

Nieuwsbrieven en tijdschriften » Fiscale Actualiteit » Hof van Justitie over kunstmatige constructie: holistische benadering en tweesnijdend zwaard

Hof van Justitie over kunstmatige constructie: holistische benadering en tweesnijdend zwaard

Misbruik moeder-dochterrichtlijn

Fiscale Actualiteit nr. 2025/19, pag. 1-7, week 25 mei - 1 juni 2025

De antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn moeten we *pragmatisch*, *dynamisch* en *holistisch* benaderen, om een zaak in al haar complexiteit en met een breed perspectief in tijd en ruimte te kunnen beoordelen, zonder ons te beperken tot een of ander aspect, moment of effect van de constructie afzonderlijk (HvJ 3 april 2025, C-228/24, Nordcurrent).

Dit arrest klinkt dan ook als een waarschuwing voor de bedrijfsleiders van concerns en voor de professionals inzake internationale fiscaliteit die hen bijstaan: (i) ook als de onderneming géén loutere doorstroomvennootschap (*conduit company*) is, kan de antimisbruikbepaling toegepast worden; (ii) om te beoordelen of een onderneming economische substantie heeft (een 'niet-kunstmatige constructie' is), mag men zich niet beperken tot het tijdstip van de toekenning van dividenden, maar moeten de zaken in een ruimer tijdsperspectief bekeken worden, namelijk sinds de oprichting van de structuur; (iii) om te bepalen of het doel het verkrijgen van een belastingvoordeel is, moeten we rekening houden met de fiscale gevolgen van de constructie in haar geheel, inclusief de belastingdruk op de dochter in het land van vestiging.

Een Litouwse onderneming, Nordcurrent Group UAB, die zich bezig houdt met de ontwikkeling en distributie van elektronische (video)games, had in 2009 een dochteronderneming opgericht in het Verenigd Koninkrijk. Die stond in voor de verkoop en distributie van games buiten Litouwen.

Buitenlandse dochter met weinig substantie

Na een belastingcontrole in 2023 vorderde de Litouwse fiscus meer dan drie miljoen euro vennootschapsbelasting van de Litouwse moedermaatschappij voor dividenden die zij ontvangen had van haar Britse dochter in 2018 en 2019. De Litouwse fiscus beweerde dat het voordeel van de moeder-dochterrichtlijn, namelijk de vrijstelling van ontvangen dividenden, aan de moedermaatschappij moest worden geweigerd omdat de Britse dochteronderneming een "kunstmatige constructie" zou zijn zoals bedoeld in de antimisbruikbepaling in die richtlijn. De Litouwse fiscus riep daarvoor volgende elementen in, namelijk dat in 2018 en 2019:

- de Britse dochter niet over voldoende personeel beschikte voor het grote aantal gedistribueerde games, klanten en verkoopkanalen. De enige werknemer was de directeur, en die leidde tegelijk ook nog eens zeven andere vennootschappen;
- de dochter geen eigen bedrijfsruimte of materiële activa in het Verenigd Koninkrijk had. Op hetzelfde adres als de dochter was trouwens een groot aantal ondernemingen (enkele duizenden) ingeschreven. Het adres was ter beschikking gesteld door een dienst die in het VK bedrijfszetels registreert.

De Litouwse belastinginspectie concludeerde daaruit dat de activiteiten inzake ontwikkeling en distributie van games door de dochter in 2018 en 2019 in werkelijkheid werden uitgevoerd door de werknemers van de Litouwse moedermaatschappij zelf, die toegang hadden tot de door de dochter gebruikte advertentie- en speldistributieplatforms.

De Litouwse moedermaatschappij ontkende dat de Britse dochter een kunstmatige constructie vormde omdat ze werkelijke zakelijke voordelen heeft opgeleverd: ze was een noodzakelijke tussenpersoon tussen de Litouwse moeder en de advertentie- en speldistributieplatforms in de periode die de moeder nodig had om rechtstreekse contracten met die platforms te sluiten. Bovendien, zo argumenteerde de Litouwse

moeder nog, had de dochter geen fysieke bedrijfsruimte nodig, gezien de manier waarop computergames worden gedistribueerd. En voor het sluiten van standaardcontracten voor de distributie van games of de aankoop van advertenties door de dochter was geen ander personeel nodig dan de directeur.

