

Erasmus Universiteit Rotterdam

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie

## **Unshell: noodzakelijk of niet?**

Naam student: Sefa Vural

Studentnummer: 466961

Begeleider: B.J. Kiekebeld

Tweede beoordelaar: P. Kavelaars

Datum definitieve versie: 28 april 2023

*Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van de begeleider, tweede beoordelaar, Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.*

## Inhoudsopgave

<b>Afkortingenlijst .....</b>	<b>4</b>
<b>Hoofdstuk 1 Inleiding .....</b>	<b>5</b>
1.1    Aanleiding onderzoek .....	5
1.2    Probleemstelling en onderzoeksopzet.....	6
1.3    Afbakening .....	8
<b>Hoofdstuk 2 Shell entiteiten .....</b>	<b>9</b>
2.1    Inleiding.....	9
2.2    Algemeen.....	9
2.2.1    Definitie.....	9
2.2.2    Kenmerken.....	11
2.2.3    Gebruik van shell entiteiten.....	14
2.3    Shell entiteiten in de EU .....	15
2.4    Shell entiteiten in Nederland .....	16
2.4.1    Aantal en balansomvang .....	16
2.4.2    Inkomsten en uitgaven.....	17
2.5    Deelconclusie .....	18
<b>Hoofdstuk 3 De Unshell-richtlijn .....</b>	<b>20</b>
3.1    Inleiding.....	20
3.2    Achtergrond richtlijn .....	20
3.3    Rechtsgrondslag .....	21
3.3.1    Subsidiariteit .....	21
3.3.2    Evenredigheid .....	22
3.4    Reikwijdte Unshell-richtlijn .....	22
3.4.1    Gateways .....	23
3.4.2    Minimum substance indicatoren en vrijstellingen.....	24
3.4.3    Tegenbewijs.....	28
3.4.4    Fiscale gevolgen, informatie-uitwisseling en sanctie.....	29
3.5    Deelconclusie .....	30
<b>Hoofdstuk 4 De huidige minimum substance indicatoren .....</b>	<b>32</b>
4.1    Inleiding.....	32
4.2    Minimum substance onder EU-recht .....	32
4.2.1    Algemeen.....	32
4.2.2    Cadbury Schweppes.....	34
4.2.3    Eqiom en Enka .....	34
4.2.4    Deister Holding en Juhler Holding .....	35
4.2.5    Deense Zaken .....	36
4.3    Minimum substance onder Nederlands recht.....	39
4.3.1    Wet op de dividendbelasting 1965.....	39
4.3.1.1    Antimisbruikbepaling .....	39

4.3.2	<i>Wet bronbelasting 2021</i>	41
4.3.2.1	<i>Antimisbruikbepaling</i>	41
4.3.3	<i>CFC-regeling</i>	42
4.3.3.1	<i>Uitzonderingen en tegenbewijs</i>	42
4.3.4	<i>Substance</i>	42
4.3.4.1	<i>Substance groepsfinanciering</i>	44
4.3.5	<i>Art. 8c Wet VPB 1969</i>	45
4.4	<i>Minimum substance in verdragen</i>	46
4.4.1	<i>Algemeen</i>	46
4.4.2	<i>De Principle Purpose Test</i>	47
4.4.2.1	<i>Motiefvereiste</i>	47
4.4.2.2	<i>Normvereiste</i>	49
4.4.2.3	<i>Substance</i>	50
4.4.3	<i>Limitation on Benefits</i>	50
4.4.3.1	<i>Gekwalificeerd persoon</i>	51
4.4.3.2	<i>Activiteitentoets</i>	52
4.4.3.3	<i>Aandeelhouderstoets</i>	52
4.4.3.4	<i>Hoofdkantorentoets</i>	52
4.4.3.5	<i>Discretionary-benefitsbepaling</i>	53
4.5	<i>Deelconclusie</i>	54
	<b>Hoofdstuk 5 Toetsing Unshell-richtlijn</b>	<b>56</b>
5.1	<i>Inleiding</i>	56
5.2	<i>Verhouding tot EU-misbruikbeginsel</i>	56
5.2.1	<i>Gateways en vrijstellingen</i>	56
5.2.2	<i>Minimum substance en tegenbewijs</i>	57
5.2.3	<i>Safe Harbour</i>	58
5.3	<i>Verhouding tot substance eisen in Nederlandse antimisbruikbepalingen</i>	59
5.3.1	<i>Unshell versus Nederlandse substance eisen</i>	59
5.3.2	<i>Gateways</i>	60
5.3.3	<i>Bestuurders en werknemers</i>	62
5.3.4	<i>Eigen ruimte en bankrekening</i>	63
5.4	<i>Verhouding tot internationaal belastingrecht</i>	64
5.4.1	<i>Verhouding tot PPT</i>	64
5.4.2	<i>Verhouding tot limitation on benefits</i>	64
5.5	<i>Aandachtspunten/verbeteringen</i>	66
5.5.1	<i>Gateways en misbruik</i>	66
5.5.2	<i>Groepsbenadering</i>	67
5.6	<i>Deelconclusie</i>	67
	<b>Hoofdstuk 6 Conclusie</b>	<b>70</b>
6.1	<i>Inleiding</i>	70

6.2	Samenvatting .....	70
6.2.1	<i>Hoofdstuk 2</i> .....	70
6.2.2	<i>Hoofdstuk 3</i> .....	71
6.2.3	<i>Hoofdstuk 4</i> .....	73
6.2.4	<i>Hoofdstuk 5</i> .....	75
6.3	Conclusie .....	77
	<b>Literatuurlijst .....</b>	<b>78</b>

## Afkortingenlijst

Art.	Artikel
ATAD	Anti-Tax avoidance directive
Commissie	Europese Commissie
CFC	Controlled Foreign Company
DBI	Directe Buitenlandse Investerings
DNB	De Nederlandsche Bank
EU	Europese Unie
ERPS	European Parliamentary Research Service
FATF	Financial Action Task Force
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking
PPT	Principal Purpose Test
SEO	SEO Economisch Onderzoek
UBO	Ultimate beneficial owner
Unshell-richtlijn	Richtlijnvoorstel 2021/0434 (CNS), COM (2021) 565 final
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet DB 1965	Wet op de Dividendbelasting 1965
Wet VPB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

## Hoofdstuk 1 Inleiding

### 1.1 Aanleiding onderzoek

Al jaren boeken niet financiële bedrijven een recordwinst, terwijl niet of nauwelijks belasting wordt geheven van deze bedrijven.<sup>1</sup> Dit terwijl de grondslag waarover vennootschapsbelasting wordt geheven in de laatste jaren aanzienlijk is vergroot. De vraag is dan ook hoe grote multinationals toch weer ervoor zorgen dat zij geen belasting betalen in Nederland. Uit onderzoek blijkt dat grote multinationals alleen al in 2018 wereldwijd 900 biljoen dollar aan winsten naar belastingparadijzen hebben overgeheveld. Door deze verschuiving van winsten zijn de ontvangsten uit de vennootschapsbelasting wereldwijd met 10% gedaald, wat correspondeert met 200 biljoen dollar aan vennootschapsbelasting<sup>2</sup>, terwijl juist de belasting uit deze winsten goed gebruikt zou kunnen worden in de huidige economische omstandigheden.

Het zal dan ook niet verbazen dat de aandacht voor belastingontwijking de laatste jaren is toegenomen na de onderzoeken naar grote multinationals zoals Starbucks, Google en Amazon, die hun wereldwijde belastingdruk aanzienlijk hebben kunnen verlagen door middel van agressieve tax planning. Agressieve tax planning is dan ook een onderwerp dat steeds meer aandacht krijgt, mede doordat niet onwettig wordt gehandeld, maar de vraag blijft of dit wel moreel en ethisch handelen betreft.<sup>3</sup>

Er zijn verschillende manieren waarop multinationals belastingen ontwijken, te denken valt aan transfer pricing, debt shifting, maar ook hybride mismatches en treaty shopping. De Organisatie voor Economische Samenwerking (hierna: OESO) en de EU proberen belastingontwijking zo veel mogelijk tegen te gaan. De OESO is dan ook in februari 2013 begonnen aan het base erosion and profit shifting project, waarmee beoogd werd om grondslaguitholling en winstverschuivingen van multinationale ondernemingen tegen te gaan. Dit heeft geleid tot vijftien actiepunten.<sup>4</sup> In navolging van de OESO kwam de Europese Commissie (hierna: Commissie) op 28 januari 2016 met de Anti-Tax Avoidance Directive 1 (hierna: ATAD 1) richtlijn. Met de ATAD 1 richtlijn hebben de lidstaten van de EU de vijftien actiepunten van het base erosion and profit shifting project uniform geïmplementeerd. De richtlijn was formeel op 12 juli 2016 aangenomen door de lidstaten.<sup>5</sup> In de ATAD 1 richtlijn staan de volgende maatregelen tegen belastingontwijking:

- een beperking van de aftrekbaarheid van rente in de vorm van een earningsstrippingregeling;
- een regeling voor exitheffingen;
- een algemene antimisbruikbepaling (General Anti Abuse Rule, GAAR); en

---

<sup>1</sup> 'Niet-financiële bedrijven boeken recordwinst', cbs.nl 24 juni 2022.

<sup>2</sup> Tørslov, Wier & Zucman, 'The Missing Profits of Nations: 2018 Figures', p. 31 "Appendix Table 2: Tax Havens".

<sup>3</sup> Engelen, *NTFR* 2013/158.

<sup>4</sup> Pötgens 2022, in: *Cursus Belastingrecht* par. IBR.0.9.1.

<sup>5</sup> Brandsma, Panham & Smit 2022, in: *Cursus Belastingrecht* par. EBR.8.5.1.

- een regel voor gecontroleerde buitenlandse vennootschappen en vaste inrichtingen (controlled foreign companies, hierna: CFC).<sup>6</sup>

Tegelijkertijd werd met het aannemen van ATAD 1 aangegeven dat een uitbreiding hiervan zou komen in de vorm van ATAD 2. In ATAD 2 zou een regeling worden opgenomen inzake hybride mismatches tussen EU-lidstaten en tussen EU-lidstaten en derde landen. Het gaat hier om situaties waarbij een belastingvoordeel wordt behaald door gebruik te maken van verschillen tussen belastingstelsels in de fiscale behandeling van lichamen, instrumenten of vaste inrichtingen. De verschillen in de stelsels kunnen leiden tot de aftrekbaarheid van een betaling in het ene land zonder heffing van de opbrengst in het andere land, oftewel een aftrek zonder betrekking in de heffing, of dat eenzelfde betaling meerdere malen in aftrek wordt gebracht, oftewel een dubbele aftrek.<sup>7</sup> Deze aanpassingen zijn vervolgens aangenomen op 29 mei 2017.<sup>8</sup>

Alhoewel met de komst van ATAD 1 en ATAD 2 veel vormen van belastingontwijking worden aangepakt, bestond nog geen regeling tegen het gebruik van doorstroomvennootschappen. Dit zijn lege vennootschappen die niet of nauwelijks economische activiteiten verrichten, maar fungeren als doorstroomstation van winsten naar laag belaste landen. De Commissie heeft op 22 december 2021 het richtlijnvoorstel 2021/0434 (CNS), COM (2021) 565 final (hierna: Unshell-richtlijn<sup>9</sup>) gepresenteerd. De richtlijn is bedoeld om belastingontwijking met behulp van “shell entiteiten” aan te pakken. Hierbij worden ondernemingen aangemerkt als “shell entiteit” indien zij voldoen aan de zogenoemde *gateways* en tevens niet genoeg substance bevatten.

