



Datum van
inontvangstneming

:

25/10/2016

Zaak C-504/16

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:

23 september 2016

Verwijzende rechter:

Finanzgericht Köln (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

8 juli 2016

Verzoekende partij:

Deister Holding AG, als rechtsopvolger onder algemene titel van Traxx Investments N.V.

Verwerende partij:

Bundeszentralamt für Steuern

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Vordering wegens niet-teruggaaf van de bronbelasting op inkomsten uit vermogen 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 juncto artikel 48 EG-Verdrag (thans artikel 49 juncto artikel 54 VWEU) zich tegen een nationale fiscale bepaling zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die een buitenlandse moedermaatschappij, wier enig aandeelhouder in het binnenland woonachtig is, de ontlasting van bronbelasting op inkomsten uit vermogen over uitgekeerde winsten ontzegt,

indien daarin een deelneming wordt gehouden door personen die geen recht op teruggaaf of vrijstelling zouden hebben wanneer zij die inkomsten direct zouden verwerven en

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

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

(3) de buitenlandse moedermaatschappij niet aan het algemene economische verkeer deelneemt met bij haar bedrijfsdoelstelling passende zakelijke activiteiten,

terwijl in het binnenland gevestigde moedermaatschappijen de bronbelasting op inkomsten uit vermogen mogen aftrekken zonder dat de bovengenoemde voorwaarden daarbij bepalend 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, wier enig aandeelhouder in het binnenland woonachtig is, de ontlasting van bronbelasting op inkomsten uit vermogen over uitgekeerde winsten ontzegt,

indien daarin een deelneming wordt gehouden door personen die geen recht op teruggaaf of vrijstelling zouden hebben wanneer zij die inkomsten direct zouden verwerven en

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

(2) de buitenlandse moedermaatschappij in het betreffende boekjaar niet meer dan 10 % van haar totale bruto inkomsten met eigen economische activiteiten verwerft (wat onder meer niet het geval is indien de buitenlandse vennootschap haar bruto inkomsten behaalt met het beheren van activa) of

(3) de buitenlandse moedermaatschappij niet aan het algemene economisch verkeer deelneemt met bij haar bedrijfsdoelstelling passende zakelijke activiteiten,

terwijl in het binnenland gevestigde moedermaatschappijen de bronbelasting op inkomsten uit vermogen mogen aftrekken zonder dat de bovengenoemde voorwaarden daarbij bepalend zijn?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 90/435/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (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 (Duitse wet op de inkomstenbelasting; hierna: „EStG”), (in de in 2007 toepasselijke versie), met name § 36, § 43b en § 50d, lid 3

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

Körperschaftsteuergesetz (Duitse wet op de vennootschapsbelasting), met name § 8b

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 De partijen strijden over de vraag of verzoeksters rechtsvoorgangster met betrekking tot de door haar in Duitsland gevestigde dochteronderneming in het jaar 2007 uitgekeerde dividenden recht heeft op teruggaaf van bronbelasting op inkomsten uit vermogen.
- 2 Verzoeksters rechtsvoorgangster was een in Nederland gevestigde kapitaalvennootschap. Sinds 2004 had zij een deelneming in het maatschappelijk kapitaal van de in Barsinghausen (Duitsland) gevestigde deister elektronik GmbH (hierna: „deister GmbH”). In elk geval vanaf 2005 had zij een deelneming van 26,5 %, vanaf 2008 een deelneming van 34,54 %. Deister GmbH is actief op het gebied van de ontwikkeling, productie en verkoop van elektronische veiligheids- en identificatiesystemen. Zij maakt deel uit van de deister-groep, die diverse binnen- en buitenlandse vennootschappen omvat die actief zijn op het gebied van elektronische veiligheidssystemen.
- 3 Enig aandeelhouder van verzoeksters rechtsvoorgangster was de in Duitsland woonachtige [REDACTED]
- 4 Verzoeksters rechtsvoorgangster heeft in maart 2007 een huurovereenkomst gesloten waarbij kantoorruimte in Breda werd gehuurd. Zij had in 2007 en 2008 twee medewerkers.
- 5 Naast haar participatie in deister GmbH had verzoeksters rechtsvoorgangster ook nog belangen in kapitaalvennootschappen in Duitsland, de EU en de Verenigde Staten. Bovendien verstreekte zij leningen aan andere ondernemingen binnen het concern. De rente-inkomsten die zij daarmee in het (hier relevante) jaar 2007

behaalde, maakten evenwel minder dan 10 % van haar bruto-inkomsten in dat jaar uit.

