

## Belgische holding: einde dividenden zonder grenzen?

De afgelopen jaren werden diverse (Europese) maatregelen genomen om misbruik aan te pakken via de werking van holdingvennootschappen. Concrete situaties maken steeds vaker het voorwerp uit van Europese en nationale rechtspraak inzake inkomstenbelasting en btw. Onlangs oordeelde het Nederlandse gerechtshof van Amsterdam (zeer) streng ten aanzien van de vrijstelling van inhouding van dividendbelasting op een dividenduitkering door een Nederlandse dochtervennootschap aan haar Belgische moedervenootschap (Gerechtshof Amsterdam, 02.06.2022, zaaknr. 439).

### Vrijstellingsvoorwaarden

Nederland houdt in principe 15% dividendbelasting in bij grensoverschrijdende dividenduitkeringen, behalve indien de ontvanger (a) een in een EER-staat of verdragsstaat gevestigde vennootschap is en (b) de vennootschap-aandeelhouder de 'deelnemingsvrijstelling'-voorwaarden respecteert. Die vereisen vooreerst een deelneming van 5% in het aandelenkapitaal van de dochter. Daarnaast moet de holding haar deelneming ook effectief aanhouden wegens bedrijfsmatige belangen, en niet louter als 'portfolio-investering'.

In uitvoering van de aanpassingen aan de Moederdochterrichtlijn (richtlijn 2015/121/EU, 27.01.2015) heeft Nederland ook zijn interne wetgeving aangepast. Zo zal de Nederlandse vrijstelling van inhouding van dividendbelasting niet van toepassing zijn indien het aandelenbelang aangehouden wordt met als hoofddoel of een van de hoofddoelen omde heffing van belasting bij een ander te ontgaan (subjectieve toets) en er sprake is van een kunstmatige constructie (objectieve toets), die niet opgezet is op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.

In België zal een kwalificerend dividend vrijgesteld worden in de vennootschapsbelasting. Daartoe is vereist dat de zgn. participatie-, houd- en taxatievoorwaarde vervuld zijn. Ook België heeft – weliswaar met vertraging – de gewijzigde Moederdochterrichtlijn geïmplementeerd. De Belgische wetgever ontzegt de voordelen van de Moederdochterrichtlijn indien er sprake is van kunstmatige constructies waarbij op oneigenlijke wijze aanspraak gemaakt wordt op de voordelen van de richtlijn. De belastingplichtige kan echter het tegenbewijs leveren door aan te tonen dat de constructie ingegeven is door geldige zakelijke redenen die de economische realiteit

### De feiten

Een Belgische NV hield diverse deelnemingen aan, waaronder een belang van 24,39% in een Nederlandse feedervenootschap. Twee echtgenoten verrichtten via hun (Belgische) holdings de bestuurderswerkzaamheden voor de NV.

Eind juli 2018 ontving de NV een uitkering vanwege de feeder (dividend en kapitaalvermindering). De Nederlandse Belastingdienst meende dat de NV geen recht had op de toepassing van de vrijstelling voor de dividendbelasting in toepassing van de Moederdochterrichtlijn. Aangezien er evenwel – onder andere – sprake is van een actief holdingbeleid op niveau van de Belgische NV, oordeelde de rechtbank dat er geen sprake is van een ‘volstrekt kunstmatige (holding)constructie’ en dat de NV daarom toch recht heeft op de toepassing van de dividendvrijstelling (rb. Noord-Holland, zaaknr. 862). De Nederlandse Belastingdienst legde zich evenwel niet neer bij dat laatste vonnis en bracht de zaak voor het gerechtshof Amsterdam.

### Wat zegt het gerechtshof Amsterdam?

Het gerechtshof Amsterdam stelt vooreerst dat het aan de Nederlandse Belastingdienst is om aan te tonen of het houden van het belang door de Belgische NV gebeurde met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van belasting tegen te gaan en of er sprake zou zijn van een kunstmatige constructie.

Omtrent de subjectieve toets stelt het gerechtshof dat de Belastingdienst terecht uitgaat van het feit dat er een belastingvoordeel is, doordat indien de Nederlandse feeder-vennootschap rechtstreeks dividend uitgekeerd zou hebben aan de in België woonachtige uiteindelijke gerechtigde natuurlijke personen 15% dividendbelasting geheven zou zijn.

Vervolgens moest beoordeeld worden of er sprake was van een kunstmatige constructie of een reeks van constructies. Opmerkelijk is daarbij dat het hof in zijn beoordeling niet het globale beleid van de NV in aanmerking neemt. Omtrent dat algemene beleid is het hof in se van oordeel dat het kwalificeert als een materiële onderneming.

Het beheer van diverse participaties geldt inderdaad als daadwerkelijke economische activiteit. Echter, het specifieke Nederlandse belang in de feedervenootschap is naar het oordeel van het hof een eerder passief belang.