De Litouwse onderneming wees er daarentegen op dat de meeste (distributie)functies en risico's (bij de ontwikkeling van games, de financiering ervan en de advertentie-uitgaven) door de Britse dochter vanaf 2017 geleidelijk op de moeder zijn overgedragen, tot de dochter geen activiteiten m.b.t. de distributie van games of het aankopen van advertenties meer uitvoerde. Eind 2019 is de dochter dan ook geliquideerd.

De Litouwse rechtbank waar het geschil aanhangig werd gemaakt (Commissie voor Fiscale Geschillen), heeft het Hof van Justitie vervolgens drie prejudiciële vragen gesteld over de interpretatie van de antimisbruikbepaling van de moeder-dochterrichtlijn.

Prejudiciële vragen leveren interessante precisering op van antimisbruikbepaling

Eerste vraag: kunstmatige constructie ook al is dochter geen 'doorstroomvennootschap'?

De eerste prejudiciële vraag betrof het punt of de antimisbruikbepaling enkel bedoeld is om te worden toegepast op constructies die 'doorstroomvennootschappen' omvatten. Wordt de antimisbruikbepaling van de moeder-dochterrichtlijn correct toegepast als de nationale fiscus een vrijstelling voor dividenden weigert aan een moedermaatschappij wanneer die dividenden zijn ontvangen van een in een andere lidstaat gevestigde dochter, om reden dat die dochter een kunstmatige constructie is, ook al is die dochter geen doorstroomvennootschap en is de uitgekeerde winst gegenereerd door op naam van de dochter verrichte activiteiten?

Het Hof overweegt dat de formulering van de richtlijn wijst op "een globale benadering die erin bestaat aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden te onderzoeken of een constructie kunstmatig is" (randnr. 25). Die vaststelling bepaalt alle antwoorden op de prejudiciële vragen. Het Hof voegt eraan toe dat uit de overwegingen bij de richtlijn die de antimisbruikbepaling toegevoegd heeft aan de moeder-dochterrichtlijn [overweging 4 en 5 bij richtlijn (EU) 2015/121 van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.], alsook uit de plaats die de bepaling inneemt binnen de moeder-dochterrichtlijn (in artikel 1), blijkt dat de algemene antimisbruikmaatregel bedoeld is om op transversale wijze misbruik te voorkomen, d.w.z. ongeacht de verscheidenheid aan nationale belastingstelsels en manieren van omzetting.

Het Hof verwijst ook naar zijn rechtspraak over de oude versie van de moeder-dochterrichtlijn (vóór de invoering van de antimisbruikbepaling), meer bepaald in zijn 'Deense arresten' (HvJ 26 februari 2019, C-116/16 en C-117/16, T Denemarken en Y Denemarken). Daarin bestempelde het Hof als 'kunstmatig': het tussenvoegen van een doorstroomvennootschap tussen de vennootschap die de dividenden uitkeert en de uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden, met de bedoeling belasting op die dividenden te vermijden. Maar het Hof stelt nu dat de situatie uit die Deense arresten slechts "een van de vele voorbeelden van de toepassing van het beginsel van het verbod van misbruik" vormt (wat wordt aangegeven door het gebruik van "met name" in die arresten). Dat verklaart ook waarom het Hof enkele jaren voordien, in zijn bekende arrest Cadbury Schweppes (over de Britse CFC-wetgeving), een 'brievenbusvennootschap' of 'schijnvennootschap' (en géén 'doorstroomvennootschap') ook als een "volstrekt kunstmatige constructie" kon bestempelen (HvJ 12 september 2006, C-196/04).

