

Dividendbelasting

De Belgische zaken, in dubio pro libertate?

Op 18 juli 2025 heeft de Hoge Raad de oordelen van het Hof Amsterdam over de toepassing van de inhoudingsvrijstelling voor de dividendbelasting bij uitkering aan een buitenlandse (Belgische) holding bevestigd. Ook indien een holding een materiële onderneming drijft en de structuur 'aanvankelijk is opgezet om zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen' kan in de ogen van de Hoge Raad sprake zijn van misbruik. Wanneer de dividend ontvangende buitenlandse houdster reële activiteiten verricht binnen het transfer pricing spectrum van functions, assets of risks, zou er naar onze mening echter een gereede kans op succes moeten zijn, althans vanuit een Europeesrechtelijk perspectief bezien. Daarom is procederen het devies.



Mr. F.

**Herreveld en
prof. dr. H. van
den Hurk**

*Frans Herreveld
en Hans van den
Hurk werken als
(international)
tax litigators
voor HHP
Chambers.
Van den Hurk is
tevens parttime
hoogleraar aan
Maastricht
University.*

Laten we vooropstellen, de Belgische zaken zagen op situaties waarvan de Hoge Raad vindt dat het evident misbruikzaken zijn.¹ De Nederlandse bv via welke de Belgische dga's investeerden hield uiteindelijk maar twee belangen, een van 0,33% en een van 0,6%. De Belgische dga's waren zeer actieve ondernemers maar juist in deze staak deden zij niets, maar dan ook helemaal niets. Ze hadden een hedgefundmanager ingehuurd die al het werk deed en zij zagen (passief, als we de feiten goed begrijpen) hoe die belegging zich ontwikkelde. Maar ook hebben we te maken met dga's die uitermate actief zijn, vele deelnemingen beheren vanuit hun kantoorruimte in België. Alleen de beleggingsactiviteit loopt via een derde, zoals een vermogende particulier die een bank inschakelt om zijn geld te laten renderen.

De lezer die daarom verwacht dat we uiterst kritisch dit arrest volledig zullen bespreken, zal teleurgesteld worden. Daarvoor is geen ruimte. Ja, wij menen absoluut dat de Hoge Raad op een aantal gebieden steken heeft laten vallen, namelijk door op onderdelen van het dispuut waarover gereede twijfel bestaat of iets wel of niet onder het Europeesrechtelijke misbruikbegrip valt, geen prejudiciële vragen te stellen. Dat is een doodzonde, want er is gereede twijfel. En dat betekent dat de adviseur die deze zaak gevoerd heeft waarschijnlijk een klachtenprocedure bij de Europese Commissie gaat opstarten tegen het negeren door de Hoge Raad van andersluidende meningen die niet zien op de uitleg van het Nederlandse maar van het Europese recht.

Niet iedere mening verplicht de Hoge Raad tot het stellen van prejudiciële vragen maar wel iedere situatie die tot gereede twijfel aanleiding geeft. *Yours trulies* hebben een afwijkende mening en daarover hebben zij veel gesproken op conferenties maar ook geschreven in uw lijfblad. En wij zijn niet de enigen.

Over misbruik van recht

Dus de Belgische zaken zien op misbruik en dus gaan reële situaties waarschijnlijk wel goed. Ja, dat klopt. Maar een en ander is wel een kwestie van definitie. Wat is reëel en wanneer kan een situatie niet worden uitgedaagd door de Europeesrechtelijke misbruikdoctrines? Hof Amsterdam zat erg op de algemene misbruikdoctrines. Advocaat-Generaal Wattel was het daar mee eens en voorzag de fiscale wereld met nog een aantal van zijn inzichten. Zo stelde hij o.a. dat de Deense zaken het Nederland verplichten om de toepassing van EU-recht te weigeren ingeval er sprake is van misbruik. Maar daarover bestaat al decennia geen discussie, althans niet in Nederland. Ook stelde hij dat de feiten van de casus alleen getoetst mogen worden aan de criteria die artikel 1, lid 2 e.v. Moeder-Dochter-Richtlijn (MDRL) beschrijven en dus niet aan het primaire EU-recht. We komen hier later op terug. De Hoge Raad gaf hier een eigen invulling aan in zijn arrest en dat is op zich goed. Hoe goed, dat zullen we hierna bespreken. Maar aangezien er volgens de Hoge Raad sprake is van misbruik terwijl de structuur feitelijk wel voldoet aan de eisen om in ieder geval formeel binnen de toepassing van de MDRL te vallen, zal er eerst gekeken moeten



worden naar de haakjes die de MDRL formuleert voor lidstaten om de toepassing van de richtlijnrechten te weigeren. Te beginnen artikel 1, leden 2-4 MDR zoals deze bepalingen luiden sinds 2015:

‘2. De lidstaten kennen de voordelen van deze richtlijn niet toe voor een constructie of een reeks van constructies die is opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel of de toepassing van deze richtlijn ondermijnt, en die, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, kunstmatig is. Een constructie kan uit verscheidene stappen of onderdelen bestaan.

3. Voor de toepassing van lid 2 wordt een constructie of een reeks van constructies als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.

4. Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke bepalingen ter bestrijding van belastingontduiking, belastingfraude en misbruik.’

In essentie is de toets derhalve of een constructie al dan niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. In de Deense zaken werd een entiteit in Luxemburg tussengeschoven omdat de Deense dividendbelasting over een dividend betaald aan de uiteindelijke gerechtigde buiten de EU anders de 15% zou aantikken. Verder gebeurde er niets. Wij menen dat de situatie in de Belgische zaken echt anders is. De structuur is wellicht kunstmatig omdat er via allerlei structuren een deelneming bestaat die wel voldoet aan de Nederlandse inhoudingsvrijstelling maar niets uit die structuur geeft een andere voor-

stelling van zaken dan de structuur in essentie is. Bij de Deense zaken was dit onzes inziens anders. Ook verwijst de Hoge Raad naar paragraaf 8 van het protocol bij deze richtlijn dat is toegevoegd in 2015: *‘Hoewel de lidstaten gebruik moeten maken van de antimisbruikbepaling om constructies aan te pakken die in hun geheel kunstmatig zijn, kunnen zich ook gevallen voordoen waarin slechts bepaalde stappen of onderdelen van een constructie kunstmatig zijn. De lidstaten moeten de antimisbruikbepaling eveneens kunnen toepassen om die specifieke stappen of onderdelen aan te pakken, waarbij de stappen of onderdelen van de constructie die wel authentiek zijn, ongemoeid worden gelaten. Aldus zou de antimisbruikbepaling zo doeltreffend mogelijk en op evenredige wijze worden toegepast. De ‘voor zover’-aanpak kan doeltreffend zijn in de gevallen waarin de betrokken entiteiten als zodanig niet kunstmatig zijn, maar bijvoorbeeld de aandelen waaruit de uitkering van winst voortkomt, niet daadwerkelijk aan een in een lidstaat gevestigde belastingplichtige toe te rekenen zijn, dit wil zeggen indien er eigendomsoverdracht van de aandelen plaatsvindt op grond van de rechtsvorm van de constructie, maar de kenmerken daarvan de economische realiteit niet weerspiegelen.’*

Nordcurrent

Bovenstaande overweging is vrij technisch. Zeker het laatste voorbeeld. Dat lijkt te duiden op simulatie. ‘Een eigendomsoverdracht van aandelen op grond van de rechtsvorm van de constructie, maar de kenmerken daarvan de economische realiteit niet weerspiegelen.’ Het belangrijkste arrest van het Hof van Justitie dat ingaat op de nieuwe regels is de zaak Nordcurrent (C-228/24). In deze zaak moest het Hof van Justitie beslissen over een jaren bestaande reële business structuur waarbij een Litouwse houdster een Britse dochter houdt die veel geld verdient met het verkopen van videogames.

Een paar overwegingen uit de zaak Nordcurrent² voor het goede begrip:

‘25. Vooreerst suggereren de bewoordingen van de antimisbruikbepaling niet dat deze bepaling alleen op specifieke situaties of constructietypen van toepassing is. Integendeel, die bewoordingen gaan eerder uit van een globale benadering die erin bestaat aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden te onderzoeken of een constructie kunstmatig is omdat zij wordt gekenmerkt door het ontbreken van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.’

