

WFR 2022/132

ATAD3: praktische en principiële overwegingen voor internationale houdstermaatschappijen

Mr. R.H.M. Roumen, Mr. S.R. Pancham en Mr. H.H. Drijer¹

1 Inleiding

Op 22 december 2021 heeft de Europese Commissie het richtlijnvoorstel 'tot vaststelling van regels ter voorkoming van misbruik van lege entiteiten voor belastingdoeleinden en tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU'² (hierna ook: "ATAD3" of het "richtlijnvoorstel") gepubliceerd. Het richtlijnvoorstel, dat per 1 januari 2024 in werking zou moeten treden,³ beoogt in essentie om fiscale voordelen te weigeren aan substanceloze doorstroomvennootschappen. In deze bijdrage richten wij ons op twee voorwaarden die in het richtlijnvoorstel zijn opgenomen: de outsource gateway (uitbestedecriterium) en de directie *substance indicator*.⁴

Hierna bespreken we eerst kort de Nederlandse context (beleidsmaatregelen voor doorstroomvennootschappen), vervolgens geven we een samenvatting van het richtlijnvoorstel en daarna illustreren we aan de hand van twee praktijkvoorbeelden dat het huidige richtlijnvoorstel, met name de gateways en de substance-indicatoren, aanleiding kan geven tot interne reorganisaties zonder dat dit leidt tot reële economische wijzigingen of meer substance in een lidstaat. Daarna trachten we de meer fundamentele vraag te beantwoorden wat het beste aanknopingspunt is om ongewenste doorstroomactiviteiten aan te pakken.

2 De Nederlandse doorstroompraktijk

De Nederlandse doorstroompraktijk heeft vanaf de jaren zeventig een vlucht genomen.⁵ De afgelopen decennia, met name in de periode na de financiële crisis uit 2008, is een reeks maatregelen getroffen om paal en perk te stellen aan deze groei.⁶ Op verzoek van de Tweede Kamerleden Omtzigt (CDA) en Van Weyenberg (D66) heeft de Staatssecretaris van Financiën op 12 februari 2021 de Commissie Doorstroomvennootschappen ingesteld.⁷ Op 21 oktober 2021 heeft deze commissie haar rapport gepubliceerd. De commissie doet een aantal aanbevelingen, zowel van fiscale als van niet-fiscale aard, waarop het huidige kabinet nog moet reageren.⁸ Aanbeveling vijf betreft het aannemen van een "proactieve houding ten aanzien van het komende EU-richtlijnvoorstel over shell entities".⁹ Zowel het vorige – demissionaire – kabinet¹⁰

1 Mr. R.H.M. Roumen, mr. S.R. Pancham, mr. H.H. Drijer zijn verbonden aan Tax At Work.

2 Brussel, 22.12.2021, COM(2021) 565 final, 2021/0434(CNS).

3 Zie echter het voorstel van het Europees Parlement (COM(2021)0565-C9-0041/2022-2021/0434(CNS)) om de inwerkingtredingsdatum te verplaatsen naar 1 januari 2025.

4 Art. 6 lid 2 onderdeel 2 resp. art. 7 lid 1 onderdeel c van het richtlijnvoorstel.

5 Zie in dit verband bijvoorbeeld de opmerkingen van Hofstra in de eerste alinea van zijn noot bij BNB 1974/2. Zie bijv. ook, N.A.Th. Smetsers, *De Nederlandse rullingpraktijk*, Deventer: Wolters Kluwer, 2020, hoofdstuk 2. Zie ook hoofdstuk 4 van het rapport van de Commissie Doorstroomvennootschappen, oktober 2021.

6 Voor een overzicht verwijzen wij naar paragraaf 4.3 van het rapport van de Commissie Doorstroomvennootschappen, oktober 2021.

7 Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 12 februari 2021, geen kenmerk. Zie ook V-N 2021/11.10.

8 Blijkens de antwoorden van de Staatssecretaris van Financiën zal de Tweede Kamer later dit voorjaar nader informeren. Verslag van een schriftelijk overleg, vastgesteld op 6 mei 2022, Kamerstuk 22112, nr. 3397.

9 Rapport Commissie Doorstroomvennootschappen, p. 89.

10 Kabinetsreactie rapport Commissie Doorstroomvennootschappen, Kamerstukken II 2021/22, 25087, nr. 286.

als het huidige kabinet¹¹ staat positief tegenover het richtlijnvoorstel, zij het dat een aantal kwesties is geïdentificeerd dat aandacht behoeft. Deze kwesties zijn zowel uitvoeringstechnisch als inhoudelijk van aard. Zo lijkt de voorgestelde implementatie van de richtlijn per uiterlijk 30 juni 2023 uitvoeringstechnisch onhaalbaar en lijkt voorts te worden aangestuurd op uitstel van de inwerkingtreding met een jaar naar 1 januari 2025.

3 ATAD3 in kort bestek

Op 22 december 2021 publiceerde de Europese Commissie het richtlijnvoorstel. Inmiddels zijn meerdere publicaties verschenen.¹² Het richtlijnvoorstel beoogt in de kern om bepaalde fiscale voordelen te weigeren aan *shell entities*: ondernemingen met onvoldoende *substance*. Daarnaast wordt informatie uitgewisseld tussen EU-lidstaten van *shell entities* en potentiële *shell entities*. Het doel van het richtlijnvoorstel is nadrukkelijk niet om het gebruik van *shell entities* als zodanig te beperken of te verhinderen maar enkel om fiscale voordelen aan hen te onthouden.¹³

ATAD3 is van toepassing op ondernemingen. Dit zijn entiteiten die economische activiteiten ontplooiën en inwoner zijn van een lidstaat, ongeacht hun rechtsvorm. ATAD3 richt zich dus op ondernemingen die fiscaal inwoner zijn van een lidstaat.