- 6 Met betrekking tot de redenen voor de hier gekozen constructie heeft verzoekster aangevoerd dat met de voortschrijdende internationalisering van de deister groep een vestiging in Nederland in organisatorisch en bedrijfseconomisch opzicht voor een holdingvennootschap zinvol leek te zijn. Daarbij hebben o.a. betere financieringsmogelijkheden, het boeken van verliezen in Nederland en de structureel betere mogelijkheden voor het aantrekken van nieuwe kapitaalverstreckers of aandeelhouders dan wel vennoten een rol gespeeld.
- 7 Deister GmbH besloot op 19 november 2007 om aan verzoeksters rechtsvoorgangster een winstuitkering te doen ten bedrage van 322 999,76 EUR. Daarop heeft zij bronbelasting op inkomsten uit vermogen ten bedrage van 64 599,95 EUR benevens de Duitse solidariteitsheffing bovenop de inkomstenbelasting in verband met de kosten van de hereniging ten bedrage van 3 553,00 EUR, zijnde in totaal 68 152,95 EUR, ingehouden en afgedragen aan het betreffende belastingkantoor, het Finanzamt Hannover-Land I.
- 8 Verzoeksters rechtsvoorgangster heeft voor deze winstuitkering verzocht om ontlasting van de Duitse bronbelasting op inkomsten uit vermogen en de aanvullende solidariteitsheffing door teruggaaf van het afgedragen bedrag. Dat werd door verweerder geweigerd. Na zonder succes een bezwaarprocedure te hebben doorlopen heeft verzoekster, die in de tussentijd in de plaats van haar rechtsvoorgangster was getreden, beroep ingesteld.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 9 Verzoekster heeft in beginsel recht op teruggaaf van de bronbelasting op inkomsten uit vermogen (1). Verweerder weigert de teruggaaf echter met een beroep op § 50d, lid 3, EStG (2). De verwijzende rechter heeft in de eerste plaats twijfels aangaande de vraag of deze bepaling verenigbaar is met het primaire Unierecht. Zij leidt immers tot een ongelijke behandeling bij de uitkering van dividenden, al naargelang de moedermaatschappij in het binnenland dan wel in het buitenland is gevestigd, en daarmee tot een beperking van de vrijheid van vestiging (vraag 1) (3). De centrale vraag is volgens de verwijzende rechter, of deze beperking gerechtvaardigd is (4). Soortgelijke twijfels heeft de rechter ook voor wat betreft het secundaire Unierecht, namelijk de moeder-dochterrichtlijn (vraag 2) (5).

(1) Recht van buitenlandse vennootschappen op teruggaaf

- 10 In geval van een winstuitkering verwerft de in het buitenland woonachtige aandeelhouder – in casu verzoekster, respectievelijk haar rechtsvoorgangster – inkomsten uit vermogen, die volgens de Duitse wet op de inkomstenbelasting beperkt belastingplichtig zijn. Daarbij wordt de inkomstenbelasting, die bij een

kapitaalvennootschap als in het onderhavige geval in de vorm van vennootschapsbelasting verschuldigd is, door middel van een bronbelasting op de inkomsten uit vermogen geheven.