## 1.2 Probleemstelling en onderzoeksopzet

De vraag blijft echter of de Unshell-richtlijn een toegevoegde waarde heeft bij de aanpak van doorstroomvennootschappen en in hoeverre daadwerkelijk doorstroomvennootschappen worden aangepakt. Uit het algemene antimisbruik beginsel van de EU volgt namelijk dat lidstaten misbruik van doorstroomvennootschappen moeten bestrijden. Hiertoe zijn door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) substance criteria omschreven om te bepalen of sprake is van een misbruiksituatie. Daarbij kent Nederland al substance criteria, waarmee de strijd met doorstroomvennootschappen reeds is begonnen. Hierdoor blijft de vraag hangen of de Unshell-richtlijn daadwerkelijk van toegevoegde waarde is in de bestrijding van “shell entiteiten” in Nederland. De onderzoeksvraag die met dit onderzoek wordt behandeld, luidt derhalve als volgt:

---

<sup>6</sup> Richtlijn 2016/1164/EU van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

<sup>7</sup> Brandsma, Pancham & Smit 2022, in: Cursus Belastingrecht par. EBR.8.5.10.

<sup>8</sup> Richtlijn 2017/952/EU van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen.

<sup>9</sup> Ook wel bekend als Anti Tax Avoidance Directive 3 (ATAD 3).

*“In hoeverre voegt het Unshell-richtlijnvoorstel iets toe aan de vaststelling van een lege entiteit tot “shell entiteiten” naast de reeds bestaande EU/NL/Verdragsrechtelijke substance criteria en hoe zou het Unshell-richtlijnvoorstel verbeterd kunnen worden”*

Om tot de beantwoording van de onderzoeksvraag te komen, dienen allereerst een aantal deelvragen te worden beantwoord. De volgende deelvragen zullen worden behandeld in dit onderzoek:

1. *Wat zijn “shell entiteiten”, wat zijn kenmerken van “shell entiteiten”, hoe worden deze gebruikt en in welke mate komen “shell entiteiten” voor?*

Alvorens tot een goede bestrijding van “shell entiteiten” te kunnen komen en entiteiten aan te kunnen merken als “shell entiteit”, moet als eerst een goed beeld worden gevormd over wat “shell entiteiten” precies zijn, welke kenmerken deze entiteiten hebben en hoe deze gebruikt worden in de fiscale structuur om belastingen te ontwijken. Tevens zal aan bod komen hoe groot het probleem van belastingontwijking met “shell entiteiten” is in Nederland. De eerste deelvraag zal dan ook dienen om een beter beeld te krijgen van “shell entiteiten”.

2. *Hoe is de Unshell-richtlijn tot stand gekomen en wanneer is er sprake van een “shell entiteit” volgens de Unshell-richtlijn?*

Na de vaststelling van wat een “shell entiteit” is en hoe deze op dit moment gebruikt worden, zal worden gekeken naar het nieuwe Unshell-richtlijnvoorstel. Er zal achtereenvolgens uiteengezet worden hoe het richtlijnvoorstel tot stand is gekomen, op welke gronden de Commissie de richtlijn kan invoeren en welke elementen belangrijk zijn bij de inhoudstoets in het richtlijnvoorstel. De bedoeling van deze toets is om te achterhalen of een entiteit gebruikt wordt om belastingen te ontwijken en een “shell entiteit” is. Hierbij moet de entiteit aan een aantal voorwaarden voldoen alvorens het aangemerkt wordt als “shell entiteit”. Deze voorwaarden en de interpretatie hiervan zullen hierbij worden uiteengezet.

3. *Wat zijn de huidige substance criteria die voortvloeien uit EU-recht, uit de Nederlandse wetgeving en uit verdragen?*

Nadat duidelijk is geworden hoe de Unshell-richtlijn precies werkt, zal toegelicht worden welke criteria op dit moment gebruikt worden om misbruik van lege entiteiten te bestrijden. Hierbij zal allereerst gekeken worden welke substance criteria volgen uit het EU-recht. Daarbij zal duidelijk worden welke substance criteria het HvJ gebruikt voor de vaststelling van een “shell entiteit”. Vervolgens zal ingegaan



worden op de substance criteria die volgen uit de Nederlandse wet. Tenslotte zal gekeken worden wanneer sprake is van minimum substance in verdragen. Hierbij zal onder andere worden ingegaan op de principal purpose test (hierna: PPT).

4. *Volgt uit de nieuwe Unshell-richtlijn een verbetering met betrekking tot de vaststelling van een “shell-entiteit” ten opzichte van de huidige substance criteria die volgen uit het EU-recht, Nederlands recht en verdragen?*

De laatste deelvraag omvat de vergelijkende analyse tussen de Unshell-richtlijn en met de in de derde deelvraag vastgestelde substance criteria die nu gelden. Aan de hand van deze analyse kan een oordeel worden geveld in hoeverre tot de vaststelling van “shell entiteiten” wordt toegekomen met de Unshell-richtlijn met inachtneming van de al geldende criteria en wat verbeterd kan worden in het richtlijnvoorstel.

Uit deze vier deelvragen kan vervolgens de hoofdvraag van dit onderzoek worden beantwoord. Hieruit zal blijken of het Unshell-richtlijnvoorstel van toegevoegde waarde is in de bestrijding van “shell entiteiten”.

### **1.3 Afbakening**

Er bestaan uiteraard al substance criteria om te kijken of een entiteit economische activiteiten verricht en niet fungeert als “shell entiteit”. Een meerderheid van deze criteria is ingebed in verschillende Europese richtlijnen en in de Nederlandse wetgeving. Het is derhalve niet relevant om in alle details te treden over hoe de verschillende richtlijnen of verschillende regelingen in de Nederlandse wet moeten worden toegepast. Voor dit onderzoek zullen dan ook alleen de relevante punten worden uiteengezet. In dit onderzoek zullen ook de uit de Europese jurisprudentie voortkomende substance criteria worden uiteengezet. Hierbij zullen de arresten niet tot in detail worden behandeld, maar zullen deze in hoofdlijnen worden weergegeven. Dit onderzoek bevat evenmin een grondige economische en cijfermatige analyse van de gevolgen voor “shell entiteiten” indien het Unshell-richtlijnvoorstel wordt aangenomen en geïmplementeerd zou moeten worden in de Nederlandse wetgeving doch zullen een aantal cijfermatige feiten worden genoemd met betrekking tot “shell entiteiten” om de relevantie van de bestrijding van deze entiteiten weer te geven. Er bestaat momenteel veel discussie over het Unshell-richtlijnvoorstel.<sup>10</sup> In dit onderzoek zal dan ook worden uitgegaan van het laatste gepubliceerde voorstel.

---

<sup>10</sup> Lamer, *Tax Notes Int'l* 22 maart 2023.

## Hoofdstuk 2 Shell entiteiten

### 2.1 Inleiding

Alvorens gekeken zal worden wanneer een “shell entiteit” substance heeft volgens de Unshell-richtlijn is het belangrijk om een beter beeld te krijgen van wat “shell entiteiten” precies zijn. Het is dan ook noodzakelijk om te achterhalen welke kenmerken “shell entiteiten” hebben. Daarnaast is het van belang om het doel van het gebruik van “shell entiteiten” te achterhalen. Immers zonder het doel te weten, zal de vaststelling van wanneer sprake is van een “shell entiteit” lastig zijn. Er zal dan ook worden uiteengezet op wat voor manieren “shell entiteiten” worden gebruikt. Tenslotte zal worden gekeken in welke mate “shell entiteiten” voorkomen in de EU en in Nederland om zo het belang van de bestrijding van deze entiteiten weer te geven. In dit hoofdstuk wordt dan ook getracht de volgende vragen te beantwoorden:

*“Wat zijn “shell entiteiten”, wat zijn kenmerken van “shell entiteiten”, hoe worden deze gebruikt en in welke mate komen “shell entiteiten” voor?”*

### 2.2 Algemeen

#### 2.2.1 Definitie

Het fenomeen “shell entiteiten” is niet iets wat recentelijk is ontstaan. Het bestaat al erg lang, desondanks is er nog steeds geen standaard definitie van wat een “shell entiteit” precies is.<sup>11</sup> Dit komt voornamelijk doordat naast de term “shell entiteit” nog verschillende andere termen worden gebruikt om inhoudelijk hetzelfde te zeggen, te denken valt aan “letter box companies” of “paper companies”. Daarnaast is de definitie sterk afhankelijk van de context waar de entiteit zich in bevindt, bijvoorbeeld de fiscaliteit, sociale zaken of witwassen.<sup>12</sup> Het zal dan ook niet verbazen dat veel Europese lidstaten geen wettelijke definitie hebben van een “shell entiteit”, noch een wettelijke definitie van wat een “echte” onderneming is.<sup>13</sup>

Niettemin bestaan er wel verschillende definities op EU-niveau alsmede (inter)nationaal niveau, zo definieert The Financial Action Task Force (hierna: FATF) in zijn Guidance paper on transparency of beneficial ownership een “shell company” als ‘*companies that have no independent operations, significant assets, ongoing business activities, or employees*’<sup>14</sup>, terwijl het International Bureau of Fiscal Documentation (hierna: IBFD) in haar Tax Glossary aangeeft dat het een bedrijf is dat ‘*is formally*

---

<sup>11</sup> Impact assessment report bij het richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) tot vaststelling van regels ter voorkoming van misbruik van lege entiteiten voor belastingdoeleinden en tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 22 december 2021.

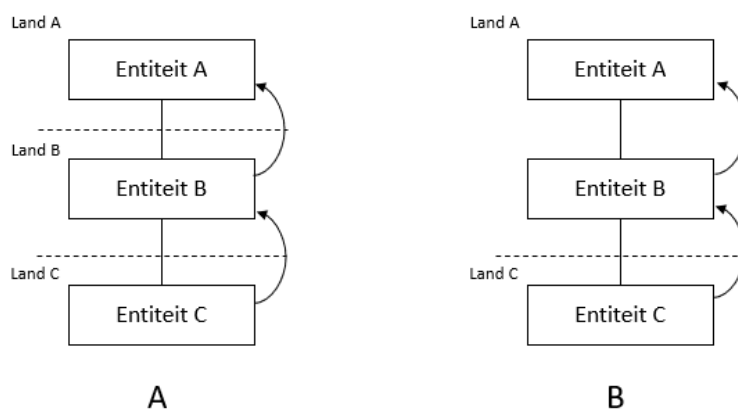
<sup>12</sup> ICF Consulting Services Ltd, ‘Commission Study on Letterbox Companies’, 2021, par. 2.1. Křišto & Thirion, ‘An overview of shell companies in the European Union’, EPRS oktober 2018, par. 1.2.

<sup>13</sup> Hastings & Cremers, ‘Developing an Approach for Tackling Letterbox Companies’, november 2017, par. 2.1.

<sup>14</sup> Financial Action Task Force, ‘Concealment of beneficial ownership’, 2018.

*incorporated and registered under the laws of a particular jurisdiction but that lacks any further business substance. Such companies are typically based in low or no-tax countries and used to accumulate profits diverted from high tax countries*.<sup>15</sup> In de Tax Glossary wordt daarbij aangegeven dat synoniemen voor “shell entity” alsmede omvatten “letter box company”, “Money box company” en “Paper company”. Het lijkt er dan ook op dat de IBFD een standaard definitie gebruikt. Enigszins merkwaardig te noemen, is het feit dat de OESO daarentegen verschillende definities hanteert voor “letter box companies” en “shell companies”, zo wordt een “letter box company” gedefinieerd als ‘*a paper company, shell company or money box company, i.e. a company which has compiled only with the bare essentials for organization and registration in a particular country. The actual commercial activities are carried out in another country*’ en een “shell company” als ‘*a company set up by fraudulent operators as a front to conceal tax evasion schemes*’.<sup>16</sup> Verder worden “shell entiteiten” in de literatuur ook omschreven als “*an entity that has no significant assets or ongoing business activities and has disguised its ownership in order to operate without scrutiny from law enforcement or the public*”<sup>17</sup>, “*Undertaking that is set up with the intention of circumventing legal and conventional obligations*”<sup>18</sup> en “*Letterbox companies are legal entities set up by businesses to benefit from a regulatory framework in a jurisdiction in which they have little or no material operations*”<sup>19</sup>. Kortom er zijn veel verschillende termen en definities voor het fenomeen “shell entities”. Mijns inziens zijn de verschillende termen wel overlappend en behoren deze hetzelfde uitgelegd te worden voor de fiscaliteit, echter moet dit nog wel in een alomvattende definitie van een “shell entiteit” worden omgezet.

