

# NovioTax Hof van Justitie oordeelt dat Duitse ‘doorkijk-benadering’ van art 50d (3) EStG in strijd is met EU wetgeving

September 2018

Het Hof van Justitie (hierna: HvJ) heeft op 14 juni 2018 een belangwekkende uitspraak gedaan in zaak C-440/17 over de Duitse ‘doorkijk-benadering’ van art. 50d lid 3 EStG. Dit artikel betreft de bepaling dat indien onvoldoende substance aanwezig is bij de ontvanger van uitgekeerde dividenden of royalties, de afdrager bronbelasting moet inhouden op de uitkering. De recente uitspraak staat in verband met de samengevoegde Deister Holding en Juhler Holding HvJ uitspraken (zaaknr. C-504/16, C-613/16). Het verband tussen de uitspraak van 14 juni 2018 en de voornoemde Deister en Juhler uitspraken is dat het HvJ art. 50d lid 3 EStG in alle gevallen in strijd acht met de Europese Moeder-dochterrichtlijn en de vrijheid van vestiging. Waar het in Deister en Juhler nog ging om art. 50d lid 3 EStG, zoals van toepassing tot en met 2011, is in de recente uitspraak ook de huidige versie van art. 50d lid 3 EStG (van toepassing vanaf 2012) strijdig met het EU-recht verklaard.

De huidige versie van art. 50d lid 3 EStG bevat twee voorwaarden waarin een teruggaaf of vrijstelling van bronbelasting wordt verleend. Die voorwaarden zijn (i) als een vennootschap inkomsten genereert uit eigen bedrijfsactiviteiten en (ii) als een vennootschap geen inkomsten genereert uit eigen bedrijfsactiviteiten, maar er wel economische of andere redenen zijn van de tussenplaatsing van de vennootschap, en dat deze (buitenlandse) vennootschap bewijs kan leveren dat voldoende substance aanwezig is. Daarmee biedt de huidige versie van het artikel een bewijsregeling waarmee teruggaaf / vrijstelling van bronbelasting wordt verleend, ook in het geval dat een vennootschap geen inkomsten heeft uit eigen bedrijfsactiviteiten.

## Feiten & Geschiedenis

Een Nederlandse vennootschap, GS, hield tussen 2006 en 7 november 2013 een deelneming van 93,66% in een Duitse GmbH. De 100% aandeelhouder van GS is tevens een Duitse GmbH. Naast aandelen in deze GmbH hield de vennootschap ook nog andere deelnemingen in vennootschappen in andere landen. De tussengevoegde Nederlandse vennootschap voerde in 2013 de volgende activiteiten uit:

- o Management van de door haar gehouden deelnemingen;
- o Financiering van groepsvennootschappen (buiten Duitsland), inclusief investering van overtollige liquiditeiten binnen de groep op de kapitaalmarkt;
- o Aankoop van grondstoffen op eigen naam bij derden buiten de EU en wederverkoop met een winstoverslag van deze grondstoffen aan groepsvennootschap.

Ten behoeve van voornoemde activiteiten had GS drie personeelsleden in loondienst en twee kantoorruimtes ter beschikking.

In 2013 werden dividenden van de Duitse GmbH uitgekeerd naar de moeder-vennootschap GS. Daarover is in beginsel 26,5% dividendbelasting en solidariteitstoeslag op ingehouden. Nadat GS een verzoek heeft ingediend om de ingehouden dividendbelasting terug te ontvangen, werd dit verzoek door de Duitse Belastingdienst afgewezen op basis van art. 50d lid 3 EStG.

Na bezwaar en beroep stelt het Duitse Finanzgericht in Keulen uiteindelijk prejudiciële vragen over de verenigbaarheid van betreffende regeling met het primaire EU-recht (vrijheid van vestiging) en de Moeder-Dochterrichtlijn. Hierna volgt het oordeel van het HvJ. De voornoemde situatie is in de afbeelding op de volgende pagina schematisch weergegeven.

## Oordeel Hof van Justitie

De gronden waarop het HvJ oordeelt dat de huidige versie van art. 50d lid 3 EStG in strijd is met EU-wetgeving zijn in essentie gelijk aan de gronden die worden benoemd in de eerder genoemde Deister Holding en Juhler Holding uitspraken. Het HvJ oordeelt daarin of het voornoemde artikel voldoet aan de norm die is aangegeven in de Moeder-dochterrichtlijn.

De Europese Moeder-dochterrichtlijn faciliteert in principe een vrijstelling voor de inhouding van dividendbelasting tussen moeder- en dochtervennootschappen, in het geval dat de vennootschappen binnen de strekking van de Moeder-dochterrichtlijn vallen. De richtlijn biedt daarbij de mogelijkheid aan lidstaten om wetgeving in te voeren die fraude en misbruik van de Moeder-dochterrichtlijn voorkomen. Het is daarbij de vraag in hoeverre art. 50d lid 3 EStG proportioneel is.