- 11 Als de genoemde kapitaalinkomsten van een moedermaatschappij die haar statutaire zetel, noch haar hoofdkantoor in Duitsland heeft, bestaan uit uitkeringen van een dochteronderneming, wordt over die inkomsten overeenkomstig § 43b, lid 1, EStG, op verzoek geen bronbelasting op inkomsten uit vermogen ingehouden. In lid 2 van deze bepaling wordt een moedermaatschappij gedefinieerd als een vennootschap die op het tijdstip waarop de bronbelasting op inkomsten uit vermogen verschuldigd wordt, aantoonbaar een directe deelneming van minstens 15 % in het kapitaal van de dochteronderneming heeft (minimumdeelneming), waarbij die deelneming aantoonbaar 12 maanden ononderbroken bestaat. Aan deze voorwaarden is in casu voldaan. In plaats van de vrijstelling kan aanspraak worden gemaakt op teruggaaf van de ingehouden en afgedragen belasting (§ 50d, lid 1, tweede zin, EStG).

(2) *Uitsluiting van de aanspraak ingevolge § 50d, lid 3, EStG*

- 12 Het recht op vrijstelling respectievelijk teruggaaf is evenwel ingevolge § 50d, lid 3, EStG onder bepaalde voorwaarden uitgesloten om misbruikconstructies te verhinderen. Daarin wordt bepaald:

„Een buitenlandse vennootschap heeft geen recht op een volledige of gedeeltelijke fiscale ontlasting op de voet van lid 1 of lid 2, indien daarin personen een belang houden, die geen aanspraak zouden kunnen maken op teruggaaf of vrijstelling indien zij die inkomsten rechtstreeks zouden verwerven, en

1. voor het inschakelen van de buitenlandse vennootschap geen economische of andere relevante redenen bestaan, of
2. de buitenlandse vennootschap niet meer dan 10 % van haar totale bruto-inkomsten in het betreffende boekjaar met eigen economische activiteiten verwerft, of
3. de buitenlandse vennootschap niet met een voor de bedrijfsdoelstelling passend ingerichte bedrijfsvoering aan het algemene economische verkeer deelneemt.

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

- 13 Meer bepaald gaat de omschrijving van deze bepaling er in de eerste plaats van uit dat in het kapitaal van de buitenlandse vennootschap personen deelnemen die geen recht op teruggaaf of vrijstelling zouden hebben als zij de inkomsten rechtstreeks zouden verwerven. Dat is in casu het geval. Enig aandeelhouder van verzoeksters rechtsvoorgangster als buitenlandse vennootschap was immers ██████ die in Duitsland woonachtig was. Als deister GmbH de winst rechtstreeks aan hem had uitgekeerd, was die winst bij hem als inkomen uit vermogen belast. Als onbeperkt belastingplichtige natuurlijke persoon zou hij geen recht op teruggaaf of vrijstelling hebben gehad. De omstandigheid dat hij het recht zou hebben gehad de bronbelasting op inkomen uit vermogen, als voorheffing, op zijn inkomstenbelasting in aftrek te brengen en dat dit economisch gezien in beginsel gelijk staat met een teruggaaf, doet daar niet aan af. De verrekening van de bronbelasting op inkomen uit vermogen valt immers niet binnen de omschrijving van § 50d, lid 3, EStG, en sluit de toepassing daarvan dus niet uit.
- 14 Aan de overige, in de punten 1 tot en met 3 genoemde, voorwaarden van § 50d, lid 3, EStG, hoeft niet cumulatief te worden voldaan. Ook de vervulling van slechts één van deze alternatieven volstaat reeds om teruggaaf te weigeren. In dat geval gaat de wetgever ervan uit dat er sprake is van een misbruikconstructie. Tegenbewijs is niet mogelijk. Met andere woorden: teruggaaf wordt alleen verleend wanneer de vennootschap de toets voor al deze nummers met positief gevolg heeft doorlopen (zogenoemde „drie-factoren-toets”).
- 15 In casu is vooral punt 2 relevant, dat ziet op situaties waarin de buitenlandse vennootschap niet meer dan 10 % van haar volledige bruto-inkomsten van het betreffende boekjaar met eigen economische activiteiten behaalt. De wet definieert niet expliciet wat moet worden verstaan onder „eigen economische activiteiten”. § 50d, lid 3, derde zin, EStG houdt alleen een negatieve afgrenzing in. Volgens deze bepaling is geen sprake van eigen economische activiteiten indien de buitenlandse vennootschap haar bruto-inkomsten verwerft met het beheren van activa of haar wezenlijke zakelijke activiteiten aan derden overdraagt.
- 16 Het criterium „beheren van activa” is zeer ruim geformuleerd. Van een dergelijke activiteit is sprake als de met die activiteit behaalde inkomsten op zichzelf gezien als inkomsten uit kapitaal of uit verhuur en verpachting moeten worden aangemerkt. Volgens de toelichting op de wet heeft de wetgever met deze regeling inkomsten die uiteindelijk niet „op de markt” en dus niet door deelname aan het algemene economische verkeer worden verworven, van de mogelijkheid van vrijstelling of teruggaaf willen uitsluiten. Onder beheer van activa valt dus ook het actief beheren van lease-, verhuur-, houdster-, beleggings- of financieringsmaatschappijen. Volgens de wil van de wetgever kan van eigen economische activiteiten alleen worden gesproken indien in verband met de betreffende deelnemingen bestuursfuncties worden uitgeoefend. Dat is het geval indien naast het houden van de betreffende deelneming nog voor meer dan een subentiteit een managementfunctie wordt uitgeoefend.

