

# Recente ontwikkelingen inzake antimisbruik

---

## Een wandeling door het doolhof van de antimisbruikregels

Henk Vanhulle

IFA vergadering 27 februari 2024



1

## Inleiding



# Topics

---

1. Belgische antimisbruikbepalingen
2. Antimisbruik onder ATAD (Artikel 6)
3. Antimisbruikbeginsel onder het Unierecht
4. *Danish cases*
5. Arrest van het Hof van Cassatie inzake Alliance Laundry

# 2

## Belgische antimisbruikbepalingen



# Algemene antimisbruikbepaling (Artikel 344 §1 WIB)

---

## Voorwaarden

Er is fiscaal misbruik indien bij een rechtshandeling (of geheel van rechtshandelingen dat een zelfde verrichting tot stand brengt) waarbij debelastingplichtige zichzelf buiten het toepassingsgebied van een specifieke fiscale bepaling plaatst of er aanspraak wordt gemaakt op een belastingvoordeel, telkens in strijd met de bedoeling van die bepaling

## Gevolg

De betrokken rechtshandeling(en) zijn niet tegenstelbaar aan de Administratie die de fiscale situatie mag herstellen alsof er geen misbruik heeft plaatsgevonden

## Bewijs

De Administratie moet bewijzen dat aan de voorwaarden is voldaan. De belastingplichtige kan het tegenbewijs leveren door aan te tonen dat de transactie om andere motieven dan belastingontwijking is aangegaan

# Hogere rechtspraak i.v.m. Artikel 344, §1 WIB

---

## ➤ GWH 30/10/2013:

- de verrichting moet in strijd zijn met de doelstellingen die de wetgever met de betrokken fiscale bepaling heeft nagestreefd, en moet niet alleen maar vreemd zijn aan dergelijke doelstellingen;
- de doelstellingen moeten op voldoende duidelijke wijze blijken uit de tekst en, in voorkomend geval, uit de parlementaire voorbereiding van de van toepassing zijnde wetsbepaling.
- 344,§1 WIB92 laat aan de Administratie toe om de juridische situatie te herstellen alsof er geen misbruik heeft plaats gevonden.
- 344,§1 WIB92 laat **niet** toe om belasting te heffen op basis van de economische realiteit (tenzij dit de duidelijke bedoeling is van de wetgever)
- deze « juridische » benadering is bevestigd door de hoven van beroep te Gent, Antwerpen, Luik en Bergen

# Bijzondere antimisbruikbepalingen in het WIB

## Interest

- > Art. 18, 4°
- > Art. 54 en 55
- > Art. 198, 10°, 11°, 11°/1
- > Art. 198/1

## Betalingen aan niet-coöperatieve jurisdicties

- > Art. 54
- > Art. 198, 10°
- > Art. 228, §3
- > Art. 344, §2

## Weigering kostenafrek

- > Art. 54
- > Art. 198, §1, 10°

## Verrekenprijscorrecties

- > Art. 26
- > Art. 54
- > Art. 79
- > Art. 185, §2

## Hybride mismatches

- > Art. 185, §2/1
- > Art. 198, §1, 10°/1 – 10/4°

## Dividenden

- > Art. 203, §1, 7°
- > Art. 266, 4° lid

## Herstructurerings

- > Art. 183bis

## Kaaimantaks

- > Art. 5/1, §1

## CFC regels

- > Art. 185/2

## Andere bijzondere antimisbruikbepalingen

# 3

## Antimisbruik onder ATAD (Artikel 6)





## Artikel 6 ATAD (algemene antimisbruikregel)

---

1. *Voor de berekening van de verschuldigde vennootschapsbelasting laten de lidstaten een **constructie** of een reeks van constructies buiten beschouwing die is **opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht ondermijnt, en die, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, kunstmatig is.** Een constructie kan uit verscheidene stappen of onderdelen bestaan.*
2. *Voor de toepassing van lid 1 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.***
3. *Wanneer een constructie of een reeks van constructies overeenkomstig lid 1 buiten beschouwing wordt gelaten, wordt de belastingschuld berekend op grond van het nationale recht.*

# Geen omzetting in Belgisch recht

---

- > In België: geen omzetting want volgens de Minister van Financiën kan op grond van artikel 344, §1 WIB “*in dezelfde gevallen een rechtshandeling buiten beschouwing worden gelaten*”
- > Verplichting om artikel 344, §1 WIB conform Artikel 6 ATAD te interpreteren?