De Europese Commissie heeft aangekondigd in de loop van de 2022 een richtlijnvoorstel te publiceren om *shell entities* in derde landen te adresseren (ATAD4).¹⁴ Om een *level playing field* met derde landen te creëren zou onzes inziens de inhoud van ATAD3 in OESO-verband geïmplementeerd dienen te worden of tenminste zou tegelijkertijd ATAD4 dienen te worden geïmplementeerd of geïncorporeerd in ATAD3. Als ATAD3-maatregelen niet voor de rest van de wereld gaan gelden, dan zal ATAD3 tot een verschuiving kunnen leiden van *shell entities* zonder nexus vanuit EU-lidstaten naar derde landen en wordt het vermeende misbruik met *shell entities* niet opgelost.¹⁵

ATAD3 kent een trechtersvormige, stapsgewijze benadering en bestaat samengevat uit de volgende vier stappen:¹⁶

1. Rapportageplicht? (art. 6)

Is een onderneming rapportageplichtig voor ATAD3-doeleinden?

- Zo nee: ATAD3 niet van toepassing.
- Zo ja, volgende stap tenzij vrijstelling van toepassing (art. 6 lid 2 en art. 10).

2. Minimum substance-indicatoren (art. 7)

Voldoet een rapportageplichtige onderneming aan alle drie de indicatoren voor de minimaal vereiste substance om voor belastingvoordelen in aanmerking te komen?

- Zo ja: belastingvoordelen mogen worden toegekend en er vindt informatie-uitwisseling plaats tussen lidstaten.
- Zo nee,

11 Brief van 21 februari 2021 van de Minister van Buitenlandse zaken, BZDO-1750036184-42, Bijlage 1 – Fiche 1: Richtlijn tegengaan misbruik doorstroomvennootschappen op fiscaal vlak en aanpassing van administratieve samenwerkingsrichtlijn.

12 Raymond Roumen, Hans Drijer & Suniel Panham, 'The Draft EU ATAD 3 Directive: No Tax Benefits for International Shell Companies', *Tax Notes International* 2022, p. 1517-1526; S.R. Panham, 'ATAD3 (en ATAD4) inzake shell-entiteiten: de deelnemingsvrijstelling verder onder druk?', *NtFR* 2022/974; T.M. Vergouwen, 'De (implementatie van het voorstel voor de) Unshell-richtlijn en artikel 94 Grondwet', *NLF Opinie* 2022/7; Rene Offermanns, 'The Proposed Unshell Directive – The Luxembourg and Netherlands Approach', *62 European Taxation* 2022 (Volume 62), No. 6, p.1 e.v.; H. Vermeulen, 'ATAD 3: een nieuw wapen in de strijd tegen belastingontwijking en haar functionele benadering', *NtFR* 2022/1823; Ruby Doeleman, 'ATAD3: substantiële gevolgen voor de deelnemingsvrijstelling?', *NLF-W* 2022/17; Charlotte Tolman & Michael Molenaars, 'The unshell directive and its impact on Dutch holding structures', *Tax Notes International* 2022, p. 99-105.

13 In het impact assessment dat het richtlijnvoorstel vergezelt, zijn de volgende voorbeelden opgenomen waarvoor *shell entities* worden gebruikt: beperking van de aansprakelijkheid te waarborgen; investeerders te beschermen en de waarde van de portefeuille in stand te houden; te voldoen aan de eisen van derden-kredietverstrekkers om activa en passiva af te schermen; joint ventures tussen fondsen en andere investeerders te vergemakkelijken; de besluitvorming te stroomlijnen door de directeuren van holdingentiteiten zeggenschap te geven; een geschikt instrument voor verkoop of gedeeltelijke verkoop te bieden.

14 Persbericht 22 december 2021. Zie https://ec.europa.eu/taxation_customs/news/commission-proposes-end-misuse-shell-entities-tax-purposes-within-eu-2021-12-22_en.

15 Zie ook Raymond Roumen, Hans Drijer & Suniel Panham, 'The Draft EU ATAD 3 Directive: No Tax Benefits for International Shell Companies', *Tax Notes International* 2022, p. 1517-1526.

16 Dit betreft een compacte weergave. Voor een nadere toelichting op in het bijzonder de rapportageplichtcriteria en de substance-indicatoren verwijzen wij graag naar onze eerdere publicatie in *Tax Notes International*. Raymond Roumen, Hans Drijer & Suniel Panham, 'The Draft EU ATAD 3 Directive: No Tax Benefits for International Shell Companies', *Tax Notes International* 2022, p. 1517-1526.

3. Bewijsvermoeden (art. 8)¹⁷ en tegenbewijsregeling (art. 9)

De onderneming wordt geacht onvoldoende substance te hebben (bewijsvermoeden, art. 8) en heeft geen recht op fiscale voordelen tenzij tegenbewijs wordt geleverd (tegenbewijsregeling, art. 9).

a. Indien succesvol tegenbewijs wordt geleverd: belastingvoordelen mogen worden toegekend en er vindt informatie-uitwisseling plaats tussen lidstaten.

b. Indien geen succesvol tegenbewijs wordt geleverd:

4. Sancties (art. 11 en 12)

De onderneming heeft geen recht op de toepassing van voordelen die zijn opgenomen in de Moeder-dochter-richtlijn, de Interest- en Royaltyrichtlijn en bilaterale belastingverdragen tussen lidstaten mogen niet worden toegepast.¹⁸ Daarnaast dient een woonplaatsverklaring aan de onderneming te worden geweigerd.¹⁹

Het is van belang om zich te realiseren dat vanaf stap 2 jaarlijks informatie-uitwisseling plaatsvindt met de belastingautoriteiten van andere lidstaten.²⁰ Ondernemingen zullen daarom alleen al vanuit *compliance* perspectief waarschijnlijk geneigd zijn op basis van stap 1 buiten de materiële reikwijdte van ATAD3 te blijven. Dit leidt ertoe dat de rapportageplichtcriteria (art. 6) in de praktijk erg belangrijk zullen worden.

4 Het uitbestedcriterium en de "zelfde-lidstaatsvrijstelling"

4.1 Uitbestedcriterium

Er zijn drie rapportageplichtcriteria (*gateways*) opgenomen waaraan cumulatief moet zijn voldaan om aan stap 2 toe te komen. Wij beperken ons hierna tot één van deze drie: het zogenoemde uitbestedcriterium.²¹ Dit criterium is naar onze mening als gezegd ook het belangrijkste criterium vanuit praktisch oogpunt.