Het Hof beantwoordt de eerste vraag dus bevestigend, in de zin dat het wel degelijk in overeenstemming is met de moeder-dochterrichtlijn om de vrijstelling van ontvangen dividenden te weigeren aan een (ingezeten) moedervenootschap omdat de dochtervennootschap, die is gevestigd in een andere lidstaat, een 'kunstmatige constructie' vormt, ook al is de dochter geen 'doorstroomvennootschap' (*conduit company*) en is de uitgekeerde winst gegenereerd door de activiteit die ze verricht in die andere lidstaat, en mits de bestanddelen van misbruik aanwezig zijn natuurlijk. Het geval van een dochter die slechts een 'doorstroomvennootschap' is, moeten we dus zien als niet meer dan een voorbeeld of een illustratie van een 'kunstmatige constructie' die misbruik van de richtlijn zou uitmaken.

Tweede vraag: op welk moment kunstmatigheid van constructie beoordelen?

De tweede prejudiciële vraag peilde naar het *moment* waarop we de kunstmatigheid van een constructie moeten beoordelen. Is het in overeenstemming met de antimisbruikregel van de moeder-dochterrichtlijn om alleen de situatie ten tijde van de dividenduitkering in aanmerking te nemen om een in een andere lidstaat gevestigde dochter te kwalificeren als kunstmatige constructie, ook al is de dochter opgericht om valabele zakelijke redenen en staat het niet ter discussie dat ze een werkelijke activiteit had vóór de uitkering?

De vaststelling van de Litouwse belastingdienst dat er sprake was van een 'kunstmatige constructie', was volgens de nationale rechter louter gebaseerd op de situatie ten tijde van de dividenduitkering. De dienst verwees echter niet naar de oprichting van de dochter noch naar de activiteit die ze uitoefende vóór 2018 en 2019.

Zo moest het Hof dus de volgende vraag beantwoorden, die we regelmatig in de praktijk tegenkomen: moet de (economische) 'substantie' van een vennootschap (en dus haar authenticiteit of niet-kunstmatigheid) enkel worden beoordeeld op het moment van de dividenduitkering? Of moeten de zaken doorheen de tijd worden bekeken, sinds het opzetten van de structuur (eerder uitgeoefende activiteit, economische motivaties voor de oprichting van de vennootschap ...) tot aan de dividenduitkering?

Het Hof begint met eraan te herinneren dat de antimisbruikbepaling zelf stelt dat "een constructie uit verscheidene stappen of onderdelen kan bestaan", en dat uit overweging 8 van de richtlijn van 2015 (die de maatregel heeft ingevoerd) blijkt dat het mogelijk is om *alleen bepaalde stappen* van een constructie te beschouwen als 'kunstmatig'. In dat licht is het Hof van oordeel dat "niet kan worden uitgesloten dat een constructie die aanvankelijk is opgezet om geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen, vanaf een bepaald moment als kunstmatig moet worden beschouwd, omdat de constructie ondanks een wijziging in de omstandigheden in stand is gehouden" (randnr. 36 – het Hof treedt daarmee een opmerking van de Franse regering bij), en dat, bijgevolg, "de mogelijkheid om de antimisbruikbepaling toe te passen op kunstmatige stappen van een constructie, moet worden begrepen in die zin dat de omstandigheden die zich voordoen na de totstandkoming van de constructie in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling of de betrokken stap van de constructie kunstmatig is" (randnr. 37). Het Hof voegt er wel aan toe dat het omgekeerde ook waar is, dat dat argument m.a.w. in beide richtingen kan spelen: "ofschoon het dus niet aangewezen is om de beoordeling of er sprake is van rechtsmisbruik te beperken tot de totstandkoming van de betrokken constructie, kan bij de vaststelling of sprake is van misbruik, niet worden voorbijgegaan aan de omstandigheden op het moment van die totstandkoming of, in ieder geval, aan de omstandigheden die aan de betrokken stap van de constructie voorafgingen en die in casu bestonden uit de in het hoofdgeding aan de orde zijnde uitkering van dividenden" (randnr. 38).

Zo'n omvattende beoordeling van de constructie in alle opeenvolgende stappen, van de totstandkoming van de constructie tot het moment van de uitkering van de dividenden, is volgens het Hof trouwens in overeenstemming met de letterlijke bewoordingen van de antimisbruikbepaling, namelijk dat de beoordeling van het kunstmatige karakter van de constructie moet gebeuren met "alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen". En in dezelfde zin verwezen de (genoemde) Deense arresten van het Hof ook naar het onderzoek van *alle* feiten om na te gaan of de bestanddelen van misbruik aanwezig zijn.