Hierbij moet wat mij betreft onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties, welke het beste kunnen worden weergegeven met een voorbeeld.



*Figuur 1.1*

<sup>15</sup> IBFD, International Tax Glossary.

<sup>16</sup> OECD, Glossary of Tax Terms.

<sup>17</sup> Vail, ‘Cracking Shells: The Panama Papers & Looking to the European Union’s Anti-Money Laundering Directive as a Framework for Implementing a Multilateral Agreement to Combat the Harmful Effects of Shell Companies’, 5 Tex. A&M L. Rev. 133 (2018), par. 3A.

<sup>18</sup> Heinen, Muller & Kessler, ‘Liability in Subcontracting Chains: National Rules and the Need for a European Framework. European Parliament: Legal and Parliamentary Affairs’, juli 2017, p. 8.

<sup>19</sup> McGauran, ‘Ending Regulatory Avoidance through the Use of Letterbox Companies’, maart 2020, ETUI Research Paper - Policy Brief 3/2020, p. 1.

Het gaat hierbij om een concern dat bestaat uit drie entiteiten, die allen gevestigd zijn in een andere staat (figuur 1.1A). Entiteit B ontvangt rente, royalty's of dividenden van entiteit C en geeft deze door aan entiteit A. In dit geval kan entiteit B een "shell entiteit" zijn, indien het geen economische activiteit verricht en tussen entiteit A en C is geplaatst om zo een fiscaal voordeel te behalen. In de andere situatie (figuur 1.1B) gaat het tevens om een concern met drie entiteiten, echter bevinden entiteit A en B zich nu in dezelfde staat. Entiteit B krijgt rente, royalty's of dividenden van entiteit C en geeft deze tevens weer door aan entiteit A. In dit geval kan tevens sprake zijn van een "shell entiteit" als entiteit B geen economische activiteit verricht en is tussen geplaatst om een fiscaal voordeel te behalen. In deze tweede situatie zouden echter geen fiscale gevolgen moeten zijn voor entiteit B, immers deze is in dezelfde staat gevestigd als haar aandeelhouders. Er bestaat dan ook geen risico op belastingontduiking of -ontwijking. Alsdan is mijns inziens sprake van een "shell entiteit" indien:

- De entiteit rente, royalty's en of dividenden ontvangt van een entiteit dat gevestigd is een andere lidstaat;
- De entiteit de ontvangen rente, royalty's en of dividenden doorstoot naar haar aandeelhouder(s);
- Het voornaamste doel van het gebruiken van de entiteit, het behalen van een fiscaal voordeel is; en
- De entiteit geen substantiële economische activiteit verricht, anders dan het doorstoten van de ontvangen betalingen.

Het is noodzakelijk om te kijken met welk doel een "shell entiteit" wordt gebruikt, omdat het doel uiteraard ook gerechtvaardigd kan zijn, immers als entiteiten in dezelfde staat gevestigd zijn, zal vaak geen fiscaal doel ten grondslag liggen aan het gebruik van de "shell entiteit". Alsdan moet zoals eerder aangegeven geen consequenties zijn voor de "shell entiteit". De vraag is echter wat de uitkomst zou zijn als een entiteit meerdere aandeelhouders heeft, waarvan een deel in het buitenland gevestigd is/woont. Mijns inziens zou de entiteit dan wel kunnen voldoen aan het derde criterium. Het is evenwel mogelijk dat groepsfinancieringsactiviteiten kunnen kwalificeren als een substantiële economische activiteit. Het is dus niet zo dat de entiteit nog andere activiteiten moet verrichten. Als de groepsfinancieringsactiviteiten dusdanig groot zijn, is namelijk sprake van een substantiële economische activiteit. Er dient daarbij met name gekeken te worden naar de substance van de entiteit om te bepalen of de groepsfinancieringsactiviteiten van voldoende omvang zijn.

### 2.2.2 Kenmerken

Alhoewel er geen alomvattende standaard definitie is voor het begrip "shell entiteit" bevat vrijwel elke definitie, die in de literatuur genoemd worden, een aantal kenmerken waaraan "shell entiteiten" herkend kunnen worden. Het voornaamste kenmerk waaraan "shell entiteiten" kunnen worden herkend, is het ontbreken van een substantiële economische activiteit in de lidstaat van oprichting. Dit wordt vaak

afgeschilderd als de aanwezigheid van een kunstmatige constructie, waarbij het uitoefenen van de economische activiteit (juridisch gezien) niet overeenkomt met wat er in de werkelijkheid gebeurt (materieel).<sup>20</sup> Het niet bestaan van een substantiële economische activiteit wordt vaak ook in rechtstreeks verband gebracht met een grensoverschrijdend element, namelijk dat de economische activiteit in het buitenland wordt verricht in plaats van in het land van registratie. Dit wil echter niet zeggen dat in nationaal verband geen “shell entiteiten” zijn. Een derde kenmerk is dat de entiteiten door trust- en bedrijfsdienstverleners worden geadviseerd met betrekking tot de kunstmatige constructie om ervoor te zorgen dat wordt voldaan aan rechten en plichten, eventuele substance eisen en wijzigingen in regelgeving. Wat erop neerkomt dat de trust- en bedrijfsdienstverleners ervoor zorgen dat de kunstmatige constructie in stand kan worden gehouden door te voldoen aan de minimumeisen waarbij geen sprake is van een “shell entiteit”, terwijl de entiteit dat in feite wel is. Door middel van deze trustee-diensten worden daarbij ook vaak de eigendomsverhoudingen verborgen.<sup>21</sup>

Het European Parliamentary Research Service (hierna: EPRS) daarentegen onderscheidt in haar onderzoek 3 soorten shell entiteiten. De eerste categorie is de anonieme lege vennootschap. Deze categorie “shell entiteiten” bieden voornamelijk anonimiteit, wat inhoudt dat de ultimate beneficial owner (hierna: UBO) verborgen blijft achter de lege entiteit of achter een keten van onderling verboden lege entiteiten, die in verschillende belastingjurisdicties zijn gevestigd. De tweede categorie behelst de brievenbusmaatschappij. In tegenstelling tot de anonieme lege vennootschap gaat het bij de brievenbusmaatschappij erom dat zij in één lidstaat is geregistreerd, terwijl de economische activiteiten van het concern waartoe het behoort, plaatsvindt in een andere lidstaat. Tenslotte is er ook nog de Special Purpose Entiteit. De kernactiviteiten hiervan bestaan voornamelijk uit concernfinancierings- of holdingactiviteiten. Deze shell entiteiten hebben geen of weinig werknemers en vrijwel geen of weinig fysieke aanwezigheid in het land van vestiging. Tevens bestaan de activa en passiva alleen uit investeringen in of uit andere landen. Deze vorm wordt vaak in verband gebracht met ATP.<sup>22</sup> Hier komt dan ook duidelijk naar voren dat “shell entiteiten” in verschillende vormen voorkomen. Het onderscheid tussen deze “shell entiteiten” is echter het doel waarvoor ze gebruikt worden. Hier dient mijns inziens dan ook zoals reeds aangegeven rekening mee gehouden te worden, immers als het niet gebruikt wordt voor fiscale doeleinden wordt ook niet beoogd om een fiscaal voordeel te behalen en behoren ze niet te worden aangepakt voor de fiscaliteit.

Uit de recente openbare raadpleging door TAXUD op 4 juni 2021 is ook gebleken dat het ontbreken van een eigen bankrekening en dat de meerderheid van de bestuurders niet woont in het land waar de entiteit is gevestigd kenmerken van “shell entiteiten” zijn. Wat opvalt uit de enquête is dat het aantal

---

<sup>20</sup> Krišto & Thirion, ‘An overview of shell companies in the European Union’, EPRS oktober 2018, par. 2.1. McGauran, ‘Ending Regulatory Avoidance through the Use of Letterbox Companies’, maart 2020, ETUI Research Paper - Policy Brief 3/2020, p. 2.

<sup>21</sup> McGauran, ‘Ending Regulatory Avoidance through the Use of Letterbox Companies’, maart 2020, ETUI Research Paper - Policy Brief 3/2020, p.2.

<sup>22</sup> Krišto & Thirion, ‘An overview of shell companies in the European Union’, EPRS oktober 2018, par. 1.2.

werknemers geen graadmeter is of sprake is van een shell entiteit, terwijl het EPRS dit wel noemt. Verder blijkt dat een groter risico op misbruik bestaat indien shell entiteiten zich bezighouden met het beheren van eigen vermogen of intellectuele eigendom of financiering- en leasingactiviteiten. De rechtsvorm waarin dit gebeurt maakt tevens niet uit, maar er wordt aangegeven dat de risico bij trusts hoger ligt. Tenslotte maakt het niet uit of de entiteit een kleine of middelgrote onderneming is.<sup>23</sup>

Toegesplitst op Nederland komen de bovengenoemde kenmerken ook terug in het rapport van de Commissie Doorstroomvennootschappen. Hierin staat vermeldt dat om te kijken of sprake is van een doorstroomvennootschap moet worden gekeken naar een zestal kenmerken. Ten eerste moet er een Nederlandse entiteit aanwezig zijn, dat wil zeggen een naar Nederlands recht opgerichte entiteit of naar buitenlands recht opgerichte entiteit die feitelijk in Nederland is gevestigd. Het maakt hierbij niet uit wat de rechtsvorm van de entiteit is. Het kan dus zowel een rechtspersoon alsmede een transparante entiteit zijn. Ten tweede moet de Nederlandse entiteit voornamelijk transacties uitvoeren met (direct of indirect) gelieerde partijen. De Nederlandse entiteit heeft daarnaast geen reële aanwezigheid in Nederland, oftewel het heeft geen eigen kantoor of wordt beheerd door een trustkantoor. Ook als sprake is van beperkte aanwezigheid in de vorm van een klein eigen kantoor met slecht enkele werknemers is geen sprake van een reële aanwezigheid. De Nederlandse entiteit wordt daarnaast gebruikt in de internationale structuur om één of meer financiële, fiscale, juridische of andere voordelen te verkrijgen. Ten vijfde stroomt door de Nederlandse entiteit aanzienlijke bedragen van en naar het buitenland. Het gaat hierbij om dividenden, renten, royalty's, huur of lease. Naast deze activiteiten worden geen andere activiteiten uitgevoerd. Tenslotte moet er sprake zijn van een aanzienlijke balanspositie, bijvoorbeeld door verschillende deelnemingen in (buitenlandse) dochtervennootschappen met een hoge boekwaarde.<sup>24</sup> In het onderzoek van SEO economisch onderzoek (hierna: SEO) wordt tevens aangegeven dat bijzondere financiële instellingen (c.q. "shell entiteiten", doorstroomvennootschappen of brievenbusmaatschappijen) vaak direct of indirect in buitenlandse handen zijn en dat zij een schakel vormen in de financieringsactiviteiten van een internationale concern in de zin dat zij financiële middelen uit het buitenland verkrijgen en deze weer doorgeven aan het buitenland. Deze middelen kunnen zowel van buitenlandse groepsentiteiten of andere bronnen, zoals banken, komen. Tenslotte beheren zij ook vaak deelnemingen en intellectuele eigendomsrechten van de internationale groep.<sup>25</sup>

Om een entiteit wat mij betreft aan te merken in het kader van de definitie die gegeven is in paragraaf 2.2.1 zijn mijns inziens dan ook de volgende kenmerken tevens van belang:

- Of de entiteit een eigen bankrekening heeft in de gevestigde staat;

---

<sup>23</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) tot vaststelling van regels ter voorkoming van misbruik van lege entiteiten voor belastingdoeleinden en tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 22 december 2021, p. 5.