Het uitbestedcriterium bestaat uit de volgende vier cumulatieve elementen:

1. Gedurende een terugkijkperiode van twee jaar
2. moet sprake zijn van *uitbesteden* van
3. het beheer van de dagelijkse activiteiten en
4. de besluitvorming over belangrijke functies.

De materieel terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2022 lijkt ons in strijd te komen met het EU-rechtelijke rechtszekerheidsbeginsel en kan niet worden gerechtvaardigd door het misbruikarakter van ATAD3. Derhalve dient de terugkijkperiode van twee jaar pas in te gaan vanaf de datum van inwerkingtreding van ATAD3.²²

De preambule biedt maar een beperkt inzicht in het uitbestedcriterium. Volgens overweging 5 beoogt het criterium vast te stellen "welke ondernemingen geen of onvoldoende eigen middelen hebben om kernbeheersactiviteiten uit te voeren". Deze ondernemingen "doen vaak een beroep op derden voor diensten op het gebied van administratie, beheer, correspondentie en naleving van de wettelijke voorschriften, of sluiten overeenkomsten met verbonden ondernemingen voor het verlenen van dergelijke diensten teneinde een juridische en fiscale aanwezigheid op te zetten en te behouden".

4.1.1 'Uitbesteden'

Het richtlijnvoorstel bevat geen definitie van het begrip uitbesteden. Maar naar algemeen spraakgebruik en uit de toelichting in de preambule maken wij op dat het erom gaat dat diensten niet in eigen beheer worden verricht. Dit kan ook gelezen worden in overweging 5 alwaar wordt gesproken over "(...) sluiten overeenkomsten met verbonden ondernemingen voor het verlenen van dergelijke diensten (...)". Worden bijvoorbeeld IT-beheerdiensten door eigen werknemers verricht dan lijkt ons geen sprake van uitbesteden terwijl dit wel het geval is als de diensten worden ingekocht (al dan niet bij een derde) en daarvoor kosten in rekening (kunnen) worden gebracht. Naar onze mening zal daarom in ieder geval geen sprake zijn van uitbesteden als diensten worden verricht door werknemers van de onderneming; bijvoorbeeld een IT'er of een (statutair) directeur die in loondienst is. De vraag is of ook sprake is van uitbesteden als binnen een concern een directeur tijdelijk wordt uitgezonden naar een andere groepsvennootschap.²³ Gezien de tekst en overweging 5 van de preambule, lijkt dat nu wel het geval. Dergelijke *international assignments* zijn echter gebruikelijk binnen internationale concerns.²⁴

¹⁷ Blijkens de laatste zin van overweging 9 van de preambule belet het bewijsvermoeden de Belastingdienst van een lidstaat niet om (op basis van een controle en het verstrekte bewijsmateriaal) tot een andere conclusie te komen.

¹⁸ T.M. Vergouwen, 'De (Implementatie van Het Voorstel Voor de) Unshell-Richtlijn en Artikel 94 Grondwet', NLF Opinie 2022/07; S.R. Pancham, 'ATAD3 (en ATAD4) inzake shell-entiteiten: de deelnemingsvrijstelling verder onder druk?', NTFR 2022/974.

¹⁹ Art. 12 ATAD3.

²⁰ Art. 13 lid 2 ATAD3 en het daarin voorgestelde art. 8 bis *quinquies* lid 1.

²¹ Art. 6 lid 1 onderdeel c van het richtlijnvoorstel.

²² Zie ook Raymond Roumen, Hans Drijer & Suniel Pancham, 'The Draft EU ATAD 3 Directive: No Tax Benefits for International Shell Companies', *Tax Notes International* 2022, p. 1517-1526.

²³ Zonder in loondienst te zijn bij de andere groepsvennootschap.

²⁴ Mogelijk kan in deze situatie aansluiting worden gezocht bij het fenomeen materieel werkgeverschap.

Een andere situatie betreft het inhuren van een professionals; bijvoorbeeld een interim-directeur. Als deze interim-directeur niet in loondienst is bij de onderneming, lijkt eveneens sprake van uitbesteden.

4.1.2 Het beheer van dagelijkse activiteiten, de besluitvorming over belangrijke functies, nevendiensten

Zowel het beheer van de dagelijkse activiteiten en de besluitvorming over belangrijke functies moet zijn uitbesteed. Als derhalve slechts één van beide elementen is uitbesteed, lijkt niet aan het uitbestedecriterium te worden voldaan.²⁵ Voor een deel lijken beide elementen elkaar te overlappen: besluitvorming over belangrijke functies kan een onderdeel zijn van de dagelijkse werkzaamheden (van een directeur). De term 'dagelijkse activiteiten' vinden we daarom wat ongelukkig gekozen in de context van doorstroomvennootschappen. Juist vanwege de doorgaans beperkte activiteiten zal strikt genomen niet snel sprake zijn van dagelijkse werkzaamheden.²⁶ Bedoeld zal zijn uitvoerende activiteiten. In die uitleg zal ook minder snel sprake zijn van overlap. Ook de term besluitvorming over belangrijke functies lijkt niet concludent. Wij gaan ervan uit dat hiermee wordt bedoeld de besluitvorming in verband met voor de onderneming belangrijke activiteiten.

In overweging 5 van de preambule is opgenomen dat wanneer "uitsluitend bepaalde nevendiensten worden uitbesteed, zoals alleen boekhoudkundige diensten, terwijl de kernactiviteiten bij de onderneming blijven, dit op zich niet zou volstaan om te oordelen dat een onderneming aan deze voorwaarde (de uitbestederapportageplicht, toevoeging auteurs) voldoet". De preambule als zodanig heeft geen rechtskracht maar geeft context aan rechtsregels die in de richtlijnbepalingen zijn opgenomen.²⁷ Kennelijk moeten nevendiensten dus niet worden begrepen als dagelijkse activiteiten. Dat roept de vraag

op wat dan het beslissende onderscheid is tussen dagelijkse activiteiten en nevendiensten. De overweging laat daarnaast in het midden of ook meerdere nevendiensten mogen worden uitbesteed.²⁸ Enerzijds kan worden betoogd dat het *enkel* uitbesteden van uitvoerende activiteiten niet voldoende is om te voldoen aan uitbestedecriterium zolang de kernbeheersactiviteiten niet worden uitbesteed. Anderzijds is het doel van het richtlijnvoorstel nu juist om enkel ondernemingen met voldoende substance toegang te verlenen tot fiscale voordelen.

