrekkelijk wordt om in Duitsland een dochteronderneming op te richten, te verwerven of te behouden. Dit is een beperking van de vrijheid van vestiging

*(4) Rechtvaardiging van de beperking*

- 24 § 50d, lid 3, EStG is een antimisbruikbepaling om fiscale constructies tegen te gaan waarmee een ontheffing van onder meer de Duitse belasting op inkomsten uit vermogen wordt beoogd door van buitenlandse vennootschappen zonder inhoud of functie gebruik te maken als tussenschakel en door voordelen uit te buiten die voortvloeien uit verdragen of richtlijnen. Ter rechtvaardiging van de wettelijke misbruikregeling voert de wetgever met name aan dat aldus wordt opgetreden tegen – steeds vaker gebruikte – technieken op het gebied van belastingplanning waarmee beoogd wordt de heffing van belasting over dividenduitkeringen bij de uiteindelijke ontvanger te ontwijken door doelbewust

gebruik te maken van buitenlandse vennootschappen met specifieke eigenschappen als tussenschakel.

- 25 In het onderhavige geval heeft verweerder ter onderbouwing van zijn opvatting dat sprake is van misbruik, onder meer aangevoerd dat door de opgezette constructie de heffing van belasting over het inkomen van de aandeelhouder kan worden ontweken. Bij de dooruitdeling van dividenden door een op Cyprus gevestigde houdstermaatschappij aan niet-Cyprioten wordt namelijk geen belasting geheven.
- 26 Volgens verzoekster daarentegen is van misbruik geen sprake. Het gaat immers om de uitkering van een dividend aan een in Denemarken gevestigde houdstermaatschappij waarvan de moedermaatschappij op haar beurt op Cyprus gevestigd is. Ook de moedermaatschappij valt als kapitaalvennootschap naar Cypriotisch recht binnen de werkingssfeer van de moeder-dochterrichtlijn, en bijgevolg heeft ook zij het recht gebruik te maken van de op deze richtlijn gebaseerde vrijstelling van binnenlandse voorheffing. De gebruikmaking van een Deense houdstermaatschappij als tussenschakel levert geen enkel fiscaal voordeel op. Ook indien rechtstreeks dividend zou worden uitgekeerd aan een Cypriotische moedermaatschappij, zou op deze uitkering de gunstregeling van de moeder-dochterrichtlijn van toepassing zijn. Voor zover verweerder aanvoert dat het misbruik erin bestaat dat dividenduitkeringen in het woonland van de betrokken natuurlijke persoon niet aan de inkomensbelasting zijn onderworpen, gaat hij voorbij aan het feit dat de heffing van inkomensbelasting over dividenduitkeringen de zaak van het woonland van de ontvanger van het dividend is.
- 27 In beginsel hebben de lidstaten het recht om maatregelen te treffen die tot doel hebben te verhinderen dat hun onderdanen zich aan de toepassing van het nationale recht onttrekken door misbruik te maken van de door het EG-Verdrag in het leven geroepen mogelijkheden (zie arrest Centros, EU:C:1999:126, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Daarbij zijn veralgemenende antimisbruikbepalingen niet principieel ontoelaatbaar (zie arrest Cadbury-Schweppes, EU:C:2006:544). Dat iemand zich in een land met een lage belastingdruk vestigt met de bedoeling gebruik te maken van de aldaar aangeboden fiscale voordelen, levert op zichzelf evenwel nog geen misbruik op. Daarvan is pas sprake in geval van volstrekt kunstmatige constructies die zijn opgezet om de toepassing van de rechtsvoorschriften van de betrokken staat te ontwijken (zo-even aangehaald arrest Cadbury-Schweppes, EU:C:2006:544, punt 63; zie ook conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in zaak C-524/04, Test Claimants, EU:C:2006:436, punt 63).
- 28 Onduidelijk is of er in dit verband inhoudelijke vereisten gelden. Op grond van de in het arrest Inspire Art (EU:C:2003:512) geformuleerde beginselen zijn de naar het recht van een andere lidstaat opgerichte relaisvennootschappen of brievenbusmaatschappijen niet principieel uitgesloten van de door het Unierecht

