

## **Arresten Hoge Raad over uitleg en bewijslastverdeling antimisbruikbepaling bij het technisch aanmerkelijk belang in de vennootschapsbelasting**

Op 25 april 2025 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in twee samenhangende zaken over de antimisbruikregeling in de vennootschapsbelasting die voorziet in de belastingplicht voor in het buitenland gevestigde entiteiten met betrekking tot een aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde entiteit. In deze arresten geeft de Hoge Raad nadere duiding aan de bewijslastverdeling van deze antimisbruikregeling en de omstandigheden waaronder deze regeling van toepassing kan zijn. Omdat het gaat om de algemene EU-rechtelijke antimisbruikbepaling, kan deze uitleg ook relevant zijn voor andere fiscale regelingen.

### **Dividend in casu niet belast met aanmerkelijkbelangheffing in de Vpb**

Buitenlandse vennootschappen kunnen onderworpen zijn aan Nederlandse vennootschapsbelasting als zij een aanmerkelijk belang (zoals bedoeld in box 2 van de inkomstenbelasting) houden in een Nederlandse entiteit op basis van het 'technisch aanmerkelijk belang' (art. 17 lid 3 onderdeel b Wet Vpb 1969, hierna: technisch ab-regeling). De regeling heeft tot doel te voorkomen dat natuurlijke personen Nederlandse box 2-inkomstenbelasting zouden kunnen ontgaan door een aanmerkelijk belang in een Nederlandse entiteit niet rechtstreeks te houden maar via een buitenlandse entiteit, zoals een personal holding. De regeling is alleen van toepassing als sprake is van misbruik, namelijk wanneer de structuur is opgezet i) met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om Nederlandse inkomstenbelasting (en, tot 2018, dividendbelasting) te ontgaan en ii) de structuur bovendien als een kunstmatige constructie moet worden aangemerkt.

De twee arresten zien op dezelfde structuur: twee personal holdings (Nederlandse bv's) van een vader en zoon. Sinds 2007 hielden zij via hun personal holdings elk een belang in een Nederlandse operationele vennootschap. De vader was ook de bestuurder van de personal holding van de zoon. In januari 2011 was 85% van het belang in de operationele vennootschap verkocht aan een private-equityhuis. Om die verkoop te faciliteren werd een tussenholding opgericht. De personal holdings van vader en zoon hielden samen met de personal holdings van andere familieleden de certificaten van aandelen in deze tussenholding. De resterende 15% van de aandelen in de operationele vennootschap werd in deze tussenholding ingebracht. De personal holdings van de vader en zoon hielden elk 11,11% van de certificaten in de tussenholding. Eind 2011 emigreerde de vader naar Curaçao, waarmee ook de feitelijke leiding en vestigingsplaats van beide personal holdings naar Curaçao zijn verplaatst. De zoon woonde daarvoor ook al op Curaçao.

Vervolgens heeft de tussenholding eind 2015 het resterende belang van 15% in de operationele vennootschap verkocht en zijn begin 2016 de opbrengsten als dividend uitgekeerd (via de STAK) aan onder meer de twee op Curaçao gevestigde personal holdings. Ter discussie stond of de personal holdings onderworpen waren aan de vennootschapsbelasting in het kader van technisch aanmerkelijk belang ( zie art. 17 lid 3 onderdeel b Wet Vpb 1969), op basis waarvan de dividendinkomsten in 2016 belast zouden zijn.

Gerechtshof Den Haag ging eerst in op de bewijslastverdeling in dergelijke discussies. Daarbij zou het in de eerste plaats aan de inspecteur zijn om aannemelijk te maken dat er sprake is van een ontgaansmotief en van kunstmatigheid. Hierop heeft de belastingplichtige de mogelijkheid om het tegendeel aannemelijk te maken. In casu had de inspecteur wel aannemelijk gemaakt dat er was voldaan aan de subjectieve toets, die ziet op het hebben van een belastingbesparend motief, maar was belanghebbende geslaagd in het tegenbewijs ten aanzien van de objectieve toets, die ziet op het kunstmatige karakter van de structuur. De in 2007 opgezette structuur werd gezien als een gebruikelijke binnenlandse houdsterstructuur en de emigratie van de vader had vervolgens om persoonlijke (niet-fiscale) redenen plaatsgevonden. Daarmee werd deze niet als kunstmatig aangemerkt, waardoor de technisch ab-regeling volgens het hof niet van toepassing was.