4.2 De "zelfde-lidstaatsvrijstelling"

In art. 6 lid 2 van het richtlijnvoorstel is een vijftal vrijstellingen opgenomen waaronder, in onderdeel d, een vrijstelling voor "ondernemingen met holdingactiviteiten die fiscaal inwoner zijn van dezelfde lidstaat als de aandeelhouder(s) of de uiteindelijke moederentiteit, als omschreven in afdeling I, punt 7, van bijlage III bij Richtlijn 2011/16/EU" (hierna: "zelfde-lidstaatsvrijstelling"). Deze vrijstelling lijkt op het eerste oog bedoeld om te voorkomen dat in dezelfde lidstaat iedere houdstervennootschap afzonderlijk aan de voorwaarden van het richtlijnvoorstel moet voldoen. Volgens overweging 6 van de preambule zullen "onderholdings" die zich in hetzelfde rechtsgebied bevinden als hun aandeelhouder of uiteindelijke moederentiteit evenmin tot doel hebben een belastingvoordeel te verkrijgen.

Een vraag die in dit verband opkomt is wat rechtens is als maar een deel van de aandeelhouders in dezelfde lidstaat is gevestigd. Is er dan een grens aan het belang dat worden gehouden door buitenlandse aandeelhouders waarboven de vrijstelling niet meer mag worden toegepast? Dit is voor de praktijk een belangrijke vraag. Verder valt nog een aantal zaken op.

Ten eerste is onduidelijk of in de zelfde-lidstaatsvrijstelling wordt verwezen naar de in art. 3 punt 6 opgenomen definitie van "aandeelhouders van de onderneming" of niet.²⁹ Op basis van de Nederlandse tekst lijkt dat niet het geval maar op basis van de Engelse tekst wel. Daarnaast lijkt deze definitie vooral geschreven voor de toepassing van de in art. 11 lid 2 opgenomen sanctie.³⁰

²⁵ De richtlijntekst gaat door het gebruik van het woord 'en' uit van cumulatieve criteria. De vraag is of de (Europese) rechter dit ook zo zal interpreteren.

²⁶ De werkzaamheden van bijvoorbeeld een houdstermaatschappij beperken zich in de meeste jaren veelal tot het goedkeuren van de jaarrekening, het indienen van de aangifte vennootschapsbelasting, één of enkele jaarlijkse dividenduitkeringen, enkele bestuursvergaderingen waarin de gang van zaken van de deelneming(en) worden besproken en meer incidentele gebeurtenissen zoals een aan- of verkoop van een deelneming.

²⁷ Zie bijvoorbeeld zaak C-134/08, "In dit verband zij om te beginnen eraan herinnerd dat de punten van de considerans van een gemeenschapshandeling geen bindende rechtskracht hebben en niet kunnen worden aangevoerd om van de bepalingen zelf van die handeling af te wijken, en evenmin om deze bepalingen uit te leggen in een zin die kennelijk in strijd is met de formulering ervan[...]."

²⁸ De richtlijntekst gaat door het gebruik van het woord 'en' uit van cumulatieve criteria. De vraag is of de (Europese) rechter dit ook zo zal interpreteren.

²⁹ Deze definitie wordt niet uitdrukkelijk toegelicht in de preambule.

³⁰ Art. 11 lid 2 stelt in essentie dat de lidstaat van de aandeelhouder(s) van een shell entiteit het inkomen van de shell in de heffing moet betrekken als ware het rechtstreeks genoten. Bij een dergelijke CFC-achtige bepaling sluit de definitie in artikel 3, punt 6 goed aan: beide bepalingen zijn geschreven vanuit het perspectief van de aandeelhouder.

Ten tweede leidt de vormgeving van de vrijstelling ertoe dat de voor ATAD3 vereiste substance wordt opgebouwd bij de topvennootschap in een lidstaat terwijl dochterondernemingen in dezelfde lidstaat gebruik kunnen maken van de vrijstelling. Het ligt dus voor de hand voor concerns met reeds voldoende substance die nog niet voldoen aan de voorwaarden maar wel toegang willen tot de onder ATAD3 beperkte fiscale voordelen, hun substance naar die topvennootschap over te brengen door middel van een interne reorganisatie. De vraag is of dit niet leidt tot disputen met bronlanden die immers veel eisen dat de directe ontvanger (de dochteronderneming) voldoende substance bezit. Treffend is bijvoorbeeld dat de Nederlandse relevante substance-eisen voor de toepassing van inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting, substance vereisen bij de directe aandeelhouder(s) van de Nederlandse inhoudingsplichtige.

Ten derde lijkt voor de vrijstelling niet vereist dat (in ieder geval) de *directe*³¹ aandeelhouder van de shell entiteit die de zelfde-lidstaatsvrijstelling wil claimen de voor ATAD3 minimaal vereiste voldoende substance bezit. Dat lijkt niet de bedoeling gezien het doel van de richtlijn en de vrijstelling.

5 De directie substance indicator

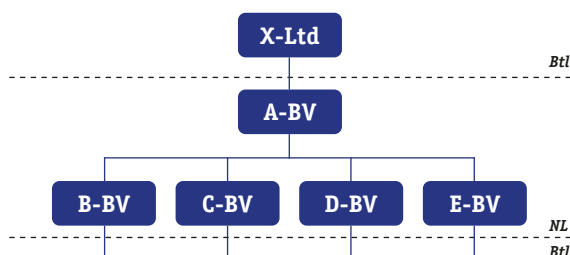
Als een onderneming niet voldoet aan alle rapportageplichtcriteria (*gateways*), dient zij jaarlijks in haar aangifte te verklaren of zij voldoet aan drie substance-indicatoren.³² Ten eerste dient de onderneming te beschikken over eigen dan wel uitsluitend haar ter beschikking staande bedrijfsruimte. Ten tweede dient de onderneming te beschikken over een actieve EU-bankrekening. Het derde criterium (hierna: "staf-substance indicator") bestaat uit twee sub-criteria: één of meer directeuren dienen te kwalificeren (hierna: "directie substance indicator") of de werknemers dienen – kort gezegd – in meerderheid in de lidstaat van de onderneming fiscaal inwoner te zijn.