- 17 Bovendien mogen voor de toets of sprake is van eigen economische activiteiten, de economische activiteiten van andere concernvennootschappen niet in aanmerking worden genomen. Dit volgt uit § 50d, lid 3, tweede zin, EStG.
- 18 In het onderhavige geval bestonden de activiteiten van de verzoeksters rechtsvoorgangster uit het als houdstermaatschappij houden van deelnemingen in vennootschappen. Dat is beheer van activa en betreft dus geen eigen economische activiteiten. Bijgevolg is punt 2 van § 50d, lid 3, eerste zin, EStG van toepassing. De verstrekking van leningen aan subentiteit verandert daar niets aan, zelfs indien dat als eigen economische activiteit zou worden beschouwd. De rente-inkomsten die verzoeksters daarmee in 2007 heeft behaald bedroegen immers minder dan 10 % van haar bruto-inkomsten.
- 19 Volledigheidshalve toetst de rechter nog punt 1 van § 50d, lid 3, eerste zin, EStG, waarin wordt bepaald dat teruggaaf van belasting op inkomsten uit vermogen uitgesloten is indien er voor de inschakeling van de buitenlandse vennootschap geen economische of andere relevante redenen bestaan. De rechter stelt vast dat verzoekster ook deze test niet doorstaat. Immers, ongeacht of de redenen die verzoekster voor het inschakelen van de buitenlandse vennootschap aanvoert in beginsel zwaarwegend zijn of niet, is het in ieder geval zo dat die redenen de betekenis van haar rechtsvoorgangster voor het concern betreffen. Volgens § 50d, lid 3, tweede zin, EStG is evenwel uitsluitend de situatie in de buitenlandse vennootschap bepalend; organisatorische, economische of andere relevante kenmerken van de nauw aan de buitenlandse vennootschap gelieerde ondernemingen blijven buiten beschouwing (verbod op de overdracht van kenmerken).

(3) Beperking van de vrijheid van vestiging (vraag 1)

- 20 De regeling van § 50d, lid 3, EStG raakt de beschermingsomvang van de door artikel 49 VWEU gegarandeerde vrijheid van vestiging. Verzoeksters rechtsvoorgangster was in Nederland gevestigd en valt dus, ongeacht haar bescheiden omvang qua personeel en ruimte, binnen de personele werkingssfeer van de vrijheid van vestiging. Zelfs een zuivere brievenbusmaatschappij zou daar volgens het Centros-arrest van het Hof van Justitie (EU:C:1999:126) binnen vallen. Nationale bepalingen die van toepassing zijn op de deelneming door een onderdaan van de betrokken lidstaat in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, die hem een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent dat hij de activiteiten ervan kan bepalen, vallen binnen de materiële werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake 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 deelneming van minstens 25 % betreft (zie beschikking Lasertec, EU:C:2007:273, punt 21). Als er sprake is van een zodanige invloed moet bovendien vóór de vrijheid van kapitaalverkeer worden

getoetst of de vrijheid van vestiging in het geding is (zie onder meer arrest in zaak C-446/04 – Test Claimants, EU:C:2006:774, punt 37 e.v.).