# Materieel en temporeel toepassingsgebied van Artikel 6 ATAD

---

## 1. Artikel 6 ATAD is alleen van toepassing op de vennootschapsbelasting

- ATAD is van toepassing op Venn.B. , BNI-Venn., bronheffingen door vennootschappen

## 2. Temporeel toepassingsgebied

- ATAD: “[Lidstaten] passen die bepalingen toe vanaf 1 januari 2019”
- Dus zelfs bij een behoorlijke omzetting (?) heeft artikel 6 ATAD geen impact op rechtshandelingen gesteld vóór 1 januari 2019
- ATAD heeft geen retroactieve werking i.t.t. het Unierechtelijk antimisbruikbeginsel

# Moet Artikel 344 §1 WIB conform ATAD worden geïntepreteerd?

---

- **Materieel en temporeel toepassingsgebied zijn verschillend**
- **Geen toepassing mogelijk op zuiver interne situaties**
  - > geen Leur-Bloem interpretatie mogelijk
- **Tekst is verschillend**
  - Objectief element: belastingplichtige moet een voordeel ontvangen “*dat het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht ondermijnt*” (≈ artikel 344, §1 WIB)
  - Subjectief element: één van de hoofddoelen van de *kunstmatige* constructie is het verkrijgen van een fiscaal voordeel
    - Een constructie wordt als kunstmatig beschouwd voor zover “*zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen*” ↔ artikel 344, §1 WIB: andere motieven mogelijk (persoonlijke of familiale overwegingen)
    - Richtlijnconforme interpretatie van subjectief element niet mogelijk, want verboden *contra legem* interpretatie
    - Verbod van omgekeerde verticale werking

# 4

## Antimisbruikbeginsel onder het Unierecht



# Wanneer is er sprake van Unierechtelijk misbruik *in fiscalibus*?

---

Het bewijs van Unierechtelijke misbruik vereist:

- > **Objectief element:** een geheel van objectieve omstandigheden waaruit blijkt dat in weerwil van de formele naleving van de door de Unieregeling opgelegde voorwaarden het door deze regeling beoogde doel niet werd bereikt; en
- > **Subjectief element:** de bedoeling om een door de Unieregeling toegekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat.

# Evolutie in de rechtspraak van het HJEU

---

- > **HJEU *Emsland Stärke***: een belastingplichtige kan niet van “*een uit het gemeenschapsregeling voortvloeiend voordeel*” genieten indien er sprake is van fiscaal misbruik
- > **HJEU *Kofoed***: toepassing antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn bij gebrek aan internrechtelijke omzettingbepaling wanneer een antimisbruikbepaling voorhanden is die geïnterpeteerd kan worden in overeenstemming met de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn
- > **HJEU *Deense zaken***: toepassing van het Unierechtelijk antimisbruikbeginsel zelfs bij afwezigheid van nationale of verdragsrechtelijke antimisbruikbepalingen

# Materieel toepassingsgebied van het antimisbruikbeginsel

---

- > Belastingplichtige verkrijgt een voordeel dat rechtstreeks voortvloeit *uit het Unierecht*
- > Directe belastingen: voordeel vloeit voort uit Fusierichtlijn, Moeder-Dochterrichtlijn of Interest- en Royaltyrichtlijn;
- > Andere gevallen: voordeel vloeit noodzakelijkerwijze voort uit de toepassing van het nationale recht → Unierechtelijk beginsel van antimisbruik kan niet worden toegepast
- > Geen verplichting om internrechtelijke antimisbruikbepalingen uit te leggen in het licht van het (ruimer geformuleerd) Unierechtelijk beginsel van antimisbruik



