

Advocaat-Generaal weigert toepassing inhoudingsvrijstelling in twee Belgische holding zaken

Op 9 juni 2023 zijn er twee belangrijke conclusies gepubliceerd die betrekking hebben op de toepassing van de inhoudingsvrijstelling op dividenduitkeringen naar Belgische persoonlijke houdstervennootschappen (zie ook onze [Newsflash](#) van 15 juli 2022 met betrekking tot één van deze zaken). Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde eerder dat de inhoudingsvrijstelling in beide zaken niet van toepassing was vanwege de antimisbruikbepalingen. Advocaat-generaal Wattel (hierna: A-G) heeft de Hoge Raad geadviseerd om dit oordeel te volgen en de cassatieberoepen van de belanghebbenden in beide zaken ongegrond te verklaren.

Achtergrond

Op basis van de inhoudingsvrijstelling heft Nederland geen dividendbelasting over uitkeringen aan vennootschappen die gevestigd zijn in een EU/EER-lidstaat of in een verdragsstaat. Dit geldt echter niet als de antimisbruikbepaling van toepassing is. Deze bepaling sluit de inhoudingsvrijstelling uit als (i) het hoofddoel, of een van de hoofddoelen van het houden van het belang is om de heffing van dividendbelasting bij een ander (de uiteindelijke aandeelhouders) te ontgaan (de zogenaamde 'subjectieve toets') en (ii) er sprake is van een kunstmatige constructie (de

zogenaamde 'objectieve toets'). Voor het analyseren van de subjectieve toets wordt gebruik gemaakt van het zogenaamde 'wegdenk-criterium' waarbij het ontgaan van dividendbelasting als hoofddoel wordt verondersteld. Dit is het geval zodra meer dividendbelasting zou zijn verschuldigd als de achterligger(s) de aandelen in het in Nederland gevestigde lichaam direct zouden houden (dus zonder tussenkomst van de belastingplichtige).

Er is nog niet veel duidelijkheid omtrent het toepassen van de inhoudingsvrijstelling op dividenduitkeringen aan persoonlijke houdstervennootschappen. De conclusie van de A-G is in dat kader een welkome verduidelijking.

De zaken

De belanghebbenden in deze zaken zijn vennootschappen die gevestigd zijn in België. Beide vennootschappen worden (in)direct gehouden door in België woonachtige natuurlijke personen uit dezelfde familie. De Belgische vennootschappen hielden via Nederlandse tussenhoudsters een belang in een in Nederland gevestigde commanditaire vennootschap (CV) behorend tot een private equity huis.

In 2018 ontvingen belanghebbenden een dividend uit een Nederlandse tussenhoudster waarop 5% Nederlandse dividendbelasting werd ingehouden.



Het geschil in deze zaken is of deze dividendbelasting onterecht is ingehouden, omdat belanghebbenden recht zouden hebben op de inhoudingsvrijstelling.

Anders dan de Rechtbank Noord Holland, oordeelde het Hof Amsterdam dat in beiden zaken de inhoudingsvrijstelling niet van toepassing was. Volgens het hof was in beide zaken zowel aan de subjectieve als objectieve toets van de antimisbruikbepaling voldaan, omdat onder andere (hieronder beide zaken gecombineerd):

- het belang in de Nederlandse tussenhouder niet toerekenbaar is aan een materiële onderneming/er überhaupt geen materiële onderneming in België is;
- er geen bemoeienis is met de Nederlandse tussenhouder of met door de gehouden belangen (i.e. er is louter geld ter beschikking gesteld en er is geen invloed op het rendement);
- er wel substance is, alleen niet ter zake van het belang in de Nederlandse tussenhouder / er überhaupt geen substance is;
- de besluitvorming volledig bij de familie ligt waardoor de Belgische persoonlijke houdster-vennootschappen niet vrijelijk kunnen beschikken over de door hen ontvangen dividenden.

Andere argumenten van belanghebbenden die volgens hen op zakelijkheid duiden, werden door het hof niet relevant geacht.

In beide zaken maakte het hof gebruik van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (HvJ), aangezien de antimisbruikbepaling de implementatie van de Moederdochterrichtlijn (MDR) betreft en daarom EU-conform uitgelegd moet worden.

Cassatiemiddel en conclusie A-G

In cassatie betogen de belanghebbenden dat (beide zaken gecombineerd):

- a) de bewijslast m.b.t. de inhoudingsvrijstelling in strijd met EU-recht is verdeeld en teveel bij belanghebbenden is gelegd;
- b) de subjectieve toets onjuist is toegepast, omdat het hof ten onterechte absolute betekenis aan deze toets zou toekennen;
- c) voor de objectieve toets teveel is gekeken naar het al dan niet aanwezig zijn van (of toerekenbaar zijn aan) een materiële onderneming en substance en niet naar andere feiten en omstandigheden;
- d) het primaire EU-recht is geschonden, omdat grensoverschrijdende situaties benadeeld worden ten opzichte van vergelijkbare interne situaties. Als belanghebbenden namelijk in Nederland gevestigd waren geweest, zouden de dividenden onder de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting ('Wet Vpb') zijn gevallen en zou er geen inhouding van dividendbelasting hebben plaatsgevonden.