<sup>24</sup> Commissie Doorstroomvennootschappen, 'Op weg naar acceptabele doorstroom', oktober 2021, par. 2.3.

<sup>25</sup> Hers, Witteman & Rougoor, 'Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi's', amsterdam oktober 2018, Bijlage A.

- Het aantal werknemers alsmede hoeveel loonkosten hierbij gemoeid zijn en of dit past bij de activiteiten die de entiteit uitvoert;
- De balans van de entiteit (of deze grotendeels bestaat uit buitenlandse deelnemingen en of intellectuele eigendomsrechten);
- De mate waarin de entiteit rente, royalty's en of dividenden verkrijgt en deze weer doorstoot (hoeveelheid); en
- Het beheer van de entiteit (of de bestuurders de beslissingen kunnen nemen en de entiteit vrij kan beschikken over de eigen middelen).

Wel moet opgemerkt worden dat het niet zo hoeft te zijn dat aan alle bovengenoemde kenmerken moet worden voldaan. Indien wordt voldaan aan een aantal van de bovengenoemde kenmerken kan al sprake zijn van een doorstroomvennootschap (c.q. "shell entiteit", bijzondere financiële instelling of brievenbusmaatschappij). Het gaat daarbij ook niet om een uitputtende lijst.

### 2.2.3 Gebruik van shell entiteiten

Wat betreft het gebruik van "shell entiteiten" is het uitermate lastig om te bepalen waarvoor ze precies worden gebruikt. Alhoewel het meer illegitieme gebruik van lege vennootschappen vaak de krantenkoppen halen<sup>26</sup>, zijn er ook legitieme redenen om een lege vennootschap op te richten, te denken valt onder andere aan het verbergen van rijkdommen in landen waar ontvoering van rijke personen en het vragen van losgeld gebruikelijk zijn, het financieren van buitenlandse activiteiten, investeren in buitenlandse kapitaal markten en om overdracht van eigen activa te vergemakkelijken.<sup>27</sup> Meerdere rapporten en enquêtes concluderen daarnaast dat lege vennootschappen worden gebruikt voor criminele activiteiten. Het FATF meldt bijvoorbeeld dat lege vennootschappen worden gebruikt voor omkoping.<sup>28</sup> Daarnaast heeft de OESO in 2001 al gewezen op het feit dat "shell entiteiten" voor verschillende illegale activiteiten kunnen worden gebruikt. Het gaat hierbij onder meer om witwassen van geld, omkoping en corruptie, het verbergen van activa voor schuldeisers, marktfraude en ontduiking van informatieverplichtingen.<sup>29</sup> Maar wellicht de meest voorkomende reden om lege vennootschappen te gebruiken is het ontwijken en ontduiken van belastingen, waarbij in het algemeen bekend is dat het

<sup>26</sup> Zie bijvoorbeeld: 'OM: Nederlander spil fiscale fraude', NOS 17 juni 2014, <https://nos.nl/artikel/662226-om-nederlander-spil-fiscale-fraude>. T. Fox & K. Shaar, 'Syria using maze of shell companies to avoid sanctions on Assad regime's elite', *the Guardian* 22 maart 2022, <https://www.theguardian.com/global-development/2022/mar/22/syria-using-maze-of-shell-companies-to-avoid-sanctions-on-assad-regimes-elite>. J. Drucker & S. Bowers, 'After a Tax Crackdown, Apple Found a New Shelter for Its Profits', *The New York Times* 6 november 2017, <https://www.nytimes.com/2017/11/06/world/apple-taxes-jersey.html>.

<sup>27</sup> Vail, 'Cracking Shells: The Panama Papers & Looking to the European Union's Anti-Money Laundering Directive as a Framework for Implementing a Multilateral Agreement to Combat the Harmful Effects of Shell Companies', 5 *Tex. A&M L. Rev.* 133 (2018), par. 3B.

<sup>28</sup> Financial Action Task Force, 'Report on Non-Cooperative Countries and Territories', 14 Februari 2000, p. 4.

<sup>29</sup> OECD, 'Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes', 2001, p. 33-37.

ontwijken van belastingen legaal is en het ontduiken van belastingen illegaal.<sup>30</sup> Voor de fiscaliteit zal uiteraard dit laatste doel van belang zijn.

### 2.3 Shell entiteiten in de EU

Zoals reeds aangegeven onderscheid het ERPS 3 soorten lege vennootschappen van elkaar, namelijk (1) de anonieme lege vennootschap, (2) de brievenbusmaatschappij en (3) de Special Purpose Entiteit. Omdat er geen beschikbare data zijn over lege vennootschappen, gebruikt het ERPS 3 proxy's om te onderzoeken in welke mate deze entiteiten in de EU voorkomen, namelijk (1) het aantal ondernemingen in buitenlandse handen, (2) directe buitenlandse investeringen (hierna: DBI) en (3) de winstkloof tussen buitenlandse en binnenlandse bedrijven.<sup>31</sup>

Met behulp van de eerste proxy, het aantal ondernemingen in buitenlandse handen, is het eigenlijk niet mogelijk om te bepalen hoeveel lege vennootschappen zich bevinden in de EU. Het enkel en alleen in buitenlandse handen in bezit zijn van een vennootschap duidt er niet op dat sprake is van een lege vennootschap, echter wordt het aantal ondernemingen in buitenlandse handen wel gebruikt als een indicator voor agressieve tax planning.<sup>32</sup> In 2015 blijken ongeveer 420.000 ondernemingen in buitenlandse handen te zijn, waarvan het overgrote deel (227.000) zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden. Het gaat hierbij om ondernemingen die een aandeelhouder hebben, die zich niet in de lidstaat bevindt waar de onderneming is gevestigd.<sup>33</sup> Anders dan het aantal ondernemingen wordt ook gekeken naar de hoeveelheid DBI, wat weergeeft hoeveel investeringen in EU-lidstaten worden gedaan (inbound) en hoeveel investeringen EU-lidstaten doen in andere landen (outbound). De inbound en outbound DBI wordt dan ook met elkaar vergeleken en tevens afgezet tegen het bruto binnenlands product. Alhoewel de DBI geen goede indicator is om belastingontwijking te monitoren, omdat de DBI ook werkelijke economische groei weergeeft en niet enkel belastingontwijking/ontduiking<sup>34</sup>, wordt het gebruikt om aan te geven hoe aantrekkelijk het is voor landen om een holdingmaatschappij te hebben, waarbij deze holdingmaatschappijen vaak in handen zijn van buitenlandse entiteiten, in bepaalde landen.<sup>35</sup> Uit de DBI statistieken blijkt dat voornamelijk Luxemburg, Cyprus, Malta, Nederland en Ierland erg in trek zijn, zo heeft Malta bijvoorbeeld een inbound DBI dat gelijk is aan 17 keer het bruto binnenlands product van dat land, terwijl Nederland een inbound DBI heeft dat gelijk is aan vijf keer het bruto binnenlands product.<sup>36</sup> Het gaat dan ook om hele grote "investeringen" in de EU landen. Tenslotte wordt ook gekeken

---

<sup>30</sup> N. Lgarah en D.A. Groenewoud, 'Verslag van het seminar 'Belastingontduiking versus belastingontwijking, verschuivende grenzen'', *WFR* 2021/120, par. 2.

<sup>31</sup> Krišto & Thirion, 'An overview of shell companies in the European Union', EPRS oktober 2018, par. 2.1 en 2.2.

<sup>32</sup> Institute for Advanced Studies, 'Aggressive tax planning indicators', TAXUD Taxation papers, Working paper No 71, oktober 2017, tabel 31 p. 122.

<sup>33</sup> Krišto & Thirion, 'An overview of shell companies in the European Union', EPRS oktober 2018, par. 2.3.

<sup>34</sup> *Kamerstukken II* 2019/20, 25 087, nr. 259, p. 3.

<sup>35</sup> Institute for Advanced Studies, 'Aggressive tax planning indicators', TAXUD Taxation papers, Working paper No 71, oktober 2017, tabel 31 p. 68 en 69.

<sup>36</sup> Krišto & Thirion, 'An overview of shell companies in the European Union', EPRS oktober 2018, par. 2.4.



naar de winstkloof tussen binnenlandse en buitenlandse bedrijven. Hieruit blijkt dat voornamelijk bedrijven die in buitenlandse handen zijn veel meer winst maken dan de lokale bedrijven.<sup>37</sup> Een mogelijke verklaring hiervoor is dat multinationals immateriële activa plaatsen in laagbelastende jurisdicties en winsten verplaatsen (o.a. door middel van transfer pricing) van landen die hoge belastingen kennen naar landen die lage belastingen kennen.<sup>38</sup>

Alhoewel deze proxy 's op zichzelf bezien niet kunnen aantonen dat er lege vennootschappen zijn in de EU en indien dat wel het geval zou zijn hoeveel lege vennootschappen zich in de EU bevinden en wat hun impact is, kan door deze proxy 's te combineren wel een algemeen beeld geschetst worden van de aanwezigheid van lege entiteiten en hun impact.<sup>39</sup>

## **2.4 Shell entiteiten in Nederland**

### *2.4.1 Aantal en balansomvang*

Uit data van De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) blijkt dat Nederland Begin 2003 8300 doorstroomvennootschappen kende. Dit aantal is in de jaren daarna echter enorm gegroeid met als hoogtepunt 16.900 doorstroomvennootschappen eind 2014, waarna dit aantal is gedaald tot 15.000 doorstroomvennootschappen begin 2018.<sup>40</sup> Eind 2019 was het aantal doorstroomvennootschappen ongeveer 12.400. Het lijkt er echter op dat het werkelijk aantal doorstroomvennootschappen veel meer is volgt uit de methode die het DNB hanteert. Sinds 2018 hanteert de DNB namelijk een nieuwe definitie om bijzondere financiële instellingen te kwalificeren. In de nieuwe definitie kwalificeren entiteiten die niet-financiële activiteiten zijn gaan exploiteren en meer dan vijf werknemers hebben, die de dienstverlening verzorgen aan groepsmaatschappijen, niet meer als bijzondere financiële instellingen.<sup>41</sup> Ook hier blijkt wel weer dat de definitie van een doorstroomvennootschap doorslaggevend is in de bepaling, immers doordat het exploiteren van niet-financiële activiteiten en het hebben van meer dan vijf werknemers nu niet meer wordt gezien als een bijzondere financiële instelling volgt uit het onderzoek dat het aantal doorstroomvennootschappen is gedaald. De vraag is of dit met de oude definitie ook het geval zou zijn. Hier wordt geen duidelijkheid over verschaft.

Daarentegen blijkt dat de balanstotalen, anders dan de stijging en de daaropvolgende daling van het aantal doorstroomvennootschappen, alleen een stijging doormaken. De balanstotalen zijn zo tussen 2004

---

<sup>37</sup> Krišto & Thirion, 'An overview of shell companies in the European Union', EPRS oktober 2018, par. 2.5.

<sup>38</sup> Tørsløv, Wier & Zucman, 'The Missing Profits of Nations', Working Paper, juli 2018, p. 19.

<sup>39</sup> Krišto & Thirion, 'An overview of shell companies in the European Union', EPRS oktober 2018, par. 2.6.