‘27. Ten slotte heeft het Hof in zijn rechtspraak met betrekking tot richtlijn 90/435 een constructie die niet is opgericht om redenen die de economische realiteit weerspiegelen, een zuiver formele structuur heeft en als voornaamste doel of een van zijn voornaamste doelen heeft een belastingvoordeel te verkrijgen dat de strekking of het doel van de toepasselijke belastingwetgeving ondermijnt, als een kunstmatige constructie beschouwd. Dit is met name het geval wanneer de betaling van belasting over dividenden wordt vermeden doordat aan de structuur van de constructie een doorstroom-

vennootschap wordt toegevoegd tussen de vennootschap die de dividenden uitkeert en de uiteindelijk gerechtigde tot deze dividenden (arrest van 26 februari 2019, T Danmark en Y Denmark, C-116/16 en C-117/16, EU:C:2019:135, punt 100). 28 Hieruit kan echter niet worden afgeleid dat de antimisbruikbepaling uitsluitend van toepassing is op constructies met doorstroomvennootschappen en dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie daar niet onder valt. Uit datzelfde punt van het arrest van 26 februari 2019, T Danmark en Y Denmark (C-116/16 en C-117/16, EU:C:2019:135), volgt integendeel dat het geval van een doorstroomvennootschap slechts een van de vele voorbeelden is van de toepassing van het beginsel van het verbod van rechtsmisbruik, wat wordt aangegeven door het gebruik van de uitdrukking ‘met name’.

Hieruit kan een tweetal essentiële elementen gedestilleerd worden. Ten eerste dat een constructie alleen kunstmatig is indien de structuur wordt gekenmerkt door het ontbreken van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Het tweede element is de verwijzing naar het woord ‘met name’ in de Deense zaken. Hieruit leidt het Hof af dat de vraag of een vennootschap al dan niet een doorstroomvennootschap is niet per se relevant hoeft te zijn aangezien de woorden ‘met name’ duiden op een voorbeeld van misbruik.

Wat het Hof van Justitie niet meldt in de Nordcurrent zaak maar wat wel essentieel is in de Deense zaken is dat de Deense rechter eigenlijk alleen maar de vraag stelde

of, als er sprake is van misbruik van recht, belastingplichtige dan toch een beroep op EU-recht kan doen. Bijgaand een citaat van de Deense rechter in zijn vragen aan het Hof van Justitie:

‘dat er sprake is van, nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken’ in de zin van artikel 1, lid 2, van de richtlijn,
 – dat een in een lidstaat gevestigde vennootschap (A) een dividend heeft uitgekeerd aan een in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij (B), die dit dividend heeft doorbetaald aan haar buiten de Europese Unie of de [EER] gevestigde moedermaatschappij (C), die op haar beurt de middelen heeft doorbetaald aan haar eveneens buiten de Unie of de [EER] gevestigde moedermaatschappij (D),
 – dat er geen dubbelbelastingverdrag is gesloten tussen eerstgenoemde staat en de staat waar C is gevestigd,
 – dat er tussen eerstgenoemde staat en de staat waar D is gevestigd, een dubbelbelastingverdrag is gesloten, en
 – dat eerstgenoemde staat dus op grond van zijn wettelijke regeling geen aanspraak had kunnen maken op bronbelasting over dividenden die door A aan D zijn uitgekeerd, indien D de rechtstreekse eigenaar van A was geweest, is er dan sprake van misbruik van de richtlijn, zodat B hier niet door wordt beschermd?’

Kunstmatig of niet?

Laten we vooropstellen dat de meest essentiële vraag is of in de Belgische zaken de constructie kunstmatig is omdat de structuur wordt gekenmerkt door het ontbreken van geldige zakelijke redenen die de economische



realiteit weerspiegelen. We vinden dit lastig. Het voorbeeld dat het Hof van Justitie in de Nordcurrent zaak gebruikt om te duiden wat een kunstmatige constructie is, betreft een zuivere formele structuur die als voornaamste doel of een van de voornaamste doelen heeft een belastingvoordeel te verkrijgen onder de richtlijn. Dus als een houdstermaatschappij in Bermuda is gevestigd, dan is de MDRL niet van toepassing. Even een lege entiteit in Luxemburg tussenschuiven en de MDRL zou formeel gezien van toepassing zijn. Daar gaat het hier om. In feite wordt door het Hof van Justitie die Luxemburgse entiteit weggedacht omdat die evident misbruik maakt van de formele regels. Maar hoe zit dat met de aandeelhouders van de bv die onderwerp van dispuut was in de Belgische zaken? De participaties zijn klein maar de manier waarop een en ander was opgebouwd, was niet een situatie die zo evident strijdig was met EU-recht als in de Deense zaken.