## Temporeel toepassingsgebied van het antimisbruikbeginsel

---

- > HJEU: Unierechtelijk antimisbruikbeginsel kan *retroactief* worden toegepast ook op feiten die plaatsvonden voor de datum waarop HJEU voor het eerst dit beginsel *in fiscalibus* heeft toegepast:
  - Quid (Unierechtelijk) rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel: belastingplichtigen moeten voldoende kennis kunnen nemen van het bestaan en de inhoud van het Unierechtelijk antimisbruikbeginsel. Dit gebeurde pas met **arrest Cussens** van 22 november 2017 (L. De Broe)
  - Quid Belgisch legaliteitsbeginsel, rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en beginsel van niet-retroactiviteit?
- > Cassatie in zaak Alliance laundry : geen strijdigheid met voormelde beginselen

# Gevolgen van misbruik

---

- > Zou de belastingplichtige het voordeel dat voortvloeide uit het Unierecht ook hebben ontvangen indien hij de kunstmatige transacties niet zou hebben verricht?
  - Ja → HJEU: geen fiscaal misbruik, dus geen weigering van de voordelen die voortvloeien uit het Unierecht
    - Bv. vrijstelling roerende voorheffing op grond van de Moeder-Dochterrichtlijn
  - Neen → fiscaal misbruik
- > Administratie moet zich focussen op constructies waarbij het misbruik ook ten nadele is van de Belgische staat

5

*Deense zaken*



# EU rechtspraak – de Deense zaken

---

## Vraag

Kunnen dividenden of interesten betaald door een Deense vennootschap aan een in de EU gevestigde vennootschap met uiteindelijke moedermaatschappij in een derde land genieten van de vrijstelling van roerende voorheffing?

## Misbruiktest

- Administratie moet objectief en subjectief element van fiscaal misbruik aantonen. Test van de uiteindelijke genierter maakt deel uit van het Unierechtelijk antimisbruikbeginsel

## Criteria aangevoerd door HJEU bij beoordeling misbruik

- Inkomsten worden kort na ontvangst doorgestroomd naar een vennootschap die niet kan genieten van vrijstelling van bronheffing op grond van MD RL of IR RL
- Pure doorstroomvennootschap: er wordt rekening gehouden met management, balans, kostenstructuur, personeel, gebouwen en uitrusting, etc.
- Contractuele of juridische verplichting om interest/dividend door te geven; of, bij afwezigheid van dergelijke verplichting, de genierter van dit inkomen heeft in wezen niet het recht om dergelijke inkomsten te gebruiken en ervan te genieten

# Deense zaken: verwijzing naar Deense rechter

---

## > Deens Hooggerechtshof:

- Cypriotisch/Zweeds/Luxemburg: **geen reël recht van vrije beschikking over ontvangen dividenden of interest** (⇔ juridische verplichting)
- **Effectieve betaling van interest irrelevant** / interest toegevoegd aan hoofdsom van de lening en mogelijk later omgezet in eigen vermogen
- Bv. **geen andere activa/substantie** => dividenden ontvangen door Cypriotische vennootschap gebruikt om schulden bij Bermuda-moeder te betalen. Deze laatste investeerde de interest in obligaties gedurende 5 maanden alvorens die gelden uit te keren als dividend aan de US Moeder.
- Ruimte voor **'doorkijkbenadering'** bij BO in andere EU lidstaat of in belastingverdragsland (voorziet in vrijstelling van roerende voorheffing)

6

## Alliance Laundry arrest



# De Alliance Laundry-zaak

---

1

**Hof van beroep Gent** (1/12/2020) besloot onder meer als volgt:

- ✓ Hof oordeelde ex officio dat de vrijstelling van roerende voorheffing op dividenden moet worden geweigerd op grond van het Unierechtelijk beginsel van verbod van misbruik. Het Hof moest zich op dit Unierechtelijk beginsel baseren omdat de "nieuwe" versie van artikel 344, §1 WIB ratione temporis niet kon worden toegepast (aangezien deze pas vanaf 2012 van toepassing was en de feiten van de zaak dateren van vóór dit tijdstip)
- ✓ Hof weigerde de fiscale neutraliteit van een fusie