In de directie substance indicator wordt van de directeuren onder meer geëist dat zij geen werknemers zijn van een niet-verbonden onderneming en dat zij niet de functie van directeur of gelijkwaardig hebben in andere ondernemingen die geen verbonden ondernemingen

zijn. Deze eis lijkt specifiek te zijn gericht op werknemers van corporate service providers zoals trustkantoren die als directeur benoemd zijn bij hun cliënten³³ (verder ook: "trustdirecteur").³⁴

6 Twee voorbeelden met houdstervennootschappen

Hierna bespreken wij twee typische voorbeelden van internationale houdsterstructuren die binnen de reikwijdte van ATAD3 vallen.³⁵ Deze illustreren de uitwerking van bovenstaande uitgangspunten waarbij de wisselwerking tussen het uitbestedecriterium en met name de directie substance indicator duidelijk wordt. Daarnaast poogt voorbeeld 2 tot uitdrukking te brengen dat de gekozen uitgangspunten leiden tot onnodige interne reorganisaties en daardoor extra kosten en administratieve lasten zonder dat dit leidt tot daadwerkelijke economische wijzigingen en meer substance in een lidstaat.



In beide voorbeelden is sprake van dezelfde juridische structuur en wordt aangenomen dat sprake is van een vijftal binnenlands belastingplichtige lichamen voor de vennootschapsbelasting waarbij een belastingplichtige (A BV) de aandelen houdt in vier dochtermaatschappijen. Deze houden alle buitenlandse deelnemingen. Alle vennootschappen genieten relevante opbrengsten uit enkel grensoverschrijdende transacties zodat wordt voldaan aan de andere twee rapportageplichtcriteria (*gateways*). Alle vennootschappen beschikken voorts over een actieve EU-bankrekening waardoor aan één van de drie substance-indicatoren is voldaan.

31 Mogelijk is dat anders bij indirecte aandeelhouders in het scenario dat in de zelfde lidstaatsvrijstelling wordt verwezen naar de definitie van "aandeelhouders van de onderneming" in art. 3 punt 6 van het richtlijnvoorstel. Wij verwijzen ook naar de voorbeelden in deze bijdrage.

32 Daarenboven dienen jaarlijks bij de aangifte de in art. 7 lid 2 ATAD3 opgenomen bewijsstukken te worden gevoegd.

33 De preambule – zie overweging 8 – bevat nagenoeg geen additionele informatie over de substance-indicatoren.

34 Als gevolg van de gekozen verbondenheidsdefinitie worden ondernemingen onder meer als verbonden aangemerkt als "een persoon deel[neemt] aan de leiding van een andere persoon waarbij hij invloed van betekenis kan uitoefenen op die andere persoon". Bij een strikt grammaticale uitleg zou een trustdirecteur daarom niet vallen onder het in artikel 7, lid 4, onderdeel c, sub 5, ATAD3 opgenomen vereiste. Dit lijkt ons, gezien doel en strekking van ATAD3, niet beoogd.

35 Zie ook Raymond Roumen, Hans Drijer & Suniel Pancham, 'The Draft EU ATAD 3 Directive: No Tax Benefits for International Shell Companies', *Tax Notes International* 2022, p. 1517-1526.

Voorbeeld 1: geen van de lichamen heeft voldoende substance in Nederland: de directie van alle Nederlandse vennootschappen wordt gevormd door dezelfde in het buitenland woonachtige directeur in dienst bij X Ltd., (de in de Verenigde Staten gevestigde tophoudster van het concern) en een trustdirecteur. Het trustkantoor verzorgt tevens de boekhouding en verleent domicilie en secretariële ondersteuning.

Voorbeeld 2: één Nederlands lichaam (B BV) heeft voldoende substance in Nederland, de andere vier lichamen niet: een in Nederland woonachtige, gekwalificeerde³⁶ werknemer met een voltijds dienstverband bij één van de vijf BV's (stel B BV) is statutair directeur bij alle vijf de BV's. Tevens is de (enkel) bij X Ltd. in dienst zijnde CFO bestuurder van alle Nederlandse groepsvennootschappen. De CFO is inwoner van de Verenigde Staten. B BV huurt voorts een pand met slechts één kantoorruimte waarin de werkzaamheden voor alle BV's worden uitgevoerd. Er is een medewerker in dienst bij B BV ter ondersteuning van de directie. De loon- en huurlasten worden op zakelijke wijze doorbelast aan de overige vennootschappen.

6.1 Voorbeeld 1

In voorbeeld 1 wordt voldaan aan het uitbestedcriterium: A BV t/m E BV hebben ieder het beheer van de dagelijkse activiteiten en de besluitvorming over belangrijke functies uitbesteed. Nu het voor de toepassing van het uitbestedcriterium blijken de tekst niet relevant is of diensten zijn uitbesteed binnen of buiten het concern geldt het voorgaande ook voor de directeur die bij de topvennootschap van het concern X Ltd. in dienst is. Indien het concern toegang wenst te behouden tot de fiscale voordelen waarvoor het richtlijnvoorstel substance vereist, zou kunnen worden overwogen dat A BV beide statutaire directeurs³⁷ in dienst neemt zodat niet meer aan het uitbestedcriterium wordt voldaan.

Voor de toepassing van het uitbestedcriterium is het, anders dan voor de toepassing van de directie substance indicator,³⁸ toegestaan om de trustdirecteur in dienst te laten treden bij A BV. Het feit dat deze werknemer wellicht ook bij andere (al dan niet verbonden) vennootschappen in dienst is, maakt voor dit criterium

in beginsel³⁹ niet uit. Dit verschil is opmerkelijk want het holt feitelijk de werking van de substance-indicatoren uit. Als een concern eenmaal heeft besloten dat het toegang wenst te behouden tot de fiscale voordelen waarvoor het richtlijnvoorstel substance vereist, is het te overwegen om een (trust)directeur in dienst te nemen (zodat niet meer wordt voldaan aan het uitbestedcriterium) in plaats van te voldoen aan alle drie de substance-indicatoren. In dat geval hoeven de substance-indicatoren niet meer te worden gerapporteerd en gaat dus ook van de directie substance indicator (waarin het feitelijke verbod om een trustdirecteur in dienst te nemen ligt besloten) geen enkele werking uit.⁴⁰ Door beide directeurs in dienst te nemen wordt ook informatie-uitwisseling voorkomen, aangezien informatie-uitwisseling alleen speelt vanaf stap 2 (substance-indicatoren).