<sup>40</sup> Hers, Witteman & Rougoor, 'Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi's', amsterdam oktober 2018, par. 3.1. DNB, 'Bijzondere financiële instellingen van beperkt belang voor Nederlandse economie', 25 oktober 2018.

<sup>41</sup> Hers, Witteman & Rougoor, 'Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi's', amsterdam oktober 2018, par. 2.1. Commissie Doorstroomvennootschappen, 'Op weg naar acceptabele doorstroom', oktober 2021, par. 3.2. DNB, 'Afname activiteiten van vooral kleinere bfi's', 7 mei 2020.

en 2016 meer dan verdubbeld van €1000 miljard naar €2300 miljard.<sup>42</sup> Toch lijkt ook dit geen goede weergave van het daadwerkelijke aantal van de balanstotalen van de doorstroomvennootschappen, immers van het totaal aantal doorstroomvennootschappen wordt om het balanstotaal, inkomsten en uitgaven te achterhalen gekeken naar niet meer dan 1400 doorstroomvennootschappen in het onderzoek van de SEO. Wel bestrijken deze doorstroomvennootschappen 60% van de balans en inkomsten en 52% van de uitgaven.<sup>43</sup> De balanstotalen zijn vervolgens nog verder gestegen in 2017 en bedroegen ongeveer €3500 miljard.<sup>44</sup> Volgens de Commissie doorstroomvennootschappen bedroeg dit aantal in 2017 echter ongeveer €4500 miljard en is dit gelijk gebleven in 2019.<sup>45</sup> Dit aantal lijkt dichter tegen de werkelijkheid aan te komen dan de eerder vermelde aantallen. Het is daarentegen wel duidelijk dat zowel de activa als passivakant de van de balansen van doorstroomvennootschappen voornamelijk bestaan uit buitenlandse deelnemingen.<sup>46</sup> Deze vormen elk jaar ongeveer 50 tot 60 procent van de buitenlandse activa en tussen de 45 en 59 procent van de buitenlandse passiva. De overige activa bestaan voornamelijk uit vorderingen en eigendomsrechten. Effecten daarentegen zijn aan de activakant nooit meer dan 5%, terwijl zij ongeveer 17 tot 29 procent beslaan aan de passivakant. Dit duidt er volgens de SEO op dat veel van de doorstroomvennootschappen fungeren als financieringsmaatschappij voor de groep.<sup>47</sup>

#### 2.4.2 Inkomsten en uitgaven

Dit blijkt ook als gekeken wordt naar de inkomsten en uitgaven van de doorstroomvennootschappen. In de periode 2015 tot en met 2019 bedroegen de inkomensstromen namelijk gemiddeld €170 miljard per jaar aan dividend-, rente- en royaltybetalingen. De inkomende en uitgaande rente- en royaltystromen zijn daarbij vrijwel gelijk aan elkaar, terwijl de inkomende dividendstromen groter zijn dan de uitgaande dividendstromen. Het overgrote deel van deze inkomensstromen gaan direct (20,3 procent in de periode 2015 – 2019) dan wel indirect via laagbelastende jurisdicties (25,0 procent in de periode 2015 – 2019) naar de Verenigde Staten.<sup>48</sup> Het lijkt er dan ook op dat grotere (voornamelijk Amerikaanse) doorstroomvennootschappen ontvangen dividenden niet doorgeven aan de moedermaatschappij, maar herinvesteert in groepsmaatschappijen.<sup>49</sup> Het zou echter ook kunnen dat de Amerikaanse doorstroomvennootschappen wachten met het (direct) doorgeven van dividenden tot een voor hen gunstige periode, namelijk wanneer sprake is van een zogenoemde “*repatriation tax holiday*”. In die periode is het namelijk relatief goedkoop om winsten terug te halen naar de Verenigde Staten, omdat er

---

<sup>42</sup> Hers, Witteman & Rougoor, ‘Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi’s’, amsterdam oktober 2018, par. 3.2.

<sup>43</sup> Hers, Witteman & Rougoor, ‘Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi’s’, amsterdam oktober 2018, par. 3.1.

<sup>44</sup> DNB, ‘Afname activiteiten van vooral kleinere bfi’s’, 7 mei 2020.

<sup>45</sup> Commissie Doorstroomvennootschappen, ‘Op weg naar acceptabele doorstroom’, oktober 2021, par. 3.2.

<sup>46</sup> Hers, Witteman & Rougoor, ‘Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi’s’, amsterdam oktober 2018, par. 3.2. Commissie Doorstroomvennootschappen, ‘Op weg naar acceptabele doorstroom’, oktober 2021, par. 3.2.

<sup>47</sup> Hers, Witteman & Rougoor, ‘Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi’s’, amsterdam oktober 2018, par. 3.2.

<sup>48</sup> Commissie Doorstroomvennootschappen, ‘Op weg naar acceptabele doorstroom’, oktober 2021, par. 3.3.

<sup>49</sup> Lejour, Möhlmann & van ‘t Riet, ‘The immeasurable tax gains by Dutch shell companies’, *Int Tax Public Finance* 29, par. 1 en Hers, Witteman & Rougoor, ‘Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi’s’, amsterdam oktober 2018, par. 3.3.

dan een lager belastingtarief geldt. Onderzoek laat ook zien dat het daadwerkelijk het geval is dat Amerikaanse multinationals meer winsten terughalen wanneer sprake is van een “*repatriation tax holiday*”.<sup>50</sup> Van de inkomensstromen in de periode 2015 - 2019 bestaat daarnaast het overgrote deel (65 procent) uit dividenden en ingehouden winsten. De rentestromen bedroegen daarbij ongeveer 20 procent.<sup>51</sup> Het aandeel royaltystromen wordt volgens het SEO daarentegen steeds groter, namelijk van ongeveer 10 procent in 2004 naar 22 procent (inkomsten) en 30 procent (uitgaven) in 2016.<sup>52</sup> Er stroomt in 2021 echter al veel minder door de doorstroomvennootschappen in Nederland.

## 2.5 Deelconclusie

Het is erg lastig om te definiëren wat een “shell entiteit” precies is. Dit komt voornamelijk doordat “shell entiteiten” voor verschillende doeleinden worden gebruikt en de context van cruciaal belang is voor de definitie ervan. Daarbij worden verschillende termen gebruikt voor hetzelfde fenomeen, zo wordt met een “paper company” of “letter box company” in feite hetzelfde bedoeld als een “shell entiteit”. Er bestaat dan ook geen alomvattende definitie van wat een “shell entiteit” is. Desalniettemin wordt aan de term “shell entiteit” in verschillende onderzoek een betekenis gegeven en komen in veel van de onderzoeken elementen van de verschillende betekenissen terug. Mijns inziens is een “shell entiteit” een entiteit die (1) rente, royalty’s en of dividenden ontvangt van een entiteit die gevestigd is in een andere lidstaat, (2) de ontvangen rente, royalty’s en of dividenden doorstoot aan haar aandeelhouder(s), (3) die wordt gebruikt met als voornaamste doel het behalen van een fiscaal voordeel, en (4) geen substantiële economische activiteit verricht, anders dan het doorstoten van de ontvangen betalingen. Deze elementen weerspiegelen dan ook kenmerken die “shell entiteiten” hebben. De kenmerken van “shell entiteiten” zijn dan ook dat zij geen substantiële economische activiteit hebben, grensoverschrijdend opereren, gebruik maken van trustee-diensten, vaak betrokken zijn in concernfinancierings- en holdingactiviteiten, geen eigen bankrekening hebben, weinig tot geen werknemers in dienst hebben, activa en passiva hebben die voor het grootste gedeelte bestaan uit buitenlandse investeringen en vaak in handen zijn van buitenlandse entiteiten. “Shell entiteiten” worden ook voor verschillende doelen gebruikt. Dit behelst niet enkel illegitieme doeleinden, zoals witwassen van geld, omkoping en corruptie, het verbergen van activa voor schuldeisers, marktfraude en ontduiking van informatieverplichtingen, maar ook legitieme redenen, zoals het verbergen van rijkdommen in landen waar ontvoering van rijke personen en het vragen van losgeld gebruikelijk zijn, het financieren van buitenlandse activiteiten, investeren in buitenlandse kapitaal markten en om overdracht van eigen activa te vergemakkelijken. Voor de fiscaliteit is echter van belang dat “shell entiteiten” worden gebruikt voor het ontwijken en ontduiken van belastingen. Er moet rekening worden gehouden met het doel waarvoor een “shell entiteit” gebruikt

---

<sup>50</sup> Smolyansky, Suarez & Tabova, ‘U.S. Corporations’ Repatriation of Offshore Profits: Evidence from 2018’, augustus 2019.

<sup>51</sup> Commissie Doorstroomvennootschappen, ‘Op weg naar acceptabele doorstroom’, oktober 2021, par. 3.3.

<sup>52</sup> Hers, Witteman & Rougoor, ‘Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi’s’, amsterdam oktober 2018, par. 3.3.

wordt, want als de entiteit niet gebruikt wordt voor belastingontwijking of -ontduiking moeten geen fiscale gevolgen verbonden zijn aan het zijn van een “shell entiteit”. Het is echter niet precies duidelijk hoe groot het probleem met “shell entiteiten” is, doordat geen data beschikbaar is over “shell entiteiten”. Toch lijkt het erop, kijkende naar het aantal entiteiten dat in buitenlandse handen is, de directe buitenlandse investeringen en de winstkloof tussen lokale bedrijven en bedrijven die in handen zijn van buitenlandse entiteiten, dat het probleem (redelijk) groot te noemen is. Met name als dieper in de Nederlandse situatie gedoken wordt, blijkt dat de omvang alsmede het belang wat de “shell entiteiten” vertegenwoordigen aanzienlijk is, zo zijn er alleen in 2019 in Nederland al ongeveer 12.400 “shell entiteiten”, die een balanstotaal vertegenwoordiger van €4500 miljard. Door deze “shell entiteiten” stroomt ook nog eens 38,5 miljard aan dividend, rente en royalty’s in 2019. In 2021 is deze stroom echter al aanzienlijk gedaald.

## Hoofdstuk 3 De Unshell-richtlijn

### 3.1 Inleiding

Met de introductie van ATAD is een belangrijke stap gezet om belastingontwijking alsmede ontduiking te bestrijden. De volgende stap is inmiddels ook al gezet met het richtlijnvoorstel om misbruik van lege vennootschappen voor oneigenlijke belastingdoeleinden te bestrijden. In dit hoofdstuk zal allereerst gekeken worden naar de achtergrond van het Unshell-richtlijnvoorstel. Vervolgens zal gekeken worden op welke gronden de Commissie de richtlijn kan invoeren. Daarna zal gedoken worden in inhoudstoets van het Unshell-richtlijnvoorstel en gekeken worden aan welke voorwaarden voldaan moet worden om een entiteit aan te merken als een “shell entiteit”. Er zal tevens uiteengezet worden hoe deze voorwaarden geïnterpreteerd moeten worden. Tenslotte zal voor de volledigheid nog benoemd worden wat de gevolgen zijn indien sprake is van een “shell entiteit”. In dit hoofdstuk wordt getracht de volgende vragen te beantwoorden:

*Hoe is de Unshell-richtlijn tot stand gekomen en wanneer is er sprake van een “shell entiteit” volgens de Unshell-richtlijn?*

### 3.2 Achtergrond richtlijn

Op 18 mei 2021 kwam de Commissie met de mededeling<sup>53</sup> over de belastingheffing van ondernemingen in de 21e eeuw. In deze mededeling omschreef de Commissie de uitdagingen waarmee Europa te maken heeft op belastinggebied, onder andere het verouderde systeem van heffen van ondernemingswinsten, en een korte- en langetermijnvisie die het herstel van Europa na de COVID-19 pandemie moet ondersteunen door toereikende overheidsinkomsten in de komende jaren te genereren. In dit kader heeft de Commissie dan ook aangekondigd om uiterlijk in het vierde kwartaal van 2021 met een voorstel te komen om misbruik met behulp van lege vennootschappen aan te pakken om zo een robuuster, efficiënter en billijker belastingstelsel voor ondernemingen in de EU te vergaren.<sup>54</sup>

Op 22 december 2021 heeft de Commissie vervolgens dit initiatief richtlijnvoorstel gepresenteerd ter bestrijding van het misbruik van lege vennootschappen voor oneigenlijke belastingdoeleinden. Met het Unshell-richtlijnvoorstel heeft de Commissie ten doel gesteld om zowel belastingontwijking alsmede -ontduiking te bestrijden.<sup>55</sup> Alhoewel met ATAD al progressie is geboekt met het bestrijden van oneigenlijke belastingdoeleinden, blijkt uit onderzoek van het IBFD dat de bestaande EU-maatregelen niet toereikend genoeg zijn om belastingontwijking en -ontduiking met lege vennootschappen aan te pakken. Zodoende zijn dan ook extra maatregelen nodig om deze vorm van belastingontwijking aan te

---

<sup>53</sup> COM(2021) 251 final, p.11.