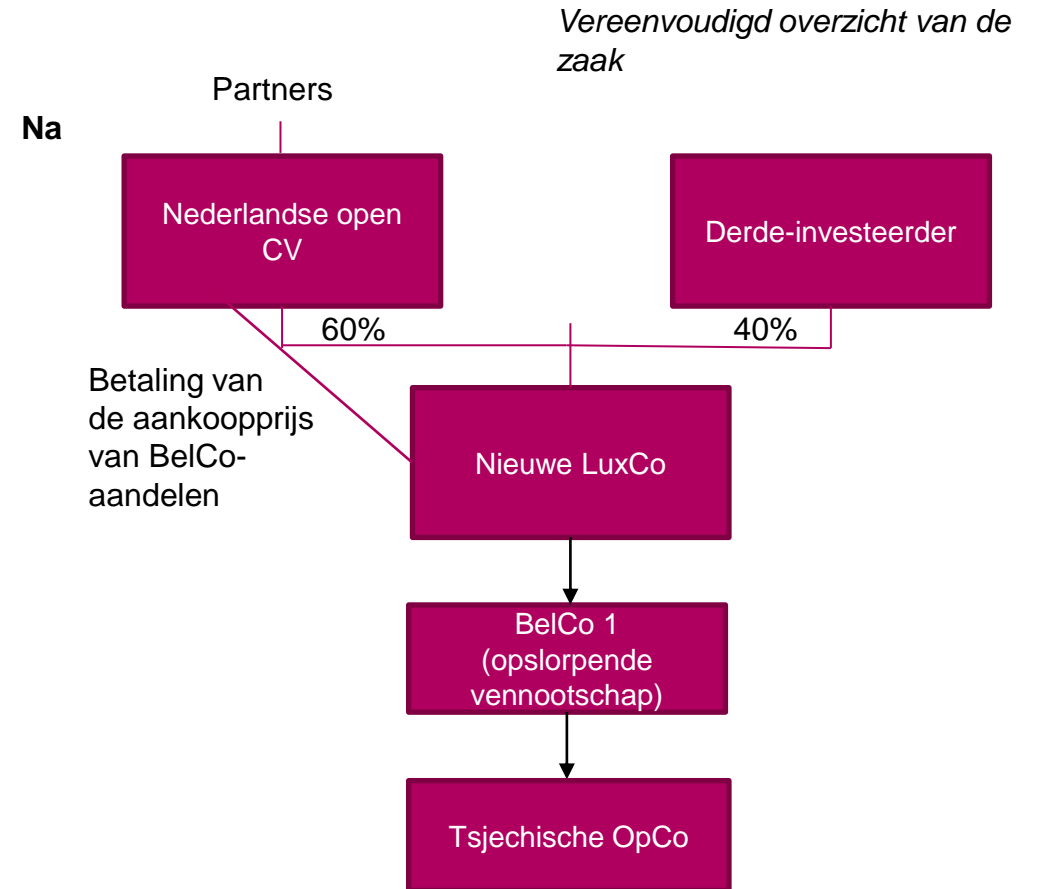
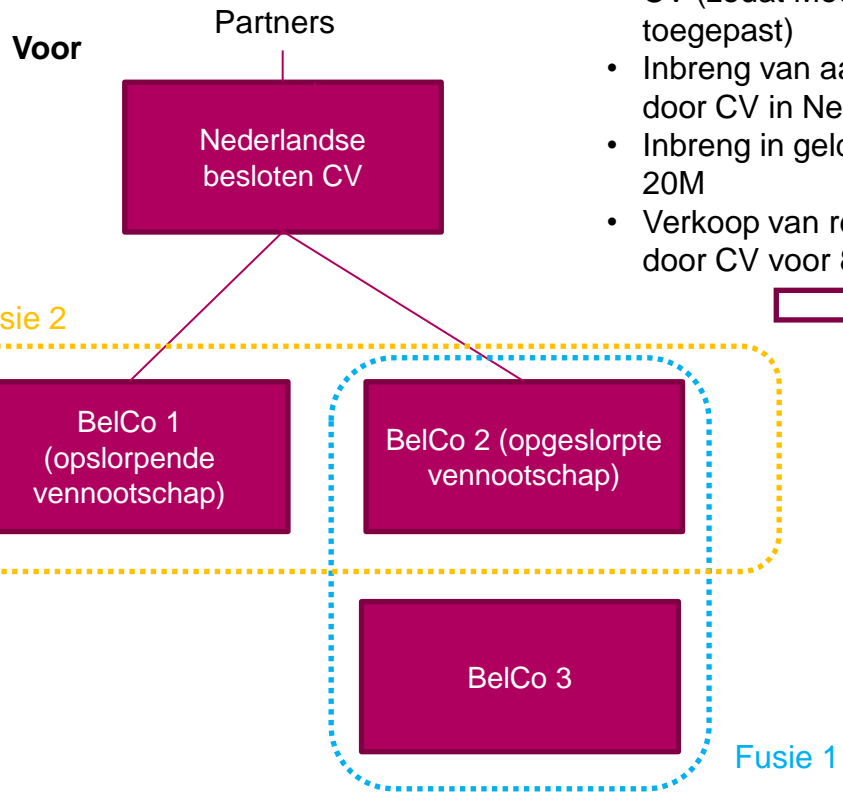
2