geboden bescherming tegen discriminatie. Het is de vraag of deze rechtspraak, die rechtstreeks enkel op het vennootschapsrecht betrekking heeft, van overeenkomstige toepassing is op het belastingrecht. In elk geval zou niettemin ook uit het arrest Cadbury Schweppes kunnen worden geconcludeerd dat een gebrek aan inhoud kan worden gecompenseerd door een economische activiteit. Blijkens deze beslissing is er namelijk sprake van een volstrekt kunstmatige constructie indien zowel een economische activiteit als een duurzame vestiging voor onbepaalde tijd ontbreekt (punten 54 en 67).

29 Het arrest Cadbury Schweppes betrof een zogenaamde outbound constellatie (participatie van een ingezetene in een buitenlandse kapitaalvennootschap), terwijl § 50d, lid 3, EStG ziet op een zogenaamde inbound constellatie (participatie van een niet-ingezetene in een binnenlandse kapitaalvennootschap). Niettemin kunnen uit deze beslissing beginselen worden afgeleid met betrekking tot de voorwaarden waaronder volgens het Unierecht sprake is van een ontoelaatbaar misbruik op grond waarvan een beperking van de fundamentele vrijheden gerechtvaardigd is. Gelet op deze voorwaarden twijfelt de verwijzende rechter om meerdere redenen of de onderhavige beperking gerechtvaardigd is.

a) Twijfel of sprake is van misbruik van belastingregels, in verband met het verbod op de overdracht van kenmerken (§ 50d, lid 3, tweede volzin, EStG)

30 De Duitse wetgever heeft de volgende toelichting verschaft bij het verbod op de overdracht van kenmerken: „Structurele en strategische concepten voor een concern mogen niet ertoe leiden dat aan buitenlandse vennootschappen zonder functie een ontheffing van belasting als bedoeld in § 50d, lid 1 of 2, EStG wordt verleend, aangezien concernkenmerken vrij eenvoudig kunnen worden ontworpen of tot stand gebracht. Daardoor zou de antimisbruikbepaling van § 50d, lid 3, EStG gemakkelijk kunnen worden omzeild. Bovendien kunnen dergelijke kenmerken in de praktijk nauwelijks worden geverifieerd.”

31 De verwijzende rechter acht het problematisch dat de regeling zich ook uitstrekt tot constellaties waarin de participaties binnen een concern overeenkomstig een duurzame concernstrategie permanent worden ondergebracht in een houdstermaatschappij en aldus worden afgezonderd. Een structuur en strategie die daadwerkelijk aldus is vormgegeven, kan evenwel niet zomaar gemanipuleerd worden. Het gaat niet om concernkenmerken die alleen „op papier” bestaan en die als zodanig vrij eenvoudig zouden kunnen worden ontworpen of tot stand gebracht. De verwijzende rechter twijfelt dan ook of het verbod op de overdracht van kenmerken in het licht van de vrijheid van vestiging wordt gerechtvaardigd door het doel rechtsmisbruik in de vorm van „volstrekt kunstmatige constructies” te voorkomen.

32 In het onderhavige geval beoogde verzoekster de toepassing van de Duitse rechtsvoorschriften niet te omzeilen op een als rechtsmisbruik te beschouwen wijze. In werkelijkheid zijn verzoeksters – als zodanig passieve –

participatieactiviteiten binnen het concern waartoe zij behoort, bij haar ondergebracht en aldus afgezonderd. De afzonderlijke onderbrenging van participaties bij verzoekster om redenen die verband houden met de strategie van het concern, strekte zich uit over een lange tijdspanne. Zo was verzoekster reeds opgericht vele jaren voordat het verzoek om de in het geding zijnde teruggaaf van belasting op inkomsten uit vermogen in het litigieuze jaar 2011 werd ingediend. Reeds vanaf 2003 bezat zij 100 % van de aandelen in temp-team Personal GmbH. In totaal hield verzoekster in de litigieuze periode participaties in meer dan 25 dochterondernemingen, waarvan het overgrote deel was of is gevestigd binnen de Unie (in Denemarken, Zweden, Noorwegen, Finland, Duitsland en Engeland) en aldaar activiteiten ontplooide of ontplooit. Verzoekster zelf is gevestigd in Denemarken en dus in de staat waar de concernvennootschappen hun belangrijkste activiteiten uitoefenen.