- 21 Ook is er sprake van een inperking van de beschermingsomvang van de vrijheid van vestiging. Voorwaarde voor een dergelijke inperking is dat de vergelijking 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; conclusie van advocaat generaal Kokott in zaak C-87/13, X, EU:C:2014:2164, punten 15 e.v.). In het onderhavige geding moeten dus zuivere holdingmaatschappijen in Duitsland worden vergeleken met zuivere holdingmaatschappijen in andere lidstaten van de EU. Uit deze vergelijking blijkt dat de twee groepen in die vergelijking ongelijk worden behandeld. Aan de buitenlandse zuivere holdingmaatschappij wordt de teruggaaf van bronbelasting over inkomsten uit vermogen krachtens § 50d, lid 3, EStG – zoals in casu – geweigerd. Als een Duitse moedermaatschappij van een dochteronderneming uitkeringen ontvangt, kan zij op grond van § 8b van de Körperschaftssteuergesetz (Duitse wet op de vennootschapsbelasting) de ingehouden bronbelasting over inkomsten uit vermogen hetzij met de belasting die zij op grond van deze wet zelf verschuldigd is verrekenen, hetzij laten teruggeven (§ 36 EStG). Voor wat betreft de uitsluiting van dat recht op grond van misbruik geldt alleen de in vergelijking met § 50d, lid 3, EStG, veel minder duidelijk geformuleerde regeling van § 42 AO. Lid 2, eerste zin, van dat artikel luidt als volgt: „Door misbruik van constructies die binnen het kader van de wet vallen kan de belastingwet niet worden omzeild.” Deze regeling vormt in beginsel geen beletsel om permanent gebruik te maken van tussengeschakelde binnenlandse kapitaalvennootschappen. Zoals door verzoekster in dit verband is aangevoerd, heeft deze regeling er in de rechtspraak tot dusver nooit toe geleid dat verrekening dan wel teruggaaf van de bronbelasting over inkomsten uit vermogen in een dergelijke constellatie werd geweigerd.
- 22 Deze ongelijke behandeling en het nadeel dat daaruit voortvloeit voor in andere lidstaten gevestigde vennootschappen kan een hinderpaal vormen voor hun vrijheid van vestiging, aangezien het voor hen minder aantrekkelijk wordt 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*

- 23 Paragraaf 50d, lid 3, EStG is een antimisbruikbepaling om fiscale constructies tegen te gaan waarbij door het tussenschakelen van buitenlandse vennootschappen zonder inhoud of functie door gebruikmaking van op richtlijnen of verdragen gebaseerde faciliteiten vrijstelling of teruggaaf van onder meer de Duitse bronbelasting op inkomsten uit vermogen wordt beoogd. De wetgever motiveert de wettelijke misbruikregeling vooral als reactie op toenemende technieken op het gebied van fiscaal-technische planning waarmee beoogd wordt de heffing van

belasting op dividenduitkeringen bij de uiteindelijke ontvanger te ontwijken door het doelbewust tussenschakelen van buitenlandse vennootschappen met specifieke eigenschappen.