**Hof van Cassatie** (30/11/2023) bevestigde de beslissing van Gent (behalve m.b.t. de RV op een terugbetaling van volgestort kapitaal)

# De Alliance Laundry-zaak – complexe feiten 1/1

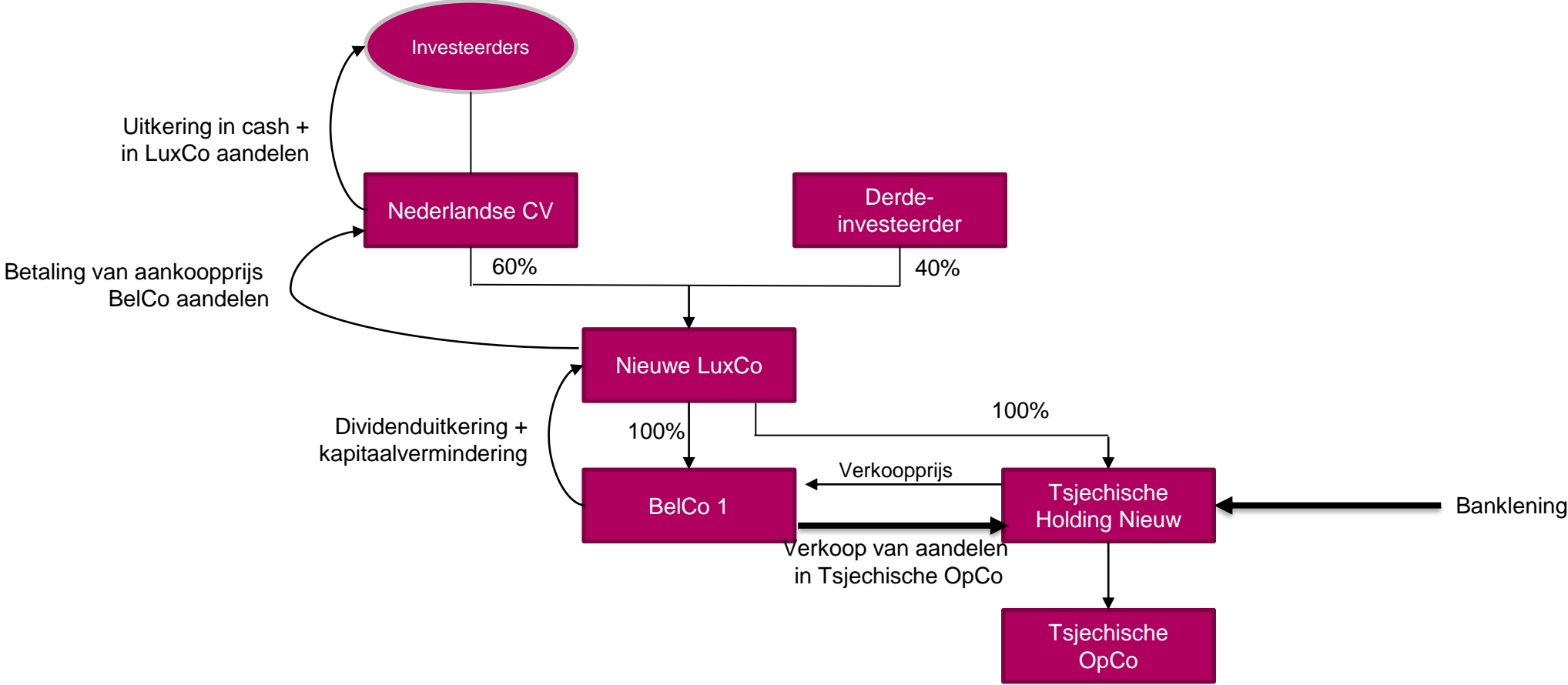
## Intrede van derde investeerder

- Oprichting van Luxemburgse joint venture
- Omzetting van Nederlandse besloten CV in open CV (zodat Moeder-Dochterrichtlijn kon worden toegepast)
- Inbreng van aandelen in BelCo 1 (waarde 30M) door CV in New LuxCo
- Inbreng in geld door nieuwe investeerder van 20M
- Verkoop van resterende aandelen in BelCo 1 door CV voor 81M





# De Alliance Laundry-zaak – complexe feiten 2/2



# Hof van beroep Gent dd.1/12/2020

---

- > Hof verwierp RV vrijstelling op dividenden en fiscale neutraliteit van één van de fusies
- > Arrest sterk gebaseerd op feiten. Hof stelt het onder meer het volgende vast:
  - *“cascade van rechtshandelingen waarvan het doel zonder enige twijfel is het opstromen van de waarde aan de uiteindelijke aandeelhouders”*
  - *“zeer snelle instroom, doorstroom en uitstroom van de externe financiering naar de uiteindelijk gerechtigde aandeelhouders”*
  - Verklaringen van de manager: *“Ik heb een vermogen opgebouwd, niet door het ontvangen van dividenden of interest, maar altijd met meerwaarden op aandelen”* en *“de conversie van de Nederlandse CV werd gedaan met als doel belastingvrije uitkeringen aan de investeerders mogelijk te maken”*
  - Gebrek aan substantie van de JV in Luxemburg; geen aanwezigheid van de groep in Luxemburg