Het antwoord van het Hof is dan ook dat het *niet* in overeenstemming is met de antimisbruikregel van de moeder-dochterrichtlijn om alleen de situatie ten tijde van de dividenduitkering in aanmerking te nemen om een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming te kwalificeren als 'kunstmatige constructie', terwijl de oprichting van de dochter gebeurde om geldige zakelijke redenen en de realiteit van haar activiteit vóór de datum van de uitkeringen niet betwist wordt.

Derde vraag: strikte of ruime benadering belastingvoordeel?

Aan het subjectieve element van misbruik is voldaan als het nagestreefde doel bestaat uit het verkrijgen van een "belastingvoordeel" dat het doel en de strekking van de moeder-dochterrichtlijn ondergraaft. De derde prejudiciële vraag nodigde het Hof uit de contouren van dat begrip 'belastingvoordeel' nauwkeuriger te definiëren: is er sprake van een 'belastingvoordeel' zodra aanspraak wordt gemaakt op de vrijstelling waarin de moeder-dochterrichtlijn voorziet (wat trouwens ook het standpunt is dat België innam in zijn tussenkomst in deze zaak)? Of moet er (ook) rekening worden gehouden met het algehele fiscale effect van de constructie, dus met *alle* fiscale gevolgen (op elk niveau, dus elke keten van de

constructie)?

Het Hof herinnert aan de twee voorwaarden die volgens de antimisbruikbepaling zelf vervuld moeten zijn om een belastingvoordeel van de richtlijn te kunnen/moeten weigeren: i) het moet gaan om een kunstmatige constructie, d.w.z. die niet is opgezet om “geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen”, ii) de constructie is opgezet “met als hoofddoel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel van de betrokken richtlijn ondermijnt”. Het Hof verwijst ook naar de Deense arresten, waarin het die voorwaarden vertaald heeft naar een dualiteit van objectieve en subjectieve vereisten: “enerzijds [is] een geheel van objectieve omstandigheden vereist waaruit blijkt dat, in weerwil van de formele naleving van de door de Unieregeling opgelegde voorwaarden, het door deze regeling beoogde doel niet is bereikt, en anderzijds een subjectief element, namelijk de bedoeling om een door de Unieregeling toegekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat”.

Het Hof leidt daaruit af dat men – in het geval van een belastingvoordeel dat het doel van de richtlijn voorbijschiet – niet tot misbruik kan besluiten *alleen maar* op basis van de vaststelling dat de dochter ‘kunstmatig’ is (wegens onvoldoende personeel en middelen en het ontbreken van een reële economische activiteit). Want dan betreft men het subjectieve element niet in de beoordeling (“dan zou het subjectieve element dat verband houdt met het belastingvoordeel ... niet als een afzonderlijk element voor de kwalificatie van rechtsmisbruik in aanmerking worden genomen”). “De kwalificatie van de dochteronderneming als een kunstmatige constructie volstaat namelijk niet om aan de moedermaatschappij de vrijstelling van vennootschapsbelasting te weigeren over dividenden die zij van de dochteronderneming ontvangt”, krachtens de betrokken antimisbruikbepaling (randnr. 48-49).

Vervolgens focust het Hof op het begrip ‘belastingvoordeel’. Daarbij rijst de vraag of het moet gaan om een belastingvrijstelling *uit de richtlijn* (zoals Litouwen, België en Frankrijk aanvoerden) of – breder – om een belastingbesparing *in het algemeen* (het standpunt van de betrokken belastingplichtige en de Commissie). In dat laatste geval zou men de vraag moeten stellen “of die vennootschap, gelet op het verschil in het tarief van de vennootschapsbelasting tussen het Verenigd Koninkrijk en Litouwen, een ‘belastingbesparing’ heeft gerealiseerd”. Het argument van de belastingplichtige was concreet dat het tarief van de vennootschapsbelasting in het VK hoger is dan in Litouwen en dat daaruit volgt dat de vestiging in het VK niet geopend was om fiscale redenen.