<sup>54</sup> Mededeling COM(2021) 251 final over Belastingheffing van ondernemingen in de 21e eeuw van de Commissie van 18 mei 2021, par. 3.1. Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, p.1.

<sup>55</sup> Impact assessment report bij het richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, par. 2.1.4.

pakken.<sup>56</sup> Het Unshell-richtlijnvoorstel moet er dan ook voor zorgen dat entiteiten in de EU, die geen of minimale economische activiteit hebben, geen belastingvoordelen kunnen genieten en geen financiële lasten voor de belastingbetalers met zich meebrengen. Dit zal ook het gelijke speelveld beschermen voor de overgrote meerderheid van de Europese bedrijven en zal ervoor zorgen dat gewone belastingbetalers geen extra financiële lasten hoeven te dragen door degenen die proberen te ontkomen aan het betalen van hun aandeel.<sup>57</sup>

### 3.3 Rechtsgrondslag

De vraag blijft echter of het noodzakelijk is een richtlijn samen te stellen op Europees niveau om doorstroomvennootschappen aan te pakken. Anders dan wat geldt voor de indirecte belasting, waar een harmonisatieopdracht voor geldt op grond van art. 113 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), geldt een harmonisatieopdracht voor de directe belastingen niet. De richtlijnen vinden hun grondslag in de algemene harmonisatiebevoegdheid, wat terug te vinden is in art. 115 VWEU. Op grond van dit artikel kunnen richtlijnen worden vastgesteld, die rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of werking van de interne markt. Er geldt wel een unanimiteitsvereiste voor fiscale bepalingen, alsdan kunnen deze niet worden aangenomen met een gekwalificeerde meerderheid zoals neergelegd in art. 114 lid 1 VWEU op grond van art. 114 lid 2 VWEU.<sup>58</sup> Daarbij moet wel bij elke verordening of richtlijn worden aangegeven hoe het voorstel aan het subsidiariteits- en evenredigheidsbeginsel voldoet.<sup>59</sup>

#### 3.3.1 Subsidiariteit

Volgens de Commissie wordt voldaan aan het subsidiariteitsbeginsel, neergelegd in art. 5 Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU). Bij het subsidiariteitsbeginsel gaat het erom dat de EU slechts mag optreden als de individuele lidstaten het op centraal, regionaal of lokaal niveau niet beter kunnen.<sup>60</sup> Het is alsdan beter volgens de Commissie dat er een gemeenschappelijke regeling is voor de gehele interne markt.

De voornaamste reden hiertoe zijn dat het aanpakken van grensoverschrijdende belastingontwijking- en ontduiking niet bij wijze van nationale regelingen door elk lidstaat afzonderlijk kan worden gerealiseerd. Het gebruik van doorstroomvennootschappen zonder minimum aan inhoud is namelijk niet beperkt tot het grondgebied van één lidstaat en heeft invloed op de belastingstelsels van meerdere lidstaten. Daarbij

---

<sup>56</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, p. 6 en 7.

<sup>57</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, p. 1 en 2.

<sup>58</sup> Weber 2022, in: *Cursus Belastingrecht* par. EBR.2.0.1.A.

<sup>59</sup> *Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht*, art. 5 VEU, aant. 1.5.3 (online, bijgewerkt 2 januari 2023).

<sup>60</sup> *Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht*, art. 5 VEU, aant. 1.4 (online, bijgewerkt 2 januari 2023).

stelt de Commissie dat een EU-initiatief tevens meerwaarde kan bieden in vergelijking met nationale regelingen. De entiteiten worden namelijk veelal gebruikt voor het uithollen van de belastinggrondslag van een andere lidstaat dan die waar de lege entiteit is gevestigd. Dit terwijl specifieke regels, die bepaalde lidstaten op dit moment kennen, op nationaal niveau doorgaans gericht zijn op de nationale belastingprioriteiten en niet op de interne markt. Daarbij passen de meeste lidstaten op dit moment geen gerichte regels toe op doorstroomvennootschappen, maar baseren zij zich op algemene antimisbruikregels, die per geval worden toegepast.<sup>61</sup>

### 3.3.2 Evenredigheid

Naast het voldoen aan het subsidiariteitsbeginsel, stelt de Commissie dat het voorstel tevens voldoet aan het evenredigheidsbeginsel in de zin van art. 5 VEU. Bij het evenredigheidsbeginsel gaat het daarbij om dat de EU niet verder mag gaan dan noodzakelijk is om de in de richtlijn genomen doelstellingen te behalen.<sup>62</sup>

De beoogde maatregelen gaan hierbij volgens de Commissie niet verder dan het waarborgen van een minimaal noodzakelijk niveau van bescherming voor de interne markt. Alsdan voorziet de richtlijn niet in een volledige harmonisatie, maar slechts in een minimumbescherming voor de belastingstelsels van de lidstaten. De richtlijn geeft daarbij slechts aan wanneer sprake is van een lege entiteit en wat de gevolgen zijn indien sprake is van een lege entiteit. Lidstaten mogen verder gaan dan de richtlijn voorschrijft. Nationale bepalingen blijven dan ook van toepassing op de identificatie van lege entiteiten die niet onder de richtlijn vallen.<sup>63</sup>

## 3.4 Reikwijdte Unshell-richtlijn

Om te kijken of een onderneming onder de richtlijn valt zijn dan ook specifieke *gateways* en substance indicatoren ontworpen, waaraan getoetst moet worden. Als de richtlijn wordt aangenomen moet deze voor 30 juni 2023 worden geïmplementeerd in het nationale recht en treedt het op 1 januari 2024 in werking. De richtlijn biedt de mogelijkheid om met objectieve inhoudelijke criteria ondernemingen te identificeren die een economische activiteit uitoefenen, maar geen minimum aan inhoud hebben en misbruikt worden om belastingvoordelen te verkrijgen. Deze toets bestaat uit zeven stappen.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, p. 3 en 4.

<sup>62</sup> *Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht*, art. 5 VEU, aant. 1.4 (online, bijgewerkt 2 januari 2023).

<sup>63</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, p. 4.

<sup>64</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, p. 9 en 10.

### 3.4.1 Gateways

Allereerst dient te worden gekeken welke ondernemingen een rapportageverplichting hebben. De richtlijn is daarbij van toepassing op alle ondernemingen die als fiscaal inwoner worden beschouwd en in aanmerking komen voor een fiscale woonplaats verklaring in een lidstaat.<sup>65</sup> Alsdan heeft de richtlijn ook betrekking op personenvennootschappen.

Een onderneming wordt geacht “at risk” te zijn indien wordt voldaan aan de volgende cumulatieve voorwaarden:

- Meer dan 75 % van de inkomsten van de onderneming in de twee voorgaande belastingjaren zijn relevante opbrengsten (passief inkomen, onder andere dividenduitkeringen, royalty's of inkomsten uit de vervreemding van aandelen, financiële leasing, onroerend goed of financiële activiteiten);
- Meer dan 60 % van de boekwaarde van de activa van de onderneming bevond zich de twee voorafgaande belastingjaren buiten de lidstaat van de onderneming of ten minste 60 % van de relevante opbrengsten van de onderneming wordt verworven of uitbetaald via grensoverschrijdende transacties; en
- De onderneming heeft het beheer van de dagelijkse activiteiten en de besluitvorming over belangrijke functies in de twee voorgaande belastingjaren uitbesteed.<sup>66</sup>

Uit de Unshell-richtlijn is echter niet op te maken hoe deze *gateways* moeten worden geïnterpreteerd. Het is zo niet duidelijk wat precies verstaan moet worden onder “(...) *verworven of uitbetaald via grensoverschrijdende transacties*”. Er kunnen hiermee twee dingen worden bedoeld, namelijk hoe het relevante inkomen is gerealiseerd (dat is inkomen dat een dochtermaatschappij heeft opgebouwd, wordt uitbetaald) of inkomen dat wordt uitbetaald, staat gelijk aan het relevante inkomen, oftewel alles wat de moedermaatschappij krijgt van haar dochtermaatschappij kwalificeert als relevante inkomen. Daarbij worden immateriële activa meegenomen in de *gateways*, terwijl dit niet grensoverschrijdend activiteiten betreft en zij vaak worden belast in het land waar zij gelegen zijn.<sup>67</sup> Ook de derde gateway, waarbij een onderneming het beheer van de dagelijkse activiteiten en de besluitvorming uitbesteed, is een bron van discussie. Uit het richtlijnvoorstel is wel op te maken dat het begrip ‘uitbesteden’ breed moet worden opgevat, alsdan is duidelijk dat het uitbesteden naar derde partijen valt onder het begrip ‘uitbesteden’ en het beheer door eigen werknemers niet.<sup>68</sup> Het is echter onduidelijk of het uitbesteden naar andere (centrale) groepsentiteiten ook onder de derde gateway moeten worden geschaard. Het lijkt nu uit de richtlijntekst dat dit het geval is, zodoende wordt dan ook al heel snel voldaan aan de derde gateway.<sup>69</sup>

---

<sup>65</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 2.

<sup>66</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 6 lid 1.

<sup>67</sup> Meuwissen, *Tax Notes Int'l* 14 maart 2022.

<sup>68</sup> Roumen, Panham & Drijver, *WFR* 2022/132, par. 4.1.1.

<sup>69</sup> Spoelder & Loo, *WFR* 2022/131, par. 2.3.3.