  - Gebrek aan economische rechtvaardiging van andere transacties (bv. fusies, verkoop aandelen met schuldfinanciering, kapitaalvermindering) – kostenbesparing als reden voor afwikkelen van complexe holdingstructuren die een paar jaar eerder zijn opgezet is volgens Hof geen relevante of sterke rechtvaardiging
- > In wezen: *substance over form* approach, waarbij Hof zich zeer sterk focuste op doelstelling cash op te stromen naar de uiteindelijke initiële investeerders van de Nederlandse CV (Belgische inwoners; Amerikaanse fondsen en individuen, Zwitserse investeerders, enz.)

# Rechtsvragen behandeld door het Hof van beroep

---

## > **Bredere context en intenties van andere personen/entiteiten zijn van belang voor de misbruiktest**

- Volgens het Hof “*kan er geen twijfel bestaan dat het de **bedoeling was van appellante** om via de geïmputeerde rechtshandelingen aan de uiteindelijke gerechtigden belastingvrij een dividend uit te keren*”.
- Appellante (= BelCo1) was juridisch geen partij bij de betaling van de koopprijs door LuxCo JV aan CV en de uitkering van de CV aan de investeerders.
- Bij beoordeling van subjectieve en objectieve elementen kan rekening worden gehouden met alle transacties binnen de groep en niet alleen met transacties uitgevoerd door BelCo1
- Hoewel de Nederlandse CV genoten zou hebben van dezelfde RV vrijstelling, werd rekening gehouden met belastingvrij opstromen van cash naar investeerders