Het Hof volgt die redenering. Uit de formulering van de antimisbruikbepaling volgt volgens het Hof niet dat het belastingvoordeel “geïsoleerd moet worden beoordeeld”. “Integendeel”: de letterlijke vereiste om alle feiten en omstandigheden in aanmerking te nemen, “pleit ervoor om rekening te houden met *het algehele fiscale effect* van de opgezette constructie in de betrokken lidstaat” (randnr. 52). Daarom is het feit dat de winst van de dochter in het Verenigd Koninkrijk aan een hoger belastingtarief is onderworpen dan de vennootschapsbelasting die in Litouwen zou zijn toegepast, wel degelijk relevant, “naast andere gegevens”, om te beoordelen of het hoofddoel of een van de hoofddoelen van het bestaan van de dochter ten tijde van de dividenduitkeringen erin bestond een belastingvoordeel te verkrijgen in de zin van de antimisbruikbepaling van de moeder-dochterrichtlijn (randnr. 54).

Het Hof beantwoordt de derde prejudiciële vraag dus ontkennend, in deze zin dat “wanneer een moedermaatschappij dividenden heeft ontvangen van een dochteronderneming die als een kunstmatige constructie wordt gekwalificeerd, louter die kwalificatie niet volstaat om vast te stellen dat de moedermaatschappij door de ... vrijstelling ... voor deze dividenden een belastingvoordeel heeft verkregen dat het doel of de toepassing van deze richtlijn ondermijnt”. Er moet integendeel dus ook hier, om te bepalen of er een belastingvoordeel is, gekeken worden naar het bredere plaatje, met name het “algehele fiscale effect” van de opgezette constructie [In dat opzicht lijkt de test ons vergelijkbaar met die onder DAC 6 (meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies): de *Main Benefit Test* (MBT)]. Ook die test moet verzekeren dat het hoofddoel of een van de hoofddoelen die men redelijkerwijs kan verwachten van de constructie, het verkrijgen van een ‘belastingvoordeel’ is. Zie D.-E. Philippe in *Fisc. Act. 2021, 3/1* en D.-E. Philippe en A. Nollet, *DAC 6 et la déclaration des dispositifs transfrontières agressifs de planification fiscale: qui, quand, quoi, comment, pourquoi?*, Luxemburg/Limal, 2023, 161-162.].

‘Tweesnijdende’ lessen uit het arrest

De drie lessen uit dit arrest kunnen we als volgt samenvatten:

- er kan sprake zijn van een ‘kunstmatige constructie’ niettegenstaande het feit dat de in een andere lidstaat gevestigde dochter geen ‘doorstroomvennootschap’ (*conduit company*) is en de door haar in de vorm van dividenden uitgekeerde winsten zijn gegeneerd bij haar activiteit in die andere lidstaat;
- bij het beoordelen van het ‘kunstmatige’ karakter van een constructie moet rekening worden gehouden met *alle relevante feiten en omstandigheden*, niet alleen ten tijde van (in casu) de dividenduitkering door de dochter, maar ook *voordien*, met name ten tijde van de oprichting van de dochter (bv. ‘geldige zakelijke redenen’ voor het oprichten van de dochter en de realiteit van haar activiteit);
- de kwalificatie van een dochter als ‘kunstmatige constructie’ impliceert niet automatisch dat de moeder een belastingvoordeel heeft verkregen (in casu in de vorm van een vrijstelling voor de van de dochter ontvangen dividenden) *dat het doel en de toepassing van de (moeder-dochter)richtlijn ondermijnt*. Voor de beoordeling van dat laatste moet rekening worden gehouden met het “algehele fiscale effect” van de vestiging van de dochter in de andere lidstaat (met name het tarief van de vennootschapsbelasting in de lidstaat van de dochteronderneming).