Ook refereerde de Hoge Raad aan overweging 8 van de preambule bij de 2015 versie van de MDRL. De Hoge Raad schrijft het volgende in RO 5.2.3 onder verwijzing naar rechtsoverwegingen 34 tot en met 37 van het Hof van Justitie:

‘Daarom kunnen bij de beoordeling of de constructie dan wel de desbetreffende stap of het desbetreffende onderdeel ervan kunstmatig is, mede feiten en omstandigheden in aanmerking worden genomen die zich voordoen of hebben voorgedaan na de totstandkoming van de constructie.’

Het Hof van Justitie erkent in de Nordcurrent-zaak in zijn antwoord op de tweede vraag de strekking van overweging 8 van de preambule maar schrijft ook:

‘42 Hoewel nationale autoriteiten met deze laatste situatie rekening kunnen houden om te oordelen of een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming als een kunstmatige constructie moet worden gekwalificeerd, mag deze situatie niet als enige bepalend zijn voor die kwalificatie.

43 Gelet op het voorgaande moet de antimisbruikbepaling in artikel 1, leden 2 en 3, van richtlijn 2011/96 aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale praktijk op grond waarvan ten behoeve van de kwalificatie van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming als een kunstmatige constructie zonder uitzondering alleen de omstandigheden op de data van de dividenduitkeringen in aanmerking worden genomen wanneer de oprichting van die dochteronderneming door zakelijke redenen werd gerechtvaardigd en de adequate afspiegeling van haar activiteiten vóór die uitkeringen niet wordt betwist.’

We lezen hier toch echt in dat het Hof van Justitie net andersom redeneert dan de Hoge Raad. De Hoge Raad wijst erop dat u niet naar het verleden hoeft te kijken omdat omstandigheden zich kunnen wijzigen waardoor een zakelijke structuur toch onzakelijk kan worden. Het Hof heeft het in de Nordcurrent-zaak alleen over het gegeven dat als op het moment van dividenduitdeling de structuur onzakelijk zou zijn, ook de voorafgaande periode tot en met de oprichting dient te worden meegenomen. Dus anders gezegd: bij de beoordeling van de

vraag of op het moment van dividenduitdeling omstandigheden bestaan die kunstmatig zijn, dient juist de voorgaande periode na de oprichting ook in de afweging te worden meegenomen.

Het is natuurlijk enigszins bijzonder dat de Hoge Raad verwijst naar een arrest van het Hof van Justitie maar dat zowat a contrario uit lijkt te leggen. De inconsequentheid van de redenering van de Hoge Raad blijkt te meer uit het gegeven dat belastingplichtige zich had beroepen op de al veel langer bestaande Belgische structuur maar dit argument werd verworpen want de dividend uitdelende vennootschap werd gemanaged door een hedgefund. En dus werd er alleen getoetst op het moment waarop de vennootschap dividend uitkeert. Overigens blijkt uit de zaak Nordcurrent en de aanpassing van de MDRL wel dat een zakelijke structuur onzakelijk kan worden en vice versa. Maar hier is het de vraag of de structuur alleen vanwege het uitbesteden van beheersactiviteiten en de beperkte participatie als onzakelijk kan worden gezien.

We lezen hier toch echt in dat het Hof van Justitie net andersom redeneert dan de Hoge Raad.

Ook een rechtsoverweging die vraagtekens oproept betreft 5.4.1. en meer in het bijzonder het discriminatieargument van rechtsoverweging 5.4.1 waaruit onderstaande citaat komt:

‘Dit geldt in het bijzonder ook voor zover het Hof ervan is uitgegaan dat de enkele omstandigheid dat belanghebbende een materiële onderneming drijft, niet reeds meebrengt dat van misbruik geen sprake kan zijn, maar dat bepalend is of de deelneming van belanghebbende in de BV functioneel aan die materiële onderneming kan worden toegerekend, wat volgens het Hof niet het geval is. Voortbouwend op dit uitgangspunt en oordeel, heeft het Hof kunnen onderzoeken of de onderhavige structuur in zoverre, wat betreft het houden van die deelneming, kunstmatig is.’