Ten aanzien van punt a) merkt de A-G op dat de termen 'subjectieve' en 'objectieve' toets uiterst verwarrend kunnen zijn. Dit komt omdat het algemene beginsel van EU-recht dat rechtsmisbruik verbiedt, ook een objectief en een subjectief criterium kent, maar dan met een andere inhoud. Het objectieve criterium betreft namelijk de strijd met doel en strekking van de wet terwijl het subjectieve criterium betrekking heeft op ontwijkingsbedoelingen. Volgens de A-G vallen de Nederlandse subjectieve en objectieve toets beiden onder het subjectieve EU-criterium. Hierdoor ligt voor beiden Nederlandse toetsen de bewijslast bij de inspecteur. Het hof heeft dit in beide zaken ook gevolgd en heeft daardoor naar mening van de A-G de bewijslast op een EU-rechtelijk correcte manier verdeeld.

Ook punt b) is door de A-G verworpen. Het hof heeft namelijk op basis van het bovenstaande óók de bewijslast voor de kunstmatigheid van de structuur (i.e. de objectieve toets) bij de inspecteur gelegd en alle feiten en omstandigheden in aanmerking genomen in haar oordeel (zie hieronder bij punt c). Het hof heeft dus niet enkel de wegdenkgedachte als voldoende geacht voor een rechtsvermoeden van misbruik en omkering van de bewijslast. De A-G merkt daarbij nog op dat het inderdaad een te mechanische en te algemene toets zou zijn om een rechtsvermoeden van anti-fiscale motieven en daarmee omkering van de bewijslast te rechtvaardigen, als alleen aan het wegdenkcriterium dient te worden getoetst door de inspecteur.

Met betrekking tot punt c) heeft het hof volgens de A-G materieel-juridische maatstaven gehanteerd die stroken met het EU-recht. Er is in deze zaken namelijk geen sprake van een automatisch of categorisch misbruikvermoeden zonder dat de inspecteur gehouden zou zijn, maar ook een begin van bewijs of aanwijzingen van misbruik te geven (Eqiom, C-6/16). Integendeel, zoals hierboven aangegeven heeft het hof de bewijslast expliciet bij de inspecteur gelegd en alleen gebruikt gemaakt bij de subjectieve toets van een weerlegbaar bewijsvermoeden (i.e. het wegdenkcriterium). Daarbij heeft het hof de constructie in haar geheel onderzocht (Cadbury Schweppes, C-196/04) en heeft zij beoordeeld of de inspecteur heeft bewezen dat de bestanddelen van misbruik verenigd zijn waarbij alle feiten en omstandigheden in aanmerking zijn genomen (T Danmark en Y Danmark, C-116/16 en C-117/16). Tot slot is er geen uitsluiting van richtlijnvoordelen op basis van vooraf vastgestelde algemene of specifieke criteria zonder tegenbewijsmogelijkheid (Deister en Juhler, C-504/16). Tegenbewijs is namelijk expliciet opengesteld, alleen zijn de door de belanghebbenden aangevoerde omstandigheden allen door het hof beoordeeld met als conclusie dat zij niet relevant, niet overtuigend of niet aannemelijk zijn.

Punt d) wordt door de A-G kort afgedaan door te stellen dat de als vergelijkbaar gestelde binnenlandse en grensoverschrijdende situaties niet vergelijkbaar zijn: waren de belanghebbenden in Nederland gevestigd, dan zouden zij binnenlands belastingplichtig én inhoudingsplichtig zijn geweest.

Het primaire EU-recht wordt daarmee niet geschonden, omdat het dus geen objectief vergelijkbare gevallen betreft.

Wat betekent dit nu voor de toekomst? Visie Atlas

Indien de conclusie van de A-G wordt opgevolgd door de Hoge Raad, kan dit verstrekkende gevolgen hebben voor structuren waarin gebruik wordt gemaakt van buitenlandse (persoonlijke) houdstervennootschappen met weinig economische substance en weinig betrokkenheid bij de activiteiten in Nederland. Hoewel het in deze zaken ging om de persoonlijke houdstervennootschappen van enkele familieleden, kunnen ook meer corporate en private equity structuren en worden bestreden met de antimisbruikregeling.

Eigen kantoorruimte en personeel strekt in ieder geval tot de aanbeveling. Daarenboven is het aan te raden goed vast te leggen dat het bestuur van de houdstervennootschappen vrijelijk kan beschikken over de ontvangen dividenden. Kortom, de functie van houdstervennootschappen moet goed worden onderbouwd. Dit benadrukt het belang van een gedegen voorbereiding en het zorgvuldig opstellen van documentatie om de economische realiteit en de niet-kunstmatigheid van de structuur aan te tonen. Het is raadzaam om hierbij juridisch advies in te winnen om te zorgen dat aan alle vereisten wordt voldaan.

Vragen?

Mocht u naar aanleiding van deze nieuwsbrief vragen hebben, neem dan gerust contact met ons op.

Contactgegevens

Ivo Kuipers

E. ik@atlas.tax

M. +31 627 034 971

Roemer Schimmelpenninck

E. rs@atlas.tax

M. +31 6 3380 4538

Lennart Wilming

E. lw@atlas.tax

M +31 639 193 915