Volgens ons hebben die drie lessen één gemene deler: dat wetgevers, rechters en belastinginspecties de zaken in hun volledige complexiteit en in hun geheel moeten zien (in tijd en ruimte), i.p.v. zich te beperken tot een of ander aspect, moment of effect van de constructie in het bijzonder. Die benadering, die we holistisch, dynamisch en pragmatisch kunnen noemen, kan de balans zowel in de ene als in de andere richting doen doorslaan, kan dus zowel positief als negatief uitdraaien voor de belastingplichtige:

- dat de dochter geen doorstroomvennootschap is en wel degelijk een reële activiteit heeft (gehad), is niet doorslaggevend (het is slechts een van de vele illustraties van misbruik);
- dat er geldige zakelijke redenen aan de oorsprong liggen (van de oprichting van de dochter) maar evengoed dat die redenen niet meer bestaan op een later tijdstip (met name bij de uitkering van de dividenden), is al evenmin doorslaggevend (in geen enkele richting). We moeten de zaken dynamisch bekijken in de tijd, van de start van de constructie tot aan het betalen van de dividenden;
- dat de winst van de dochter in de andere lidstaat hoger belast wordt dan in de lidstaat van de moeder, is een relevant element. We moeten immers het “algehele fiscale effect” van de constructie op alle heffingsniveaus bepalen.

Maar we moeten behoedzaam omgaan met die lessen omdat het volgens ons telkens gaat om een tweesnijdend zwaard. In het bijzonder het feit dat we, voor het beoordelen van zakelijke redenen en de reële activiteit, ons niet mogen beperken tot het moment van de oprichting van de dochter, maar ook niet tot het moment van de uitkering van dividenden, is een mes dat aan twee kanten snijdt. Bijvoorbeeld:

- een moedermaatschappij waarvan de dochter ten tijde van de dividenduitkering geen echte reële economische activiteit meer heeft, kan de kwalificatie van misbruik misschien nog ontlopen door te herinneren aan de zakelijke redenen die er ooit wel degelijk waren voor de oprichting van de dochter en daarna haar voortbestaan gedurende ettelijke jaren;
- anderzijds kan de fiscus van de lidstaat van de moeder (of die van de dochter als het gaat om het andere voordeel van de richtlijn: de vrijstelling van bronbelasting) het verwijt van misbruik kracht bijzetten door in te roepen dat een dochter die aanvankelijk zeker economische bestaansredenen had, ze al lang kwijt was op het moment dat de voordelen van de richtlijn werden toegepast op een dividenduitkering door die dochter.

Er is dus geen enkel automatisme, in de ene noch in de andere richting. Want we moeten de zaken in hun context bekijken, grondig, in een lang tijdsbestek en hun hele complexiteit, en niet oppervlakkig, op één bepaald moment en van één kant, noch met een micro-benadering.

Ook al Belgische rechtspraak

Dat alles doet denken aan de Belgische Primus-zaak (Gent 1 december 2020, bevestigd door Cass. 30 november 2023 voor zover er materieel sprake is van Europees recht) [N. Bammens, “Fiscaal misbruik: het Unierecht als oorsprong en als leidraad”, *TFR* 2021, afl. 605, 694; T. Jansen, “Belgisch hof dipt toepassing algemene antimisbruikbepaling in Europese saus”, *Fisc. Act.* 2020, 42/4; D.-E. Philippe en A. Nollet,