b) Twijfel of sprake is van misbruik van belastingregels, in verband met het inhoudsvereiste bij houdstermaatschappijen (§ 50d, lid 3, eerste volzin, punt 3, EStG)

33 De verwijzende rechter twijfelt of eigen kantoren, personeel en infrastructuur in het geval van een houdstermaatschappij een absolute voorwaarde vormen om te kunnen spreken van passende bedrijfsmatige activiteiten, zoals deze bepaling verlangt. Het is juist dat uit het arrest van het Hof in de zaak Cadbury Schweppes volgt dat er sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie indien zowel een economische activiteit als een duurzame vestiging voor onbepaalde tijd ontbreekt. De vraag is evenwel of dit zonder meer ook geldt voor houdstermaatschappijen. Voor deze maatschappijen gelden, gelet op hun functie, nauwelijks inhoudelijke vereisten. Ook in dit verband acht de verwijzende rechter het overigens onzeker of omstandigheden binnen het concern – verzoekster maakte zo nodig gebruik van kantoren, personeel en andere voorzieningen van de concernvennootschappen – buiten beschouwing mogen worden gelaten.

c) Twijfel in verband met het vereiste dat de betrokken vennootschap een economische activiteit dient uit te oefenen, en de wijze waarop een dergelijke activiteit in de wet concreet wordt omschreven (§ 50d, lid 3, eerste volzin, punt 2, en derde volzin, EStG)

34 De verwijzende rechter acht het problematisch dat de teruggaaf van belasting op inkomsten uit vermogen zonder meer is uitgesloten wanneer de buitenlandse vennootschap in het desbetreffende boekjaar niet meer dan 10 % van haar totale bruto-inkomsten uit eigen economische activiteiten verwerft, en dat er geen sprake is van een eigen economische activiteit indien de buitenlandse vennootschap haar bruto-inkomsten uit het beheer van activa verwerft. Dit heeft namelijk in het bijzonder tot gevolg dat kapitaalvennootschappen waarvan de economische functie twijfelachtig is en die bijvoorbeeld inkomsten uit kapitaal verwerven, alleen al om die reden op veralgemenende wijze misbruik wordt verweten. Dat is

het geval bij verzoekster, die inkomsten uit winstuitkeringen vanwege haar dochterondernemingen en dus uit het beheer van activa verwierf.

d) Twijfel aan de evenredigheid, op grond van de cumulatieve vereisten die naast het verbod op de overdracht van kenmerken gelden

35 Het valt te betwijfelen of de regeling geschikt en in het bijzonder ook noodzakelijk is om de doelstelling van misbruikbestrijding te verwezenlijken. Zij houdt namelijk in dat de betaalde belasting op inkomsten uit vermogen aan de betrokken buitenlandse vennootschap enkel wordt teruggegeven indien misbruik volgens alle criteria van § 50d, lid 3, eerste volzin, punten 1 tot en met 3, EStG uitgesloten is. Door deze cumulatie van vereisten zouden ook vennootschappen die geen volstrekt kunstmatige constructies zonder enige reële economische betekenis zijn, het veralgemenende verwijt van misbruik krijgen en bijgevolg niet voor teruggaaf in aanmerking komen. Zo zou verzoekster in het onderhavige geval, zelfs indien zou worden aangenomen dat er een economische reden bestaat om haar in te schakelen (punt 1 van § 50d, lid 3, eerste volzin, EStG) en dat haar bedrijfsvoering toereikend is aangezien zij aan minimale functionele vereisten voldoet (punt 3), ook nog eens meer dan 10 % van haar totale bruto-inkomsten in het desbetreffende boekjaar uit eigen economische activiteiten moeten verwerven (punt 2) om niet het verwijt van misbruik te krijgen.

e) Twijfel wegens het ontbreken van de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren

36 Bovendien zijn veralgemenende antimisbruikbepalingen alleen toelaatbaar wanneer zij de buitenlandse vennootschap de mogelijkheid bieden tegenbewijs te leveren, teneinde haar in staat te stellen aan te tonen dat het verkrijgen van een belastingvermindering niet het hoofdmotief of een van de hoofdmotieven voor haar oprichting is geweest (zogenaamde motieftoets, zie arrest Cadbury-Schweppes, EU:C:2006:544). De in het geding zijnde regeling biedt deze mogelijkheid niet. Hoe dan ook ziet de verwijzende rechter niet in op welke wijze een vennootschap, gelet op de hoge drempel die door de voorwaarden van § 50d, lid 3, EStG wordt opgeworpen, dat tegenbewijs zou moeten leveren.

(5) *Schending van de moeder-dochterrichtlijn*

37 De moeder-dochterrichtlijn heeft tot doel de meervoudige heffing van belasting over grensoverschrijdende dividenduitkeringen tussen verbonden ondernemingen te voorkomen. Zij bepaalt dan ook dat de door een dochteronderneming aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst wordt vrijgesteld van bronbelasting (artikel 5, lid 1).

38 Artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn bevat echter een openingsclausule volgens welke de richtlijn geen beletsel vormt voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken. Niettemin lijkt het de verwijzende rechter twijfelachtig of de regeling van § 50d, 12

lid 3, EStG hierdoor wordt gerechtvaardigd. Hij vraagt zich dienaangaande af van welk misbruikbegrip in verband met de genoemde nationale voorschriften moet worden uitgegaan. Op dit punt neigt de verwijzende rechter tot de opvatting dat de lidstaten niet vrijelijk mogen bepalen wanneer sprake is van misbruikconstructies (nationaal misbruikbegrip), maar door het Unierecht getrokken grenzen in acht moeten nemen (Unierechtelijk misbruikbegrip).

- 39 In de eerste plaats vindt deze opvatting steun in de bewoordingen van artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn. Weliswaar vormt de richtlijn in de Duitse versie ervan geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruik, maar de regeling in de taalversies van andere lidstaten wijkt af van deze bewoordingen. Volgens de desbetreffende taalversies sluit de richtlijn de toepassing van nationale voorschriften niet uit voor zover deze voorschriften bijvoorbeeld „required” (Engels), „nécessaire” (Frans), „necessarie” (Italiaans) of „necesarias” (Spaans) zijn om misbruik te bestrijden. In deze taalversies komt het beginsel van noodzakelijkheid tot uitdrukking.
- 40 In de tweede plaats vloeit de opvatting dat van een Unierechtelijk misbruikbegrip moet worden uitgegaan, voort uit de strekking en het doel van de richtlijn. Aan de moeder-dochterrichtlijn ligt de vrijheid van vestiging van vennootschappen ten grondslag, zodat niet kan worden getornd aan het bij de richtlijn toegekende belastingvoordeel. Onderling afwijkende definities van het begrip „belastingontwijking” in de verschillende lidstaten zouden in strijd zijn met deze doelstelling en ertoe kunnen leiden dat constructies die een beschermenswaardige uitoefening van fundamentele vrijheden impliceren, worden gediscrimineerd omdat zij misbruikconstructies zouden zijn.
- 41 Los van de kwestie van een autonoom Unierechtelijk misbruikbegrip moet het misbruikbegrip van de openingsclausule van artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn hoe dan ook worden uitgelegd in overeenstemming met het primaire Unierecht. De twijfels over de verenigbaarheid van § 50d, lid 3, EStG met de vrijheid van vestiging bestaan derhalve ook ten aanzien van de verenigbaarheid van deze bepaling met de moeder-dochterrichtlijn. Daaraan wordt evenmin afgedaan door de openingsclausule. Anders zou men tot de slotsom kunnen komen dat een bepaald feitencomplex uit het oogpunt van de fundamentele vrijheden geen misbruikconstructie oplevert, maar volgens de richtlijn wel als zodanig moet worden aangemerkt. Dat zou niet verenigbaar zijn met de uniformiteit van de Unierechtelijke rechts- en toetsingsmaatstaven.