Bijkomstig aspect was dat onder de tot 2016 geldende Belastingregeling voor het Koninkrijk (BRK) Nederland gerechtigd zou zijn om tot 15% belasting te heffen op de dividenden, maar dat dit heffingsrecht vanaf 1 januari 2016 – onder meer als gevolg van de verlaging van de bezitseeis naar 10% – geheel werd toegewezen aan Curaçao onder de vanaf dat moment geldende Belastingregeling Nederland Curaçao (BRNC). Dat de belanghebbenden hiermee in een gunstigere positie terecht waren gekomen, leidde er gezien het tijdsverloop tussen het opzetten van de structuur in 2007, de verplaatsing van de personal holdings naar Curaçao in 2011 en de dividenduitkering in 2016 evenmin toe dat de structuur daarmee als een kunstmatige constructie zou moeten worden aangemerkt.

### **Overwegingen Hoge Raad**

De Hoge Raad laat de hofuitspraken in stand en beslist dat er in casu geen sprake is van een kunstmatige constructie, en dat daarom de technisch ab-regeling niet van toepassing is. Het belang van het arrest overstijgt deze individuele zaak echter, omdat de Hoge Raad uitlegt hoe de antimisbruiktoets in het technisch ab werkt.

In de eerste plaats overweegt de Hoge Raad dat met de antimisbruikbepaling aansluiting is gezocht bij het EU-rechtelijke antimisbruikbegrip en dat daarmee ook jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ EU) relevant is voor uitleg van deze bepaling.

Ook voor de bewijslastverdeling sluit de Hoge Raad aan bij de jurisprudentie van het HvJ EU en stelt dat het hof de bewijslastverdeling zoals hiervoor beschreven op een juiste wijze heeft toegepast. Wel lijkt de Hoge Raad een nadere nuancering te maken, namelijk dat het in de eerste plaats aan de inspecteur is om feiten en omstandigheden te stellen op basis waarvan de technisch ab-regeling van toepassing zou zijn, waarna het aan de belastingplichtige is om deze stelling gemotiveerd te betwisten. Vervolgens zou de bewijslast weer bij de inspecteur komen te liggen, waarna de regels zoals gehanteerd door het gerechtshof van toepassing zijn en dus de bewijsrechtelijk zwaardere bewijslast van 'aannemelijk maken' gaat gelden voor beide partijen.

Daarnaast herhaalt de Hoge Raad ook enkele elementen die hij relevant acht als aanwijzingen voor misbruik van Unierecht, meer specifiek wanneer een entiteit als 'doorstroomvennootschap' fungeert. Dit is een vennootschap die zich uitsluitend

bezighoudt met het ontvangen en doorbetalen van dividenden. Ook als er wel activiteiten worden ontplooit, kan sprake zijn van kunstmatigheid als de dividenden zeer snel na ontvangst ervan – eventueel onder andere titel – worden doorbetaald. Dit kan ook het geval zijn als er geen contractuele of wettelijke verplichting tot deze dooruitdeling bestaat. De Hoge Raad hecht daarbij wel belang aan de voorbeelden die in de wetsgeschiedenis zijn benoemd waarbij geen sprake is van kunstmatigheid onder de objectieve toets, namelijk i) het drijven van een materiële onderneming waaraan het aanmerkelijk belang kan worden toegerekend, ii) het hebben van een wezenlijke functie ten dienste van de bedrijfsuitoefening van het concern, of iii) het vormen van een schakelfunctie tussen hoofdkantooractiviteiten van de moedervenootschap en activiteiten van haar kleindochtervennootschappen, mits de vennootschap voldoende substance heeft. In dezelfde lijn overweegt de Hoge Raad dat ook de ‘wegdenkgedachte’ van de subjectieve toets – waarbij een vergelijking wordt gemaakt van de Nederlandse belastingdruk tussen de situaties met en zonder tussenkomst van de betwiste vennootschap – een dergelijke aanwijzing van misbruik vormt. Deze voorbeelden zijn echter slechts aanwijzingen of sprake is van een doorstroomvennootschap en de belastingplichtige heeft desalniettemin de mogelijkheid om hier tegenbewijs bij te leveren.

Op basis van die aanwijzingen had de inspecteur aannemelijk gemaakt dat sprake was van misbruik. De belastingplichtige was er daarentegen in geslaagd om aannemelijk te maken dat geen sprake is van een (volstrekt) kunstmatige constructie. De Hoge Raad overweegt daarbij dat de beoordeling van misbruik plaatsvindt op het moment dat het voordeel uit het aanmerkelijk belang zich voordoet, maar dat dit niet uitsluit dat ook rekening wordt gehouden met feiten en omstandigheden voor of na dat moment, en dat de structuur in haar geheel moet worden onderzocht. Daarnaast stelt de Hoge Raad dat de personal holdings niet zijn ‘tussengeschoven’ om Nederlandse inkomstenbelasting of dividendbelasting te ontgaan. Het feit dat vanaf 2016 de gunstige wijziging van de BRK naar de BRNC van toepassing werd, houdt daarentegen geen misbruik in, omdat de structuur – gelet op het tijdsverloop – niet op enig moment met het oog op dit voordeel was opgezet.