“L’abus fiscal à la croisée des chemins du droit européen: application à une planification fiscale internationale impliquant des holdings étrangères”, *RGFCP* 2022.3-4, 15; S. Van Crombrugge, “Misbruik bij internationale belastingplanning”, *Fisc.* 2021, afl. 1687, 9; Id., “Cassatie preciseerd invloed van Europees misbruikverbod”, *Fisc.* 2024, afl. 1821, 11; D.-E. Philippe en D. Seutin, “Hof van Cassatie verijnt zijn rechtspraak over het algemene Europese antimisbruikbeginsel”, *Fisc. Act.* 2024, 7/1.]. In die zaak paste het hof van beroep het Europese antimisbruikbeginsel (à la ‘Deense arresten’) op tamelijk opmerkelijke wijze toe op een complexe internationale constructie. Die omvatte een dubbele holding, met daartussen een nieuwe Luxemburgse holding, met weinig substantie, bovenop een andere Belgische vennootschap, om zo kunstmatig van de moeder-dochterrichtlijn te kunnen profiteren. Het Gentse hof zag misbruik van de moeder-dochterrichtlijn in het feit dat de Belgische vennootschap dankzij de constructie de roerende voorheffing op twee uitkeringen (de kapitaalvermindering en een dividenduitkering) kon vermijden [Dat was in 2012, dus vóór de inwerkingtreding van huidig art. 344 § 1 WIB 92 maar ook van de antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn zoals omgezet in Belgische wetgeving (in casu art. 266 lid 4 WIB 92 voor het niet verzaken aan de roerende voorheffing op dividenden), met inwerkingtreding op 1 januari 2017.]. We gaan hier niet in op de fel gecontesteerde toepassing ‘met terugwerkende kracht’ van het Europese antimisbruikbeginsel op feiten die dateren van vóór de (‘Deense’) arresten van het Hof van Justitie over het thema. Maar voor ons betoog is die zaak interessant omdat ze al aantoonde dat louter het bestaan van niet-fiscale economische redenen voor de constructie niet altijd volstaat om misbruik te ontkennen.

In casu leverde de intrede van een derde investeerder in de Luxemburgse holding (die daardoor een *joint venture* werd) een economische rechtvaardiging voor de oprichting ervan. Maar dat argument woog te licht in een onderzoek *in concreto* van alle relevante feiten en omstandigheden van de *algehele (feitelijke) context*, na een *globale analyse en afweging* van alle aanwijzingen van misbruik. Het feit dat er wel degelijk economische motieven waren voor de oprichting van de Luxemburgse holding, sluit misbruik dus niet uit volgens het Gentse hof, gezien het misbruik dat er later van wordt gemaakt (aangezien de holding daarna dient als doorstroomvennootschap met de bedoeling om de winsten en interne meerwaarden binnen de groep belastingvrij te laten toekomen aan de aandeelhouders). Die benadering van het hof van beroep van Gent lijkt ons in overeenstemming met de holistische en pragmatische benadering van het Hof van Justitie in het hier becommentarieerde arrest. Dat is overigens vrij logisch aangezien het Gentse hof, in zijn beoordeling van het misbruik in kwestie, zich liet inspireren door de Deense arresten van het Hof van Justitie, waarin dat Hof ook al die holistische benadering voorstond, maar dan wel voor het algemene antimisbruikbeginsel van het EU-recht (en nog niet de antimisbruikmaatregel van de moeder-dochterrichtlijn).

Tot slot kunnen we nog een verband leggen met twee recentere Belgische uitspraken, die de antimisbruikbepaling van de moeder-dochterrichtlijn zoals omgezet in Belgische wetgeving moesten toepassen, in het ene geval op artikel 203, § 1, lid 1, 7° WIB 92 (uitsluiting van de DBI-regeling bij de moeder), in het andere op artikel 266, lid 4 WIB 92 (geen RV-vrijstelling voor de uitkerende dochter).

In een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Antwerpen van 25 maart 2024 [N. Van Gils, S. Saadaoui en S. Debusscher, “Partiële splitsing gevolgd door verkoop van aandelen: geen fiscaal misbruik”, *Fisc. Act.* 2024, 34/1; D.-E. Philippe en A. Nollet, “Scission partielle suivie de la cession des actions d’une société ne détenant plus que des biens immobiliers: ni montage non authentique, ni abus fiscal ...”, *JDF* 2025, nog te verschijnen.] weigerde de fiscus aan een holding de vrijstelling van de meerwaarde bij een aandelenoverdracht van haar dochter (art. 192 WIB 92) na een partiële splitsing, omdat de operatie neer zou komen op een kunstmatige constructie. De fiscus baseerde zich daarvoor o.m. op de antimisbruikbepaling van de DBI-regeling (art. 203 § 1, 7° WIB 92), die ook van toepassing is (door verwijzing naar art. 192) op de vrijstelling van meerwaarden op aandelen. De Antwerpse rechter verwierp het standpunt van de fiscus omdat er ‘geldige economische redenen’ bestonden voor de operatie. In casu paste de splitsing in twee afzonderlijke afdelingen perfect in de strategie van de beoogde reorganisatie op groepsniveau (zoals toegelicht in de notulen van de raad van bestuur), en vermeed men door de aandelen van de gesplitste vennootschap te verkopen, i.p.v. de gebouwen, dat men opnieuw moest onderhandelen over alle lopende contracten van de vennootschap.