Zelfde-lidstaatsvrijstelling

Ook als A BV geen directeurs in dienst zou nemen, kunnen B BV t/m E BV een beroep doen op de zelfde-lidstaatsvrijstelling op basis van de Nederlandstalige tekst. Als op basis van de Engelstalige tekst wordt aangenomen dat naar de definitie van art. 3 punt 6 wordt verwezen, dan is de vrijstelling echter niet van toepassing omdat B BV t/m E BV indirecte deelnemingen van X Ltd. zijn waarbij de tussenligger, A BV, niet aan alle substance-indicatoren voldoet.

6.2 Voorbeeld 2

In voorbeeld 2 is bij B BV een gekwalificeerde statutair directeur in loondienst. De vraag is of B BV voldoet aan het uitbestedcriterium. Met betrekking tot de buitenlandse CFO is namelijk wel sprake van uitbesteden nu hij/zij niet in dienst is bij de vennootschap. Het uitbestedcriterium en overweging 5 van de preambule laten in het midden of aan het criterium wordt voldaan als sprake is van 'partieel' uitbesteden. Hierna gaan wij ervan uit dat de CFO niet langer directeur is van de vijf Nederlandse groepsvennootschappen.⁴¹

³⁶ In de zin van de staf substance-indicator.

³⁷ Men zou ook kunnen besluiten de in Nederland woonachtige directeur in dienst te nemen (hetgeen de richtlijn ook lijkt te beogen). De andere directeur moet dan wel – althans vanuit ATAD3-perspectief – worden ontslagen omdat anders nog steeds sprake lijkt te zijn van uitbesteding met betrekking tot deze directeur.

³⁸ Zie art. 7 lid 1 onderdeel c sub i onder 4 ATAD3.

³⁹ Mits het aantal dienstbetrekkingen redelijk is en geen sprake is van een gekunstelde situatie.

⁴⁰ Zie nader S.R. Pancham, 'ATAD3 (en ATAD4) inzake shell-entiteiten: de deelnemingsvrijstelling verder onder druk?', NTFR 2022/974, die aangeeft dat de gateways als safe harbours zouden kunnen fungeren en dat dat EU-rechtelijke vragen oproept.

⁴¹ Als dit wel zo zou zijn, zou geen van de vijf vennootschappen voldoen aan de staf substance indicator omdat de CFO in de Verenigde Staten woont, zodat als gevolg van het in art. 8 opgenomen bewijsvermoeden, iedere vennootschap is aangezien op de in art. 9 opgenomen tegenbewijsregeling.

Nu de Nederlandse directeur in dienst is bij B BV zal niet kunnen worden gezegd dat B BV het beheer van dagelijkse activiteiten en de besluitvorming over belangrijke functies heeft uitbesteed. B BV voldoet dus niet aan het uitbestedecriterium, zodat ATAD3 niet van toepassing is op deze vennootschap. Nu de Nederlandse directeur niet in dienst is bij A BV, C BV, D BV en E BV maar hiervan wel directeur is, voldoen zij wel aan het uitbestedecriterium zodat voor deze vier vennootschappen moet worden beoordeeld aan welke substance-indicatoren iedere vennootschap voldoet.

Iedere vennootschap beschikt over een actieve EU-bankrekening zodat aan deze substance-indicator wordt voldaan. Aan de – onzes inziens ouderwetse – bedrijfsruimte substance indicator⁴² wordt niet voldaan omdat de door B BV gehuurde kantoorruimte gebruikt wordt voor de werkzaamheden van alle Nederlandse vennootschappen. In dat geval is geen sprake van eigen of uitsluitend door één onderneming gebruikte kantoorruimte. Krachtens art. 8 worden A BV, C BV, D BV en E BV vermoed te weinig substance te hebben, zodat zij zijn aangewezen op de in art. 9 opgenomen tegenbewijsregeling.

Om afhankelijkheid van de tegenbewijsregeling te voorkomen zijn twee oplossingsrichtingen denkbaar. Ten eerste kan worden overwogen om de Nederlandse directeur in dienst te laten treden bij A BV. A BV voldoet dan niet aan het uitbestedecriterium zodat ATAD3 niet op A BV van toepassing is. Dit is ook in lijn met het doel van ATAD3 om uitbesteding te voorkomen. B BV, C BV, D BV en E BV kunnen vervolgens waarschijnlijk een beroep doen op de zelfde-lidstaatsvrijstelling (zie hiervoor).⁴³ Ten tweede kan worden overwogen om iedere vennootschap slechts toegang te geven tot een kantoorruimte die enkel door deze vennootschap wordt gebruikt. In dat geval voldoen A BV, C BV, D BV en E BV aan alle drie de substance-indicatoren. De eerste oplossingsrichting heeft als additioneel voordeel dat in dit verband geen informatie-uitwisseling in het kader van ATAD3 plaatsvindt.

7 Substance: welke en waar?

Voorbeeld 2 maakt duidelijk dat wanneer een concern meerdere Nederlandse vennootschappen omvat waarvan niet elke vennootschap voldoende substance bevat, het

richtlijnvoorstel aanleiding kan geven tot interne reorganisaties zonder dat dit zonder meer leidt tot daadwerkelijke economische wijzigingen of meer substance in een lidstaat. De vraag is of deze bewerkelijke gang van zaken proportioneel is.