- 24 In het concrete geval heeft verweerder met name misbruik gezien in de constructie dat eigen vermogen van een Duitse kapitaalvennootschap uiteindelijk in vreemd vermogen wordt omgezet, door dit aan een financieringsmaatschappij in Nederland uit te keren en het kapitaal vervolgens in de vorm van een lening weer aan de Duitse onderneming te verstrekken. De betreffende rentebetalingen zijn dan bedrijfskosten van de leningnemende vennootschap. De door deze rentebetalingen verkregen bedrijfsinkomsten worden in Nederland evenwel slechts zeer weinig belast. Indien verzoekster met een vergelijkbare structuur in Duitsland was opgericht, zouden de betreffende winstuitkeringen bij haar van bronbelasting worden vrijgesteld en bij uitkering aan een natuurlijke persoon als aandeelhouder aan inkomstenbelasting worden onderworpen. Als gevolg van de hier gekozen constructie lijkt het onzeker of deze uitkeringen, zoals door de moeder-dochterrichtlijn wordt beoogd, in de heffing van de inkomstenbelasting kunnen worden betrokken.
- 25 In beginsel hebben de lidstaten het recht om maatregelen te treffen die tot doel hebben te verhinderen dat zijn onderdanen van de krachtens het Verdrag geschapen mogelijkheden profiteren om zich op onaanvaardbare wijze aan de toepassing van hun nationale wetgeving te onttrekken (zie arrest Centros, EU:C:1999:126, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Overigens bestaat er geen principieel verbod op bepalingen die een algemeen typerende omschrijving van misbruik geven (zie arrest Cadbury-Schweppes, EU:C:2006:544). Het zich in een land met een lage belastingdruk vestigen met het oogmerk om van de daar aangeboden belastingvoordelen te profiteren volstaat echter op zichzelf niet om dit als misbruik te kwalificeren. Daarvan is pas sprake in geval van een volstrekt kunstmatige constructie die is opgezet om de normaal verschuldigde nationale belasting te ontwijken (reeds aangehaald arrest, punt 63; – zie ook de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de zaak C-524/04 – Test Claimants, EU:C:2006:436, punt 63). Dat is het geval als er noch van commerciële activiteiten, noch van een duurzame vestiging sprake is (reeds aangehaald arrest, punten 54 en 67).
- 26 Weliswaar ging het in de zaak Cadbury Schweppes om een zogenaamde outbound constellatie (participatie van een ingezetene in een buitenlandse kapitaalvennootschap), terwijl § 50d, lid 3, EStG, betrekking heeft op een zogenaamde inbound constellatie (participatie van een niet-ingezetene in een binnenlandse kapitaalvennootschap). Toch kunnen aan deze uitspraak beginselen worden ontleend die de voorwaarden omlijnen waaronder volgens het Unierecht sprake is van ongeoorloofd misbruik op grond waarvan inperking van de fundamentele vrijheden gerechtvaardigd is. Gezien deze voorwaarden zijn bij de verwijzende rechter op meerdere gronden twijfels gerezen of de onderhavige beperking gerechtvaardigd is.

a) Twijfel of sprake is van misbruik van belastingregels

27 De aandelen in verzoeksters rechtsvoorgangster waren voor 100 % in handen van de in Duitsland woonachtige A. [REDACTED]. Indien [REDACTED] de winstuitkering van deister GmbH rechtstreeks zou ontvangen zonder tussenkomst van verzoeksters rechtsvoorgangster, zouden de dividenden bij hem als inkomen uit vermogen in de Duitse inkomstenbelasting worden betrokken. Daarbij zou de van deister GmbH ingehouden en afgedragen bronbelasting van inkomen uit vermogen bij zijn persoonlijke inkomstenbelasting als voorheffing worden aangerekend (§ 36, lid 2, punt 2, EStG) en op die manier zou de over de dividenden betaalde bronbelasting van inkomsten uit vermogen bij hem in mindering worden gebracht. Economisch gezien drukt op de in Duitsland woonachtige natuurlijke persoon met een indirecte deelneming op grond van de verrekening in de regel geen bronbelasting van inkomsten uit vermogen meer. De verwijzende rechter betwijfelt dan ook of de bij tussenschakeling van een binnen de Unie gevestigde kapitaalvennootschap in beginsel voorgeschreven teruggaaf van de bronbelasting van inkomsten uit vermogen dan een vorm van misbruik van de door het recht geboden mogelijkheden is.

b) Twijfels aan de evenredigheid

28 Maatregelen ter bescherming tegen belastingontwijking moeten bovendien voldoen aan het evenredigheidsbeginsel. In het bijzonder dienen ze passend en noodzakelijk te zijn om dat doel te bereiken (arrest de Lasteyrie du Saillant, EU:C:2004:138).