Daarmee lijkt het gerechtshof Amsterdam (ook) de mosterd te halen bij de klassieke btw-rechtspraak van het Hof van Justitie rond holdings, waarin het hof een onderscheid maakt tussen ‘passieve’ en ‘actieve’ holdings (HvJ, 20.06.1991, C-60/90, Polysar Investments Netherlands, §13-14). Een passieve holding beperkt zich tot het aankopen en aanhouden van deelnemingen in andere vennootschappen. Dat is volgens het hof geen economische activiteit. De deelneming is op zich namelijk niet aan te merken als exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, omdat het eventuele dividend voortspuit uit de loutere eigendom van het goed. Een passieve holding is dus geen btw-plichtige en heeft evenmin recht op aftrek. Dat ligt echter anders voor holdings waarvan de deelneming gepaard gaat met een directe inmenging in het beheer van de vennootschappen waarin deelgenomen wordt. Zo’n ‘actieve’ inmenging is in beginsel immers wel een economische activiteit in de zin van de btw-richtlijn. De inmenging kan onder meer administratieve, financiële, commerciële en technische diensten omvatten (HvJ, 27.09.2001, C-16/00, Cibo Participations, §22).

Het gerechtshof Amsterdam vond het in de besproken casus aldus tevens van belang dat vanuit de holding geen beleidsimpuls uitgaat naar de feeder of een van de door de feeder gehouden belangen. Daarmee maakt het hof een sterk functionele beoordeling met betrekking tot één actief. Het hof vindt verder eerder algemeen dat er geen zgn. substance is, bij gebrek aan eigen personeel en gelet op het feit dat de kantoorruimte ook ten dienste staat van de vennootschappen die de bestuursfunctie en administratie van de holding verzorgen.

Opmerkelijk is daarbij dat het hof eerder eenzijdig lijkt te oordelen dat het niet aannemelijk is dat van de globale (schijnbaar marktconforme) managementvergoeding die aan de bestuurders van de holding betaald wordt, een – weze het beperkt – deel betrekking zou hebben op het belang in de Nederlandse feedervenootschap.

Ten slotte oordeelt het hof opmerkelijk dat de holding niet vrij zou kunnen beschikken over de verkregen dividenden. Het hof komt tot dat besluit, omdat de besluitvorming binnen de holding (volledig) in handen is van één familie, die zodoende integraal over de winstbestemming zou kunnen beslissen. Het voorgaande leidt het hof er dan uiteindelijk toe om de holding te vergelijken met een doorstroomvenootschap (zie tevens de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie in de arresten Cadbury Schweppes, C-196/4, Deister Holding AG en Juhler Holding A/S, C-504/16 en C-613/16 en T&Y Danmark, C-116/16 en C-117/16, 26.02.2019).

### Belang voor de praktijk

Het arrest van het gerechtshof Amsterdam kadert in een alsmaar strenger wordend fiscaal kader voor holdings. De uitspraak betekent echter niet dat Belgische holdingvenootschappen voortaan altijd met een verhoogde fiscale last geconfronteerd zullen worden wanneer ze dividenden van hun Nederlandse dochters ontvangen. Zo erkent ook het gerechtshof dat – zelfs indien de Nederlandse subjectieve en objectieve toets vervuld zijn – een belastingplichtige de mogelijkheid moet behouden om geldige zakelijke redenen aan te voeren die in concreto de economische realiteit weerspiegelen. Een aantal van de door het hof gemaakte observaties zijn ons inziens vatbaar voor kritiek. Zo lijkt het hof al eens door de activiteit van de holdingvenootschap en de rol van een bestuurder heen te kijken om deze te verwarren met die van de actieve aandeelhouder – uiteindelijk begunstigde.

In de feiten had de Belgische holding nog geargumenteed dat onder meer de volgende zakelijke redenen ten grondslag lagen aan de gekozen investeringswijze: (i) de holding biedt het voordeel van de beperkte aansprakelijkheid; (ii) de holding dient als pooling vehicle; (iii) de holding dient om winsten te kunnen herinvesteren. Mogelijk luidde het oordeel ook anders indien de bovenstaande redenen geconcretiseerd konden worden, bv. een aantoonbare herinvestering van de winsten uit de feeder in plaats van doorstorting aan de uiteindelijke begunstigten.

> Het lijkt stilaan een vaststaand feit dat dividenden niet langer ‘grenzeloos’ de voordelen van de Moederdochterraichtlijn kunnen genieten. De Nederlandse vrijstelling van dividendbelasting is niet van toepassing indien het aandelenbelang aangehouden wordt met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van belasting bij een ander te ontgaan en er sprake is van een kunstmatige constructie.

> Hoewel het arrest van het gerechtshof Amsterdam vatbaar is voor kritiek, moeten holdings zich meer dan ooit bewust zijn van de noodzaak tot documentatie van de zgn. substance (bv. documenteren investeringsbeleid, herinvesteringen, inzet personeel, kantoren, middelen,...).

Gertjan Verachtert

Advocaat-vennoot Sansen International Tax Lawyers

Financieel Management PRO - nr. 6  
4 november 2022