### **Commentaar KPMG Meijburg & Co**

In deze twee arresten geeft de Hoge Raad een inzicht in de wijze waarop de antimisbruiktoets van de technisch ab-regeling moet worden aangelegd. Het zijn ook de eerste zaken die zien op de ‘nieuwe’ antimisbruiktoets zoals die sinds 2016 in de wet staat. Daarin is de dubbele antimisbruiktoets geïntroduceerd, bestaande uit de subjectieve toets (is er sprake van een ontgaansmotief?) en de objectieve toets (is er sprake van een kunstmatige constructie?).

Tot voorheen was de Hoge Raad jurisprudentie over de technisch ab-regeling beperkt tot een enkel arrest over de regeling zoals die tot 2016 gold (HR 10 januari 2020). Onder die oude regeling was van belang of er sprake was van toerekening van het aanmerkelijk belang aan een onderneming. Zo niet, dan werd – als er ook een ontgaansmotief gold – misbruik aanwezig geacht. Dat arrest zag op uitdeling aan de personal holding van een naar Zwitserland geëmigreerde natuurlijke persoon, waarbij die personal holding van Nederland naar Luxemburg was verplaatst. In die situatie werd

wel misbruik aanwezig geacht, met name omdat de personal holding slechts een kasgeldvennootschap betrof en dus geen onderneming dreef.

Nu gaat de Hoge Raad dus voor het eerst in op de dubbele misbruiktoets. Deze is van belang voor de technisch ab-regeling, maar komt ook op andere plekken in de belastingwetgeving terug, zoals de inhoudingsvrijstelling voor dividendbelasting (vanaf 2018, art. 4 lid 3 onderdeel c Wet DB 1965), de conditionele bronbelasting (art. 2.1 lid 1 onderdeel c Wet Bb 2021) en sinds 2025 met de codificatie van de algemene EU-antimisbruikregel in de Wet Vpb (art. 29i Wet Vpb 1969).

De Hoge Raad sluit bij de uitleg van de antimisbruiktoets nauwgezet aan bij de arresten van het HvJ EU. Hij verwijst daarbij veelvuldig naar de Deense zaken uit 2019 (zie onze [eerdere berichtgeving](#), in het Engels) en ook naar het recente Nordcurrent-arrest (zie onze [eerdere berichtgeving](#)). Er lijkt dan ook veel belang te worden gehecht aan de structuur in haar geheel: niet alleen op het moment dat het belaste feit zich voordoet, maar ook de ontstaansgeschiedenis en eventuele gebeurtenissen daarna. Interessant is dat daarmee een personal holding niet per definitie als kunstmatig hoeft te worden beschouwd, ondanks dat deze vennootschap geen materiële onderneming drijft.

Momenteel zijn er twee zaken aanhangig inzake Belgische houdsterstructuren, waarin de vraag centraal staat of de antimisbruikbepaling in de dividendbelasting van toepassing is ten aanzien van dividenden aan de Belgische houdstervennootschappen. Hof Amsterdam had in beide zaken reeds geoordeeld dat sprake was van misbruik. De advocaat-generaal heeft hier vervolgens in 2023 conclusie in genomen (zie onze [eerdere berichtgeving](#)) en geadviseerd dat het cassatieberoep moet worden verworpen. Hopelijk komt er in navolging op deze arresten over de technisch ab-regeling ook nadere verduidelijking in het kader van de toepassing van het EU-misbruikbeginsel bij de dividendbelasting.

Wil je meer weten, neem dan gerust contact op met ons of met je gebruikelijke Meijburgadviseur.

KPMG Meijburg & Co  
1 mei 2025

*De in dit memorandum opgenomen informatie is van algemene aard en heeft geen betrekking op de specifieke omstandigheden van een bepaald individu of een bepaalde entiteit. Hoewel bij de totstandkoming van dit memorandum de grootst mogelijke zorgvuldigheid is betracht, kunnen wij niet garanderen dat de daarin opgenomen informatie op de datum van ontvangst juist en volledig is of dat in de toekomst zal blijven. Op grond van deze informatie dient geen actie ondernomen te worden zonder adequate professionele advisering na een grondig onderzoek van de specifiek van toepassing zijnde situatie.*