Hoewel zowel de Europese Commissie als de Commissie Doorstroomvennootschappen vaststelt dat er geen eenduidige definitie is van het begrip doorstroomvennootschappen is wel duidelijk dat het doorslaggevend motief om een doorstroomvennootschap te gebruiken is om toegang te krijgen tot juridisch en/of fiscaal voordelige regelingen van een jurisdictie c.q. lidstaat zonder dat “een minimum aan inhoud”⁴⁴ (lees: substance) in die lidstaat is vereist. In een post-BEPS-wereld is/wordt de politieke keuze gemaakt dat slechts genoemde toegang mag worden gegeven bij een zekere mate van minimum substance bij een entiteit.⁴⁵ Dat roept de fundamentele vraag op waar en hoe de grens wordt getrokken tussen gebruik en misbruik. De Europese Commissie trekt de grens bij de minimum substance van ATAD3. Het gebruik van shell entiteiten met voldoende substance dient immers reële economische (intracommunautaire) activiteiten in lidstaten (lees: de interne markt) te stimuleren. Misbruikmaatregelen dienen daarom proportioneel te zijn in die zin dat er een juiste balans is tussen het bestrijden van het vermeende rechtsmisbruik en anderzijds de daarmee gepaard gaande belemmering van reële economische activiteiten.

Het valt op dat het richtlijnvoorstel in beginsel uitgaat van een *separate entity*-benadering: de hiervoor genoemde vier stappen worden getoetst per onderneming/entiteit.⁴⁶ Het richtlijnvoorstel geeft geen inzicht in de vraag waarom juist voor een *separate entity*-benadering is gekozen, maar deze keuze heeft waarschijnlijk te maken met het uitgangspunt dat belastingheffing in het algemeen aansluit bij het *separate* lichaam. Men kan menen dat belastingplichtigen toegang zouden moeten hebben tot de mogelijk door ATAD3 beperkte richtlijnen- en verdragsvoordelen als de doorstroomactiviteiten complementair zijn aan in ieder geval de overige bedrijfsactiviteiten van een onderneming in dezelfde (lid)staat (economische nexus).⁴⁷ Dit volgt naar onze mening ook

42 Art. 7 lid 1 onderdeel c sub i onder 1 ATAD3.

43 De vraag is of, als moet worden aangenomen dat in de vrijstelling wordt verwezen naar de in art. 3 punt 6 opgenomen definitie, A BV voldoet of niet. Immers, A BV voldoet strikt genomen niet aan de substance-indicatoren. Daaraan wordt echter ook niet toegekomen omdat A BV reeds niet aan het uitbestedecriterium voldoet (stap 1) zodat aan de stap 2 niet wordt toegekomen.

44 Overweging 5 van de preambule van ATAD3.

45 Wij oordelen hier niet over deze politieke keuze.

46 Volgens art. 3(1) wordt onder een onderneming verstaan een entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm ervan, en die fiscaal inwoner is van een lidstaat. In de Nederlandse Vpb-context dus doorgaans een lichaam.

47 Onderdeel 3a van het Besluit vooroverleg rulings met een internationaal karakter, Stcrt. 2019, 35519 en Stcrt. 2021, 38442. Zie ook de voorbeelden 4-8 in de bijlage bij de brief van 23 april 2019 van de Staatssecretaris van Financiën (Kamerstukken II 2018/19, 25087, nr. 237) waarin de economisch nexus eis wordt toegelicht.

uit de rechtspraak van het Hof van Justitie in onder meer de Deense zaken waarbij alle feiten en omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen.⁴⁸ Een benadering op lidstaatsniveau is passend om in aanmerking te komen voor juridische voordelen die een lidstaat heeft te bieden.⁴⁹ Dit betekent overigens niet dat per definitie omvangrijke substance is vereist bij de onderneming en in de lidstaat. De hoeveelheid substance is afhankelijk van de aard van de overige bedrijfsactiviteiten vereist bij de onderneming en in de lidstaat.⁵⁰ Duidelijk is in ieder geval dat de Europese Commissie de minimum substance van ATAD3 in beginsel voldoende substance vindt voor het onderscheid tussen gebruik en misbruik van shell entities.⁵¹

De in het richtlijnvoorstel gekozen benadering heeft dus in beginsel als aanknopingspunt de entiteit.⁵² Dat aanknopingspunt heeft naar onze mening twee tekortkomingen. Enerzijds is het te strikt omdat onterecht geen rekening wordt gehouden met substance aanwezig in andere groepsentiteiten in dezelfde lidstaat. Anderzijds is het te ruim omdat geen functioneel verband wordt geëist tussen de overige in de lidstaat uitgeoefende bedrijfsactiviteiten en de doorstroomactiviteiten.

7.1 Eerste tekortkoming: toetsing per lidstaat

De separate entity approach houdt in beginsel geen rekening met het feit dat een separaat lichaam dat onderdeel is van een concern, hetgeen bij *shell entities* doorgaans

het geval zal zijn,⁵³ veelal economisch onzelfstandig is. De opmerking in overweging 8 van de preambule dat “hoewel wordt erkend dat voor verschillende activiteiten verschillende niveaus of soorten middelen nodig kunnen zijn, wordt toch onder alle omstandigheden een gemeenschappelijk minimumniveau van middelen verwacht”. sluit binnen concernverband dan ook niet (in alle gevallen) aan bij de economische werkelijkheid.⁵⁴ De *separate entity*-benadering leidt daarom mogelijk tot disproportionele effecten, zoals geïllustreerd in voorbeeld 2. Wij zien niet in waarom een *separate entity* approach proportioneel zou zijn in de situatie dat een concern in een lidstaat reeds voldoende reële economische activiteiten heeft.

Immers, in deze situatie is er voldoende substance in de betreffende lidstaat zodat in beginsel toegang zou moeten worden verkregen tot de voordelige regelingen die ATAD 3 uitsluit. In dit verband verdient opmerking dat de zelfde-lidstaatsvrijstelling slechts in bepaalde gevallen soelaas biedt waarbij soms eerst een interne reorganisatie dient plaats te vinden om de substance te heralloceren om gebruik te kunnen maken van de vrijstelling. Als de vrijstelling niet van toepassing is, wordt de entiteit teruggeworpen op de tegenbewijsregeling. Wij pleiten daarom voor een aanpassing van het richtlijnvoorstel waarbij als startpunt de substance van een concern *per lidstaat* mag worden getoetst. Dit kan bijvoorbeeld gedaan worden door de zelfde-lidstaatsvrijstelling ruimer te formuleren. Als alternatief kan het uitbestedecriterium worden aangepast zodat daaraan in ieder geval niet meer wordt voldaan als bijvoorbeeld een in de lidstaat van de onderneming woonachtige directeur van een vennootschap in dienst is bij een andere groepsvennootschap in dezelfde lidstaat.⁵⁵ Het hiervoor besproken voorbeeld 1 – waarbij in Nederland geen enkele substance aanwezig is – zou dan nog steeds leiden tot toepassing van ATAD3. De interne reorganisaties uit voorbeeld 2 zouden bij deze aanpassing van de zelfde-lidstaatsvrijstelling of het uitbestedecriterium achterwege kunnen blijven.