Dit terwijl het heel normaal is dat bepaalde activiteiten gedaan worden door groepsentiteiten. Het is dan ook goed dat het Europees Parlement inmiddels heeft aangegeven dat de richtlijntekst moet worden aangepast naar “(...) aan een entiteit die geen verbonden onderneming in hetzelfde rechtsgebied is”, zodat uitbesteden naar groepsentiteiten niet vallen onder de derde gateway.<sup>70</sup> Daarnaast gaat het om de uitbesteding van de dagelijkse activiteiten en de besluitvorming over belangrijke functies. Uit de preambule van de Unshell-richtlijn is op te maken dat het uitsluitend uitbesteden van nevendiensten, zoals boekhoudkundige diensten, niet volstaat om te oordelen dat aan de derde gateway is voldaan.<sup>71</sup> De vraag blijft echter wanneer gesproken kan worden over nevendiensten en wanneer over de dagelijkse activiteiten. Daarbij is het ook niet duidelijk of meerdere nevendiensten mogen worden uitbesteed.<sup>72</sup>

In beginsel zullen de jaren 2022 en 2023 relevant zijn voor de beoordeling van de *gateways* gezien het feit dat de Commissie de richtlijn per 1 januari 2024 in werking wil laten treden. Het is echter niet duidelijk of de twee jaar terugkijkprincipe zo geïnterpreteerd moet worden dat, indien een entiteit niet het gehele jaar de dagelijkse activiteiten en besluitvorming uitbesteedt, niet voldaan wordt aan de *gateways*.<sup>73</sup>

#### 3.4.2 *Minimum substance indicatoren en vrijstellingen*

Ondernemingen die “at risk” zijn, hebben vervolgens een rapportageverplichting. Zij moeten dan ook informatie verstrekken waaruit de beoordeling over de uitgeoefende activiteiten van de onderneming blijken. Zij moeten daarbij in hun jaarlijkse belastingaangifte voor elk belastingjaar verklaren of zij voldoen aan de volgende indicatoren:

- De onderneming beschikt over een eigen bedrijfsruimte in de lidstaat of over een bedrijfsruimte die uitsluitend door haar gebruikt wordt;
- De onderneming heeft tenminste één actieve eigen bankrekening in de EU; en
- De onderneming heeft tenminste één (of meer) voldoende gekwalificeerde en geautoriseerde directeur(s), die ingezetene is van de lidstaat van de entiteit of binnen een redelijke afstand woont om zijn taken uit te voeren, die geen werknemer of directeur is van een andere niet-verbonden entiteit en die actief, onafhankelijk en geregeld gebruikt maakt van deze machtiging, of de meerderheid van de voltijds-equivalente werknemers zijn fiscaal inwoner van de lidstaat van de onderneming, of wonen dicht genoeg bij die lidstaat dat de afstand verenigbaar is met de

---

<sup>70</sup> Europees Parlement, Committee on Economic and Monetary Affairs, draft report on the proposal for a Council directive laying down rules to prevent the misuse of shell entities for tax purposes and amending Directive 2011/16/EU d.d. 12 mei 2022.

<sup>71</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, preambule punt 5.

<sup>72</sup> Roumen, Panham & Drijer, *WFR* 2022/132, par. 4.1.2.

<sup>73</sup> Tolman & Molenaars, *Tax Notes Int'l* 4 april 2022, par. IA.

goede uitvoering van hun taken, en deze werknemers zijn gekwalificeerd om de activiteiten te verrichten die voor de onderneming relevante opbrengsten genereren.<sup>74</sup>

Ook met betrekking tot deze substance indicatoren is niet op te maken uit het richtlijnvoorstel hoe zij moeten worden geïnterpreteerd. Het is zo niet duidelijk of het volstaat als een entiteit een bedrijfsruimte huurt, onderhuurt of delen van een bedrijfsruimte al voldoende is.<sup>75</sup> Daarnaast is niet duidelijk wanneer sprake is van een ‘actieve’ bankrekening en of iedere entiteit een eigen bankrekening moet hebben of dat entiteiten die behoren tot dezelfde groep gebruik kunnen maken van dezelfde bankrekening.<sup>76</sup> Wat betreft de derde substance indicator lijkt het erop dat het criterium ‘binnen een redelijke afstand’ op gespannen voet staat met de vrijheid van vestiging en werknemersverkeer. Ook wordt geen nuance gemaakt voor werknemers die vanuit een andere groepsentiteit werkzaam zijn.<sup>77</sup> Alhoewel de eerste vereiste bij de derde substance indicator doelt op ingehuurde bestuurders, die werknemer zijn bij een trustkantoor, volgt uit de letterlijke tekst dat een trustdirecteur wel voldoet aan de derde substance eis, doordat ondernemingen als verbonden worden aangemerkt als “*een persoon deelneemt aan de leiding van een andere persoon waarbij hij invloed van betekenis kan uitoefenen op die andere persoon*”<sup>78, 79</sup>. Het is belangrijk op te merken dat dit niet de bedoeling kan zijn van de richtlijn. Trustdirecteuren zouden dan ook niet moeten vallen onder de substance indicatoren. Tevens is het apart dat directeuren van de onderneming geen werknemer of directeur mogen zijn van een andere niet verbonden onderneming. Dit is juist iets wat vaak voorkomt en legitiem kan zijn.<sup>80</sup>

Naast het aangeven of wordt voldaan aan de hierboven genoemde indicatoren moet de onderneming ook bewijsstukken voegen bij de aangifte, waarbij de bewijsstukken in ieder geval de volgende gegevens moeten bevatten:

- Adres en soort bedrijfsruimten;
- Bedrag van de bruto-inkomsten en het type daarvan;
- Bedrag van de bedrijfskosten en het type daarvan;
- Type bedrijfsactiviteiten dat wordt verricht om relevante (lees: passieve) opbrengsten te genereren;
- Aantal directeuren, hun kwalificaties, machtigingen en fiscale woonplaats, of aantal werknemers (in fulltime-equivalenten) dat de bedrijfsactiviteiten verricht die de relevante opbrengsten genereren, hun kwalificaties en fiscale woonplaats;
- Uitbestede bedrijfsactiviteiten; en

---

<sup>74</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 7 lid 1.

<sup>75</sup> Spoelder & Loo, *WFR* 2022/131, par. 2.5.2.

<sup>76</sup> Spoelder & Loo, *WFR* 2022/131, par. 2.5.1.

<sup>77</sup> Spoelder & Loo, *WFR* 2022/131, par. 2.5.3.

<sup>78</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 5 lid 1 sub a.

<sup>79</sup> Roumen, Panchar & Drijver, *WFR* 2022/132, noot 34.

<sup>80</sup> Hoor, O'Donnell & Schmitz, *Tax Notes Int'l* 11 april 2022, par. 3.A.3.a.

- Bankrekeningnummer, mandaten om toegang te krijgen tot de bankrekening en betalingsinstructies te gebruiken of uit te geven, en bewijs dat het om een actieve rekening gaat.<sup>81</sup>

Ondernemingen die aan de bovengenoemde indicatoren voldoen en voldoende bewijstukken aanleveren, worden geacht voldoende inhoud te hebben.<sup>82</sup> Er zal voor deze ondernemingen dan ook geen fiscale gevolgen zijn, maar de aangeleverde informatie zal wel automatisch worden uitgewisseld met de andere lidstaten van de EU. Dit zal gebeuren binnen 30 dagen na het indienen van de aangifte. Daarnaast is er ook nog een vrijstelling voor bepaalde ondernemingen die voldoen aan de *gateways*. Indien de ondernemingen tot één van de volgende categorieën behoren, geldt de rapportageverplichting niet voor hen:

- Ondernemingen met een effect dat tot de handel is toegelaten of genoteerd is op een gereglementeerde markt of multilaterale handelsfaciliteit (beursgenoteerde entiteiten);
- Gereglementeerde financiële ondernemingen (onder andere banken, verzekeraars en beleggingsinstellingen);
- Ondernemingen die als hoofdactiviteit hebben het houden van aandelen in operationele activiteiten in een andere ondernemingen in dezelfde lidstaat, terwijl ook de UBO fiscaal inwoner is van dezelfde lidstaat;
- Ondernemingen met holdingactiviteiten die fiscaal inwoner zijn van dezelfde lidstaat als de aandeelhouder(s) of de uiteindelijke moederentiteit;
- Ondernemingen met ten minste vijf voltijds-equivalenten aan werknemers of personeelsleden, die uitsluitend de activiteiten verrichten die de relevante opbrengsten genereren.<sup>83</sup>

Deze vrijstellingen zijn ingegeven door niet verder te gaan dan daadwerkelijk noodzakelijk is om zo de goede werking van de interne markt niet te verstoren. Het is dan ook wenselijk om de werkingssfeer van de richtlijn te beperken tot entiteiten waarbij daadwerkelijk een risico gelopen wordt met betrekking tot belastingontwijking of -ontwijking en entiteiten die worden gebruikt met het hoofddoel om een belastingvoordeel te verkrijgen.<sup>84</sup> Dit komt uitdrukkelijk terug als gekeken wordt naar welke ondernemingen zijn vrijgesteld.

Ondernemingen waarvan de activiteiten al voldoende transparant zijn en waarbij dus geen risico gelopen wordt met betrekking tot voldoende substance, worden niet geraakt door de regels. Dit betreft onder andere ondernemingen waarvan de effecten tot de handel zijn toegelaten of zijn genoteerd op een gereglementeerde markt of multilaterale handelsfaciliteit alsmede bepaalde financiële ondernemingen. Deze ondernemingen zijn in de Unie namelijk al direct of indirect onderworpen aan strenge

---

<sup>81</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 7 lid 2.

<sup>82</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 8 lid 1.

<sup>83</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 6 lid 2.

<sup>84</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, Preambule overweging 5.

transparantie-eisen en toezicht. Alsdan is er geen risico dat deze ondernemingen worden gebruikt met het hoofddoel om een belastingvoordeel te verkrijgen

Zuivere holdings die in hetzelfde rechtsgebied zijn gevestigd als de operationele dochter en haar UBO worden ook niet gebruikt om het doel te dienen een belastingvoordeel te verkrijgen. Er bestaan echter twijfels over de interpretatie van deze vrijstelling. Het gaat er bij deze zogenaamde zelfde-lidstaatsvrijstelling dan met name om de vraag of deze ook geldt als maar een deel van de aandeelhouders in dezelfde lidstaat zijn gevestigd. Uit de letterlijke tekst van de richtlijn moet echter geconcludeerd worden dat deze situaties niet onder de vrijstelling kunnen vallen. Anders dan bij subholdings ziet het ernaar uit dat de directe aandeelhouder, die de zelfde-lidstaatsvrijstelling wil claimen, niet voldoende substance hoeft te bezitten.<sup>85</sup>

De vrijstelling geldt tevens voor (sub)holdings die zich in hetzelfde rechtsgebied bevinden als hun aandeelhouder of hun uiteindelijke moederentiteit. Het gaat hierbij dan ook om twee situaties, namelijk de holding die in hetzelfde rechtsgebied is gevestigd als haar aandeelhouder(s) en subholdings die in hetzelfde rechtsgebied zijn gevestigd als haar uiteindelijk moederentiteit. In het eerste geval heeft de vrijstelling niks te maken met het hebben van substance, immers dat de aandeelhouder in hetzelfde rechtsgebied is als de holding zegt niks over de substance die de holding heeft. Evenwel geldt in die situatie wel dat een bepaalde mate van verbondenheid bestaat met de lidstaat. In de tweede situatie, lijkt het dat substance moet worden opgebouwd bij de topvennootschap in een lidstaat, terwijl juist dochterondernemingen in dezelfde lidstaat gebruik maken van de vrijstelling, oftewel de moedermaatschappij moet de substance bezitten en niet de dochteronderneming.<sup>86</sup> Het gevolg hiervan is dat de onderliggende dochtermaatschappijen van uitgezonderde entiteiten op dit moment waarschijnlijk niet onder de vrijstellingen zullen vallen (met uitzondering van beurgenoteerde entiteiten).<sup>87</sup> Het lijkt er daarbij eveneens op dat voor de tweede situatie alleen dochtermaatschappijen van grote multinationale groepen aanspraak kunnen maken op de vrijstelling. De uiteindelijke moedermaatschappij is namelijk in het richtlijnvoorstel gedefinieerd als (1) een samenstellende entiteit dat direct of indirect voldoende belang heeft in één of meer andere samenstellende entiteiten van de multinationale onderneming en verplicht is om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen volgens de lidstaat of daartoe verplicht zou zijn als de aandelen van de samenstellende entiteit zouden zijn verhandeld en (2) waarvan geen ander samengesteld lichaam van een multinationale onderneming direct of indirect een belang van bezit.<sup>88</sup> Het gaat hierbij om moederentiteiten die een omzet hebben van meer dan 750 miljoen, waardoor zij moeten voldoen aan Country-by-Country-reporting.

---

<sup>85</sup> Roumen, Pancham & Drijver, *WFR* 2022/132, par. 4.2.