29 Wat dat betreft valt te betwijfelen of de regeling passend en in het bijzonder ook noodzakelijk is om haar doelstelling, het tegengaan van misbruik, te realiseren. De regeling houdt namelijk in dat de betaalde belasting op inkomen uit vermogen alleen aan de betrokken buitenlandse vennootschap wordt teruggegeven indien misbruik volgens alle criteria van § 50d, lid 3, eerste zin, punten 1 tot en met 3, EStG, uitgesloten is. Door dit cumulatieve vereiste zouden ook vennootschappen die geen volstrekt kunstmatige constructies zonder enige reële economische betekenis zijn, onder de algemeen typerende omschrijving van misbruik vallen en daarom niet voor teruggaaf in aanmerking komen.

30 In dit verband heeft verzoekster betoogd, dat het „inhoudsvereiste” afhankelijk is van de omstandigheden, waartoe juist ook de bijzondere functie van de moedermaatschappij behoort. Als de vennootschap bijvoorbeeld een functie vervult als financierings-, beleggings- of holdingmaatschappij, gelden duidelijk lagere, op hun functie afgestemde eisen voor wat betreft „inhoud” en hulpbronnen. Aan verzoekster als holdingmaatschappij behoeven slechts minimale eisen te worden gesteld voor wat betreft hulpbronnen en „inhoud” waaraan zij zonder enige twijfel voldoet. Aangezien voorts de vennootschap van duurzame aard is en er redenen van niet-fiscale aard bestaan om haar als tussenschakel in te

voegen, kan zij aan de hand van dit criterium ook niet als kunstmatige constructie zonder enige reële economische betekenis worden aangemerkt.

c) Twijfels wegens het ontbreken van de mogelijkheid van tegenbewijs

31 Bovendien zijn bepalingen waarin het misbruikbegrip algemeen typerend wordt omschreven alleen toegestaan wanneer zij de buitenlandse vennootschap de mogelijkheid bieden tegenbewijs te leveren, waardoor zij kan aantonen dat het verkrijgen van een belastingvermindering niet de hoofdreden of een van de hoofdredenen voor haar oprichting is geweest (zogenaamde „motive test”, zie arrest Cadbury-Schweppes, EU:C:2006:544). De in het geding zijnde regeling biedt die mogelijkheid niet. Het is de rechter ook zonder verder betoog niet duidelijk hoe een vennootschap gezien de hoge drempel van de voorwaarden van § 50d, lid 3, EStG, dat tegenbewijs zou moeten leveren.

d) Twijfels in het bijzonder voor wat betreft het vereiste dat sprake moet zijn van economische activiteiten en de wettelijke concretisering daarvan

32 De verwijzende rechter beschouwt het als problematisch dat de teruggaaf van bronbelasting van inkomen uit vermogen zonder meer is uitgesloten wanneer de buitenlandse vennootschap niet meer dan 10 % van haar totale bruto-inkomsten in het betreffende boekjaar met eigen economische activiteiten verwerft, en dat er geen sprake is van een eigen economische activiteit indien de buitenlandse vennootschap haar bruto-inkomsten verwerft met het beheren van activa. Dat heeft namelijk in het bijzonder tot gevolg dat kapitaalvennootschappen aan wier economische functie kan worden getwijfeld en die bijvoorbeeld inkomsten uit kapitaal verwerven, alleen al om die reden mogelijk op algemeen typerende wijze misbruik wordt verweten, zonder dat zij zich aan de hand van andere criteria, zoals het beschikken over voldoende „inhoud” of op grond van economische argumenten, aan het verwijt van misbruik kunnen onttrekken.

e) Twijfels voor wat betreft de vereiste economische of andere relevante redenen waarbij de kenmerken van nauw gelieerde vennootschappen buiten beschouwing blijven

33 De verwijzende rechter vindt het twijfelachtig dat bij de vraag of voor de inschakeling van de buitenlandse vennootschap economische of andere relevante redenen bestaan, organisatorische, economische of andere relevante kenmerken van de ondernemingen die nauw aan de buitenlandse vennootschap gelieerd zijn buiten beschouwing moeten blijven en dat het dus geen rol speelt welke betekenis verzoeksters rechtsvoorgangster voor het concern had. Een structuur die (alleen) vanuit het oogpunt van het concern zinvol is, is enkel om die reden nog niet direct een „kunstmatige constructie”.