48 Bijvoorbeeld zaak C 116/16 (*T Danmark*), r.o. 104 en zaak C 115/16 (*N Luxembourg 1*), r.o. 131.

49 Een interessante vraag is of substance niet op interne-marktniveau zou moeten worden beoordeeld, maar deze kwestie laten wij hier, mede gezien het gebrek aan harmonisatie in dit verband, rusten.

50 Zie ook H. Vermeulen, ‘ATAD 3: een nieuw wapen in de strijd tegen belastingontwijking en haar functionele benadering’, NTFR 2022/1823, onder ‘Functionele analyse’: “Uit deze bepalingen in onderlinge samenhang bezien volgt mijns inziens dat een zogenoemde functionele analyse moet worden gemaakt waarmee op basis van alle relevante omstandigheden van het geval wordt bepaald of de lege entiteit een reële rol vervult in de structuur.”

51 *Nota bene*: voor de toepassing van de *principal purpose test* (in belastingverdragen) is mogelijk zelfs nog beperktere substance voldoende om in aanmerking te komen voor verdragsvoordelen. Zie in dit verband de *Alta Energy*-zaak van het Canadese Hoogerechtshof, *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49.

52 Art. 3 punt 1 ATAD3.

53 Dit is mogelijk anders bij *shell entities* die worden gehouden door zeer vermogende personen. Dat wil zeggen in verband met de relevante opbrengstencategorie die is opgenomen in art. 4 onderdeel e en f ATAD3.

54 Dit leidt mogelijk ook tot spanning bij het toepassen van de tegenbewijsregeling. Wordt aan de tegenbewijsregeling voldaan als kan worden aangetoond dat hoewel sprake is van commerciële redenen geen substance is vereist bij de betreffende onderneming?

55 Zie in dit verband ook de voorgestelde aanpassing 14 in het conceptrapport van 12 mei 2022 van de Commissie economische en monetaire zaken van het Europees Parlement, (COM(2021)0565-C9-0041/2022-2021/0434(CNS)).

Bij het voorgaande verdient opmerking dat de tegenbewijsregeling in sommige gevallen wellicht rekening houdt met de substance per lidstaat maar wij zouden ervoor willen pleiten dat dat reeds bij de eerste stap aan de orde is. Hiermee wordt recht gedaan aan de realiteit.

7.2 Tweede tekortkoming: economische nexus

Ten tweede biedt de separate entity-benadering geen volledige garantie tegen misbruik. Een entiteit die bijvoorbeeld niet aan het uitbestedecriterium voldoet (zodat ATAD3 niet van toepassing is) zou –abstraherend van andere antimisbruikbepalingen – kunnen worden gebruikt voor bijvoorbeeld back-to-back financierings- of licentieactiviteiten die geen enkel verband houden met de overige activiteiten in de betreffende lidstaat.⁵⁶ Hetzelfde geldt voor ondernemingen die voldoen aan de drie substance-indicatoren. Naar onze mening zijn doorstroomactiviteiten geoorloofd mits deze complementair zijn aan de andere activiteiten in de betreffende lidstaat. Wij gaan er dus van uit dat doorstroomactiviteiten als uitgangspunt kunnen passen binnen de normale ‘zakelijke’ bedrijfsvoering van ondernemingen.⁵⁷ Dit vereist dan wel dat er een functioneel verband is tussen beide.

8 Conclusies

Het huidige richtlijnvoorstel verbindt een ondergrens aan de substance die een lichaam dient te bezitten om

in aanmerking te (blijven) komen voor bepaalde richtlijn- en verdragsvoordelen. Het richtlijnvoorstel roept tal van praktische en principiële vragen op, waarvan wij er slechts enkele hebben besproken.

Aan de hand van twee voorbeelden concluderen we dat ATAD3 tot gevolg heeft dat in situaties dat een concern niet op het niveau van elk lichaam maar wel op lidstaatniveau beschikt over voldoende substance, interne reorganisaties noodzakelijk zijn zonder dat dit leidt tot reële economische wijzigingen of meer substance. Dat achten wij niet proportioneel. Het legt tevens bloot dat de separate entity approach disproportioneel uitwerkt. Ten principale menen wij dat belastingplichtigen als uitgangspunt toegang zouden moeten hebben tot de mogelijk door ATAD3 beperkte richtlijn- en verdragsvoordelen als de doorstroomactiviteiten complementair zijn aan de overige bedrijfsactiviteiten van een onderneming in die (lid)staat. Dat betekent naar onze mening dat enerzijds rekening dient te worden gehouden met substance van andere groepsmaatschappijen in dezelfde lidstaat en anderzijds dat doorstroomactiviteiten slechts zakelijk zijn als een functioneel verband bestaat tussen de doorstroomactiviteiten en de overige bedrijfsactiviteiten van een onderneming in die (lid)staat. Mogelijk kan de tegenbewijsmogelijkheid soelaas bieden aan de betrokken entiteit maar dat is verre van zeker.

De materieel terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2022 zou in strijd kunnen zijn met het EU-rechtelijke rechtszekerheidsbeginsel en kan niet worden gerechtvaardigd door het vermeende rechtsmisbruik dat ATAD3 wil bestrijden.

De inhoud van ATAD3 zou in OESO-verband geïmplementeerd dienen te worden om een *level playing field* met derde landen te creëren of zou tenminste tegelijkertijd met ATAD4 dienen te worden geïmplementeerd of ATAD4 zou geïncorporeerd dienen te worden in ATAD3.

⁵⁶ Zie ook de voorbeelden 4 en 8 in de bijlage bij de brief van 23 april 2019 van de Staatssecretaris van Financiën (Kamerstukken II 2018/19, 25087, nr. 237).

⁵⁷ Bijvoorbeeld om de aansprakelijkheid te beperken of om verschillende soorten bedrijfsactiviteiten te scheiden.