Discriminatie

De vraag die wij vaak uit de praktijk kregen is, of er geen sprake is van discriminatie want hoeveel Nederlandse dga's houden niet hun werkmaatschappij via een houdstermaatschappij waarin niet altijd heel veel gebeurt. Als dat in binnenlandse situaties wel de inhoudingsvrijstelling geeft, waarom dan niet in grensoverschrijdende situaties? Het antwoord is eenvoudig. Zie het een na laatste woord in het citaat: ‘kunstmatig’. Of dit een terechte constatering is, had onzes inziens aan het Hof van Justitie moeten worden voorgelegd. Wat ook evident aan het Hof van Justitie had moeten worden voorgelegd is de vraag met betrekking tot de uitleg van uiteindelijke gerechtigde zoals dat wordt

uitgelegd door de Hoge Raad. We citeren uit rechtsoverweging 5.4.3:

‘In dit verband heeft het Hof kunnen oordelen en meewegen dat de familie die aandeelhouder is van belanghebbende, geheel naar eigen goedgevoelen kan beslissen om de door de bv aan belanghebbende uitgekeerde winsten al of niet aan zich te laten uitkeren dan wel te doen aanwenden voor herinvestering, en dat belanghebbende in die zin niet vrij kan beschikken over de dividenden die zij ontvangt uit de bv. In dit kader heeft het Hof mede betekenis kunnen toekennen aan de omstandigheid dat voor belanghebbende geen verplichting bestaat om de van de bv ontvangen winsten geheel of gedeeltelijk te herinvesteren.’

We volstaan met de constatering dat de Hoge Raad de bron van recht zoals gebruikt door het Hof van Justitie in de Deense zaken, nl. het officiële commentaar bij artikel 10 van het OESO-modelverdrag en dan meer specifiek paragraaf 12.4 onjuist heeft geïnterpreteerd. Het gaat niet om de verplichting om ontvangen winsten geheel of gedeeltelijk te herinvesteren maar om de vraag of de ontvangende vennootschap niet de verplichting heeft dat dividend door te betalen. En dat is iets volstrekt anders.

Ten slotte over toetsing aan primair EU-recht. Wattel had geopperd dat toetsing aan primair EU-recht niet mogelijk was omdat de MDRL tot een uitputtende harmonisatie leidt. Hij verwees naar de zaak Euro Parc Service.³ Echter in dit arrest merkte het Hof van Justitie inderdaad op dat ingeval van uitputtende harmonisatie niet aan primair EU-recht getoetst mag worden, maar ook besliste het Hof dat in de anti-misbruikbepaling van de Fusierichtlijn, welke veel gedetailleerder is dan die van de MDRL, veel begrippen voorkomen die geen eenduidige uitleg kennen. Waar staat bijvoorbeeld de definitie van misbruik? Of belastingontwijking? Ergo, toetsing aan primair EU-recht is noodzakelijk. In een zaak bij Rechtbank Zeeland-West-Brabant hebben we ons moeten verweren tegen dit standpunt zoals in navolging van Wattel door de inspecteur gesteld. De Rechtbank deelde onze mening in dezen.⁴

Het gaat niet om de verplichting om ontvangen winsten geheel of gedeeltelijk te herinvesteren maar om de vraag of de ontvangende vennootschap niet de verplichting heeft dat dividend door te betalen.

Hoe nu verder?

Het ligt in de rede dat iedere zaak waar de fiscus misbruik kan stellen op basis van bovenstaand niet best gemotiveerd arrest ingeval van een buitenlandse niet-moeiende holding die dividend ontvangt, door de fiscus zal worden aangevochten. Wij menen dat wanneer de dividend ontvangende buitenlandse houder reële activiteiten ten aanzien van de dividenduitdelende dochter verricht binnen het transfer pricing spectrum van functions, assets of risks, er een gereede kans op succes zou moeten zijn, althans vanuit een Europeesrechtelijk perspectief bezien. We zien ook dat het aanbeveling verdient om iedere zaak volledig uit te procederen aangezien alleen zo de mogelijkheid wordt openhouden om in de toekomst de Hoge Raad te dwingen uw eigen zaak te heropenen ingeval op een buitenlandse vergelijkbare zaak positief wordt beslist door het Hof van Justitie.

Noten

- 1 HR, 18 juli 2025, ECLI:NL:HR:2025:1162 en 1163.
- 2 HvJ, 3 april 2025, C-228/24.
- 3 HvJ, Euro Parc Service, 8 maart 2017, C-14/16.
- 4 Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 18-01-2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:214, BRE - 23 _ 1332.