# Rechtsvragen behandeld door het Hof van beroep

---

- > **Het gebruik van een tussenholding kan misbruik opleveren, zelfs als de holding om zakelijke redenen is opgericht:**
  - *“de intrede van de derde investeerder kan (...) wel een economische verklaring verstrekken voor het bestaan van een vehikel dat dient als joint venture”*
  - *“een zakelijk belang of economische verantwoording voor de ene verrichting versterkt [verstrekt?] niet noodzakelijk een valabele verantwoording voor (alle) andere verrichtingen”*
  - Zelfs als een tussengeplaatse holding wordt opgericht voor een reëel zakelijk doel (d.w.z. een joint venture met een derde partij), kan er nog steeds sprake zijn van misbruik als de tussenholding wordt “gebruikt” om op een belastingvrije manier winst op te stromen naar de uiteindelijke aandeelhouders
  - de JV werd opgericht in Luxemburg, waar de groep voorheen niet aanwezig was. Er lag geen bewijs voor van substantie van de JV volgens het Hof

# Rechtsvragen behandeld door het Hof van beroep

---

- > **Het Unierechtelijk beginsel van verbod op misbruik kan worden toegepast ongeacht het tijdstip waarop het misbruik heeft plaatsgevonden**
  - Het Unierechtelijk beginsel is slechts een onderdeel van de interpretatie van het Unierecht (zoals het altijd had moeten zijn)
  - de belastingplichtige kan zich dus niet beroepen op het beginsel van rechtszekerheid of gewettigd vertrouwen, zelfs niet voor feiten/transacties die hebben plaatsgevonden voordat het HJEU in 2019 uitspraak deed in de Deense zaken

# Arrest van het Hof van Cassatie dd. 30/11/2023

---

- > **Middel: objectief element en subjectief element van misbruik kunnen niet worden beoordeeld in handen van personen die niet betrokken waren bij de dividenduitkering**
  - Beslissing: dit argument wordt verworpen omdat het *“gebaseerd is op een onvolledige lezing van het arrest en mitsdien feitelijke grondslag mist”*.
- > **Middel: onjuiste toepassing van het Unierechtelijk antimisbruikbeginsel omdat het Hof erkent dat Lux JV geen volstrekt kunstmatige constructie was, aangezien er een reële zakelijke rechtvaardiging was om de JV op te richten**
  - Beslissing: dit argument wordt verworpen omdat het *“gebaseerd is op een onvolledige lezing van het arrest en mitsdien feitelijke grondslag mist”*.
- > **Middel: schending van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, aangezien het Hof het Unierechtelijk beginsel van misbruik toepast op feiten die dateren van vóór de Deense zaken**
  - Beslissing: argument wordt verworpen.

# Belangrijke take-aways bij Alliance Laundry-zaak

---

- > Afwijzing van juridische argumenten op feitelijke gronden (met zeer complexe feiten)
- > Geen juridische redenering/beslissing over de gegrondheid van de juridische argumenten over het Unierecht
- > Hof van beroep van Antwerpen moet nog beslissen over de roerende voorheffing op de terugbetaling van gestort kapitaal

## MAAR HOUD REKENING MET:

- > Een goed gedocumenteerde economische/financiële onderbouwing van rechtshandelingen in rapporten van besluitvormende organen is van groot belang
- > Mondelinge verklaringen kunnen het debat kleuren

Vragen?



Linklaters



# Contact

---

Brederodestraat 13  
B - 1000 Brussel  
Belgium  
Tel: (+32) 2 501 94 11  
Fax: (+32) 2 501 94 94

[www.linklaters.com](http://www.linklaters.com)

Linklaters LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC326345. It is a law firm authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority.

The term partner in relation to Linklaters LLP is used to refer to a member of Linklaters LLP or an employee or consultant of Linklaters LLP or any of its affiliated firms or entities with equivalent standing and qualifications.

A list of the names of the members of Linklaters LLP and of the non-members who are designated as partners and their professional qualifications is open to inspection at its registered office, One Silk Street, London EC2Y 8HQ, England or on [www.linklaters.com](http://www.linklaters.com) and such persons are either solicitors or registered foreign lawyers.

Please refer to [www.linklaters.com/regulation](http://www.linklaters.com/regulation) for important information on our regulatory position.

---