34 De twijfels aan de verenigbaarheid van § 50d, lid 3, EStG met de Europese fundamentele vrijheden worden door de meeste Duitse juridische auteurs gedeeld en ook in de Duitse rechtspraak bevestigd. De hoogste Duitse belastingrechter, het

Bundesfinanzhof, is van oordeel dat in de eerste plaats het feit dat de betrokken vennootschap over kantoorruimte en personeel beschikt zich in beginsel tegen het vermoeden van rechtsmisbruik verzet, in de tweede plaats ook de verhoudingen binnen het concern moeten worden onderzocht en in de derde plaats het enkele feit dat de activiteit van de vennootschap bestaat uit het beheren van activa, niet volstaat om aan te nemen dat sprake is van misbruik.

(5) *Schending van de moeder-dochterrichtlijn*

- 35 De moeder-dochterrichtlijn heeft het doel meervoudige belasting op grensoverschrijdende dividenduitkeringen bij verbonden ondernemingen te voorkomen. Met het oog daarop schrijft de richtlijn (in de versie die in het hier relevante jaar 2007 gold) voor, dat de door een dochteronderneming aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst vrijgesteld is van bronbelasting, wanneer laatstgenoemde een minimumdeelneming van 15 % bezit in het kapitaal van de dochteronderneming (artikel 5, lid 1).
- 36 Artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn bevat echter een antimisbruikbepaling volgens welke de richtlijn geen beletsel vormt voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken. Toch lijkt het de verwijzende rechter twijfelachtig of de regeling van § 50d, lid 3, EStG hierdoor wordt gerechtvaardigd. In dit verband rijst de vraag welk misbruikbegrip aan de genoemde nationale voorschriften ten grondslag moet worden gelegd. De rechter neigt wat dat betreft tot de opvatting dat de lidstaten niet vrij mogen bepalen wanneer sprake is van misbruikconstructies (nationaal misbruikbegrip), maar door het Unierecht afgebakende grenzen in acht moeten nemen (Europees misbruikbegrip).
- 37 Enerzijds vindt dit steun in de bewoordingen van artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn. Terwijl de richtlijn in de Duitse versie geen beletsel vormt voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruik, wijkt de regeling in de taalversies van andere lidstaten daarvan af. Zo sluit de richtlijn niet de toepassing van nationale voorschriften uit die bijvoorbeeld „required” (Engels), „nécessaire” (Frans), „necessarie” (Italiaans) of „necesarias” (Spaans) zijn om misbruik te bestrijden. In deze taalversies wordt het beginsel van noodzakelijkheid tot uitdrukking gebracht.
- 38 Anderzijds kan dit worden geconcludeerd uit de doelstelling van de richtlijn. Grondslag van de moeder-dochterrichtlijn is de vrijheid van vestiging van vennootschappen, zodat door de lidstaten niet kan worden getornd aan de door de richtlijn gewaarborgde belastingvoordelen. Onderling afwijkende definities van het begrip belastingontwijking in de verschillende lidstaten zouden met deze doelstelling in strijd zijn en kunnen er toe leiden dat constructies die door de fundamentele vrijheden wordt beschermd, als misbruikconstructie worden gediscrimineerd.

- 39 Ongeacht de kwestie van een autonoom Europeesrechtelijk misbruikbegrip, moet het begrip misbruik van de openingsclausule van artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn in elk geval worden uitgelegd in overeenstemming met het Europese primaire recht. De twijfels inzake de verenigbaarheid van § 50d, lid 3, EStG, met de vrijheid van vestiging, bestaan dientengevolge ook voor de verenigbaarheid van deze bepaling met de moeder-dochterrichtlijn. De openingsclausule kan daar niet aan afdoen. Anders zou dit tot het resultaat kunnen leiden dat een bepaalde constructie vanuit het oogpunt van de fundamentele vrijheden niet als misbruik zou moeten worden beschouwd, maar volgens de richtlijn wel. Dat zou niet in overeenstemming zijn met de uniformiteit van rechts- en toetsingsmaatstaven in het Europese recht.