Om te beoordelen of een structuur is opgericht met als doel de strekking van de Moeder-dochterrichtlijn te misbruiken, dienen de bevoegde autoriteiten de gehele structuur te onderzoeken. De beoordeling schiet tekort als de bevoegde autoriteit simpelweg de structuur toetst op vooraf opgestelde algemene criteria. De invoering van wetgeving die automatisch belastingplichtigen afwijst voor een teruggaaf van dividendbelasting, op grond van algemene criteria waarbij de Belastingdienst niet verplicht is om ook maar gering bewijs te leveren, is derhalve in strijd met EU-wetgeving.

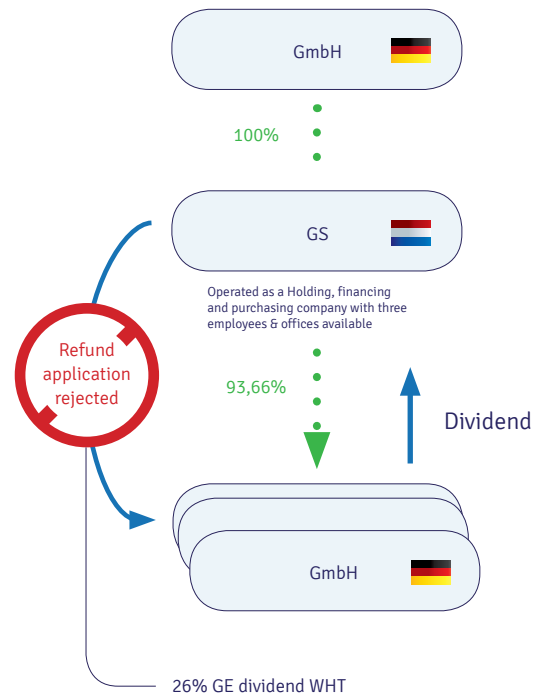
Het HvJ merkt op dat de Duitse anti-misbruik bepaling van art. 50d lid 3 EStG een algemene toon bevat waarbij fraude of misbruik worden gestereotypeerd. Daarbij is geen enkele bewijslast noodzakelijk voor de Duitse Belastingdienst om een belastingplichtige het belastingvoordeel te ontzien, in het geval van afwezigheid van economische argumenten. Bovendien bevat de bepaling een aanname van fraude of misbruik welke een belastingplichtige niet de kans geeft om deze beschuldigingen te weerleggen.

In dit verband verdient het opmerking dat de Moeder-dochterrichtlijn geen eisen heeft opgenomen omtrent de economische activiteiten van een belastingplichtige die tot de strekking van de richtlijn behoort. In tegenstelling tot de Duitse bepaling, dient volgens de Moeder-dochterrichtlijn een uitgebreid onderzoek te worden verricht naar alle relevante feiten en omstandigheden evenals organisatorische, economische, strategische en overige argumenten die een rol zouden spelen voor de belastingplichtige en de groep tot wier de belastingplichtige hoort. In tegenstelling tot de Moeder-dochterrichtlijn, neemt de Duitse antimisbruikbepaling kenmerken van de groep waarvan de belastingplichtige deel uitmaakt niet mee in de overweging of wel of geen sprake is van fraude of misbruik zoals genoemd in dat artikel.

Concluderend oordeelt het HvJ dat de huidige versie van art. 50d lid 3 EStG, evenals de oude versie, een algemene toon bevat waarbij fraude of misbruik worden gestereotypeerd, ondanks dat de huidige versie een bepaling bevat die toestaat dat tegenbewijs wordt geleverd omtrent inkomsten die niet zijn gegenereerd uit eigen bedrijfsactiviteiten.

## Takeaways

- Re-check afgewezen verzoeken tot vrijstelling of teruggaaf Duitse dividendbelasting of Duitse bronbelasting op royalty's;
- Indien door een afgewezen verzoek tot vrijstelling of teruggaaf van Duitse dividendbelasting of bronbelasting, dergelijke belastingen zijn ingehouden, moet worden beoordeeld of alsnog tijdig een teruggaaf van dergelijke belastingen kan worden geclaimd.



## DISCLAIMER

De informatie in dit blog is van algemene aard en heeft geen betrekking op de specifieke omstandigheden van een bepaald individu of een bepaalde entiteit. De informatie in dit blog is daarom bedoeld voor algemene informatieve doeleinden en kan niet als advies worden beschouwd. Hoewel we ernaar streven om nauwkeurige en tijdige informatie te verstrekken en er veel zorg is besteed aan het samenstellen van dit blog, kan er geen garantie worden gegeven dat dergelijke informatie correct is vanaf de datum waarop deze is ontvangen, of dat deze in de toekomst correct zal blijven. Niemand mag op basis van dergelijke informatie handelen zonder passend professioneel advies na een grondig onderzoek van de specifieke situatie. Wij aanvaarden geen enkele aansprakelijkheid voor de gevolgen die voortvloeien uit het gebruik van de informatie in deze publicatie.



**Yoran Noij**  
+31 (0) 6 38 27 23 92  
[yoran.noij@noviotax.com](mailto:yoran.noij@noviotax.com)



**Gert-Jan Hop**  
+31(0) 6 27 32 86 47  
[gert-jan.hop@noviotax.com](mailto:gert-jan.hop@noviotax.com)