In een recenter vonnis van 21 oktober 2024 [A.M. Vandekerckhove, “Passieve holding gebruiken maakt misbruik van Moeder-dochterrichtlijn uit”, *Fisc. Act.* 2025, 9/1.] bevestigde de rechtbank van eerste aanleg van Brugge de weigering van de fiscus om de vrijstelling van roerende voorheffing toe te kennen (art. 106 §

6 KB/WIB 92) voor een dividend dat een Belgische operationele vennootschap uitgekeerd had aan haar overnemer, een (bestaande maar inactieve) Belgische holding – die niet gecontroleerd werd door de verkoper [Het is opmerkelijk dat de overnemer een derde was t.o.v. de verkoper. De aandelen van de operationele vennootschap werden overgekocht door een natuurlijke persoon (voor 1 %) en door een holding die hij controleerde (voor 99 %). Sinds het Antwerpse arrest van 6 september 2022 weten we dat de verkoop van aandelen aan derden aangevallen kan worden op basis van artikel 344, § 1 WIB 92, in het bijzonder als er overtollige liquide middelen zitten in de overgedragen vennootschap en haar dochters (zie D.-E. Philippe en A. Nollet, “Abus fiscal: deux décisions intéressantes au Sud et au Nord du pays sur des opérations de cessions d'actions à une holding”, *TFR* 2023, afl. 646, 695). In de praktijk pakt de fiscus het vaakst de verkoper aan, via herkwalificatie van een deel van de verkoopprijs in een belastbaar dividend (afzonderlijk belastbaar aan 30 % in de PB). Dat Brugse vonnis toont aan dat ook de *overnemende* groep niet beschermd is tegen een belastingherziening. In de Brugse zaak vorderde de fiscus de roerende voorheffing terug van de operationele vennootschap (*target*) – die een dividend had uitgekeerd na de aankoop – waarvan de aandelen waren overgekocht door de holding van de overnemende groep.]. De fiscus riep daarvoor de antimisbruikbepaling van de moeder-dochterrichtlijn in (zoals omgezet in Belgische wetgeving in art. 266 lid 4 WIB 92) [Deze zaak betrof (wellicht om procedurele redenen) niet de DBI-aftrek (op het niveau van de holding, die de dividenden van de operationele vennootschap ontving), maar dezelfde redenering had kunnen leiden tot het weigeren van de DBI-aftrek (wegens kunstmatige constructie: art. 203 § 1, 7° WIB 92)]. In casu werd het gebruik van een louter passieve holding (doorstroomvehikel voor de operationele vennootschap) door de Brugse rechter gekwalificeerd als kunstmatig, omdat er geen economische redenen waren voor de constructie [Volgens de rechtbank waren er geen geldige economische redenen voor het gebruik van een holding om aandelen te kopen in de operationele vennootschap (vs. het direct verwerven van aandelen van de operationele vennootschap door de natuurlijke persoon die de overnemende holding controleert)].

In die twee vonnissen was het niet nodig de lessen van het Nordcurrent-arrest toe te passen (of beter: de rechters hoefden er niet op vooruit te lopen) omdat de complexe feiten van die twee zaken duidelijk waren: in het ene geval waren er duidelijk geldige economische redenen, in het andere totaal niet (louter passieve holding).

Denis-Emmanuel Philippe
advocaat-vennoot (Bloom Law), docent ULiège

Aymeric Nollet
advocaat (Bloom Law), professor ULiège

Over deze akte

Hof van Justitie over kunstmatige constructie: holistische benadering en tweesnijdend zwaard



Afkondigingsdatum: 20/01/2025

 Versie 2025