<sup>86</sup> Roumen, Pancham & Drijver, *WFR* 2022/132, par. 4.2.

<sup>87</sup> Spoelder & Loo, *WFR* 2022/131, par. 2.2.

<sup>88</sup> Richtlijn 2011/16/EU, Bijlage 3, Sectie 1 punt 7.

Tenslotte worden omwille van de rechtszekerheid ondernemingen die voldoende voltijds-equivalente werknemers hebben en deze uitsluitend voor de uitoefening van hun activiteiten inzetten ook uitgezonderd, ondanks dat zij waarschijnlijk zullen voldoen aan de *gateways*.<sup>89</sup> Het opvallende is echter dat de vijf voltijds-equivalenten werknemers uitzondering niet voorziet in werknemers die voor ene groepsentiteit werkzaam zijn, maar vanuit de andere (centrale) groepsentiteit werken.<sup>90</sup>

### 3.4.3 *Tegenbewijs*

Indien echter niet wordt voldaan aan de minimum substance indicatoren, wordt de onderneming geacht een “shell entiteit” te zijn, dus niet genoeg inhoud te hebben.<sup>91</sup> Desondanks is er ook nog een tegenbewijs mogelijkheid om aan te tonen dat het niet gaat om een “shell entiteit”, maar dat er daadwerkelijk economische activiteiten worden verricht, namelijk door aanvullend bewijsmateriaal te verstrekken over:

- De commerciële beweegredenen om de entiteit te gebruiken;
- Informatie over werknemers, met inbegrip van hun ervaring en positie binnen de groep; en
- Concreet bewijs, waaruit blijkt dat de besluitvorming plaatsvindt in de lidstaat waar de onderneming is gevestigd.<sup>92</sup>

Indien uit het aanvullende bewijsmateriaal volgt dat de relevante inkomsten zijn gegeneerd uit de bedrijfsactiviteiten van de onderneming en de onderneming het zeggenschap en risico's over deze activiteiten voortdurend draagt<sup>93</sup>, mag de lidstaat gedurende een periode van vijf jaar ervan uitgaan dat het vermoeden op het zijn van een “shell entiteit” is weerlegt op voorwaarde dat de feitelijke en juridische omstandigheden van de onderneming gedurende de vijfjaarsperiode ongewijzigd blijft.<sup>94</sup>

Daarnaast kan ook tegenbewijs geleverd worden door aan te tonen dat het bestaan van de onderneming niet leidt tot een vermindering van de belastingschuld van haar UBO of de groep waartoe de onderneming behoort als geheel.<sup>95</sup> De lidstaat kan dan een vrijstelling voor één belastingjaar verlenen als uit aanvullende informatie blijkt dat geen belastingvoordeel wordt behaald door de UBO of de groep als geheel waartoe de onderneming behoort. Uit de aanvullende informatie moet tenminste het bedrag van de totale belasting, die verschuldigd is door de UBO of door de groep als geheel met tussenplaatsing van de onderneming, kunnen worden vergeleken met de totale belasting, die verschuldigd is door de UBO of door de groep als geheel zonder tussenplaatsing van de onderneming.<sup>96</sup> De vrijstelling kan

---

<sup>89</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, Preambule overweging 6.

<sup>90</sup> Spoelder & Loo, *WFR* 2022/131, par. 2.2.

<sup>91</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 8 lid 2.

<sup>92</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 9 lid 1 en 2.

<sup>93</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 9 lid 3.

<sup>94</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 9 lid 4.

<sup>95</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 10 lid 1.

<sup>96</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 10 lid 2.

tevens worden verlengd met vijf jaar op voorwaarde dat de feitelijke en juridische omstandigheden van de onderneming, UBO en de groep als geheel niet wijzigt in de vijfjaarsperiode.<sup>97</sup>

#### 3.4.4 Fiscale gevolgen, informatie-uitwisseling en sanctie

De ondernemingen die alsdan voldoen aan de drie *gateways*, niet vallen onder de vrijstelling en niet voldoen aan de minimum substance indicatoren en tevens het vermoeden op het zijn van een shell entiteit niet kunnen weerleggen, krijgen te maken met de volgende fiscale gevolgen:

- De lidstaat waar de onderneming is gevestigd (*staat shell entiteit*), zal indien een verzoek om een verklaring fiscale woonplaats wordt ingediend, geen fiscale woonplaats verklaring afgeven of deze wel afgeven, maar met een waarschuwing dat de onderneming geen recht heeft op vermindering van dubbele belasting, waardoor niet meer geprofiteerd kan worden van belastingverdragen binnen en buiten de EU;<sup>98</sup>
- Andere lidstaten (*staat aandeelhouder/bronstaat inkomen*) zullen belastingvoordelen uit hoofde van belastingverdragen en art. 4, 5 en 6 van richtlijn 2011/96/EU (moeder-dochterrichtlijn) en art. 1 van Richtlijn 2003/49/EG (interest en royalty-richtlijn), voor zover deze richtlijnen van toepassing zijn op de onderneming die geacht wordt fiscaal inwoner van een lidstaat te zijn, weigeren;<sup>99</sup>
- De lidstaat of lidstaten waar de aandeelhouders van de onderneming zijn gevestigd, zullen de onderneming niet in aanmerking nemen en de relevante inkomsten belasten alsof deze rechtstreeks aan de aandeelhouders toekomen;<sup>100</sup> en
- De lidstaten waar de activa van de onderneming zich bevinden, kan bronbelasting heffen op betalingen aan de onderneming alsof deze rechtstreeks aan de aandeelhouder van de onderneming wordt betaald.<sup>101</sup>

De richtlijn legt dus niet alleen verplichtingen op aan de staat waar de lege entiteit is gevestigd, maar ook aan de staat waar het inkomen opkomt en aan de staat waar de aandeelhouders zijn gevestigd. De lidstaten van de EU krijgen daarnaast ook automatisch toegang tot informatie over de “shell entiteiten” via automatische informatie-uitwisseling. Naast dat een lidstaat automatisch toegang krijgt tot de informatie over de “shell entiteit” kan het ook een andere lidstaat verzoeken om belastingcontroles uit te voeren als het vermoeden bestaat dat een onderneming in de andere lidstaat niet aan zijn verplichtingen uit hoofde van de Unshell-richtlijn voldoet.<sup>102</sup> Tenslotte moeten lidstaten ook een sanctie

---

<sup>97</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 10 lid 3.

<sup>98</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 12.

<sup>99</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 11 lid 1.

<sup>100</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 11 lid 2.

<sup>101</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 11 lid 3.

<sup>102</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 15.

bij niet-naleving van de Unshell-richtlijn invoeren naar eigen inzichten. De sanctie moet wel tenminste een geldboete van 5 procent van de omzet van de onderneming in het belastingjaar, waarin niet voldaan wordt aan de richtlijn, omvatten.<sup>103</sup>

### **3.5 Deelconclusie**

Op 18 mei 2021 kwam de Commissie met de mededeling over de belastingheffing van ondernemingen in de 21e eeuw. In deze mededeling werd aangegeven dat de Commissie met een richtlijnvoorstel gaat komen om misbruik met behulp van lege vennootschappen aan te pakken. Volgens de Commissie kan dit namelijk beter op EU-niveau geregeld worden dan op centraal, regionaal of lokaal niveau. Dit is voornamelijk doordat deze entiteiten grensoverschrijdend gebruikt worden en het dan ook erg lastig is om bij wijze van nationale regelingen deze lege vennootschappen aan te pakken. Daar komt ook nog eens bij kijken dat veel lidstaten op dit moment geen regels hebben om lege vennootschappen aan te pakken. De Commissie wil dan ook een minimumbescherming realiseren om de interne markt te beschermen. De Commissie heeft vervolgens op 22 december 2021 het richtlijnvoorstel tot vaststelling van regels ter voorkoming van misbruik van lege entiteiten voor belastingdoeleinden gepresenteerd. Met de nieuwe richtlijn wordt beoogd om zowel belastingontwijking alsmede belastingontduiking tegen te gaan. Het is de bedoeling dat de nieuwe richtlijn uiterlijk 1 januari 2024 moet gaan gelden. Het richtlijnvoorstel bevat zeven stappen om te identificeren of een entiteit kwalificeert als lege vennootschap en misbruikt wordt om belastingvoordelen te verkrijgen. Allereerst moet gekeken worden welke ondernemingen een risico lopen. Entiteiten die ‘at risk’ zijn bevatten (1) meer dan 75% passief inkomen in de twee voorgaande belastingen, (2) meer dan 60% van de boekwaarde van deze entiteiten bevond zich de twee voorgaande belastingjaren buiten de lidstaat van de entiteit of ten minste 60% van het passief inkomen wordt verworven of uitbetaald via grensoverschrijdende transacties en (3) de entiteit heeft het beheer van de dagelijkse activiteiten en de besluitvorming over belangrijke functies uitbesteed in de voorgaande twee belastingjaren. Indien aan deze voorwaarden voldaan is, moet de desbetreffende entiteit in haar aangifte aangeven of (1) de entiteit beschikt over een eigen bedrijfsruimte of over een bedrijfsruimte die uitsluitend door haar gebruikt wordt, (2) de entiteit één actieve eigen bankrekening heeft in de EU en (3) de onderneming tenminste één of voldoende gekwalificeerde en geautoriseerde directeurs heeft of de meerderheid van de voltijds-equivalente werknemers in de entiteit, die fiscaal inwoner zijn in de lidstaat van de entiteit. Indien de entiteit voldoet aan de bovengenoemde voorwaarden, wordt geacht dat de entiteit voldoende inhoud heeft en zullen alsdan geen fiscale gevolgen zijn. De aangeleverde informatie zal echter wel uitgewisseld worden met andere lidstaten van de EU. Hoe de bovengenoemde voorwaarden en substance indicatoren moeten worden geïnterpreteerd is echter niet geheel duidelijk uit de Unshell-richtlijn. Er geldt wel een vrijstelling voor bepaalde beurgenoteerde

---

<sup>103</sup> Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) van de Raad van 22 december 2021, art. 14.

bedrijven alsmede financiële instellingen als zij voldoen aan de voorwaarden om als ‘at risk’ te kwalificeren, omdat deze al voldoende onder toezicht worden geacht. De vrijstelling geldt tevens voor zuivere holdings die in hetzelfde rechtsgebied zijn gevestigd als haar operationele dochter en haar UBO. Hetzelfde geldt voor (sub)holdings die zich in hetzelfde rechtsgebied bevinden als hun aandeelhouder of de uiteindelijke moederentiteit. Tenslotte worden ook ondernemingen uitgezonderd die voldoende voltijds personeel hebben. De interpretatie van deze vrijstellingen is echter niet geheel duidelijk. Zo lijkt het erop dat dochterondernemingen die in dezelfde lidstaat zijn gevestigd als hun aandeelhouder niet onder de vrijstelling kunnen vallen. Daarnaast is niet duidelijk wat de uitwerking is als een deel van de aandeelhouders in het buitenland is gevestigd, doch volgt uit de letterlijke tekst dat dan geen gebruik kan worden gemaakt van de vrijstelling. Tenslotte is niet duidelijk of ook werknemers die werkzaam zijn in de ene groepsentiteit, maar de werkzaamheden verrichten uit een andere (centrale) groepsentiteit ook meetellen voor de vrijstelling. Voor de entiteiten, die onder een van de vrijstellingen vallen, geldt de rapportageverplichting over de substance indicatoren niet. Indien niet wordt voldaan aan de substance indicatoren, kwalificeert de entiteit als “shell entiteit” en heeft het dus niet voldoende inhoud. Toch is er nog de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren en aan te tonen, door aanvullend bewijsmateriaal te verstrekken over (1) de commerciële beweegredenen om de entiteit te gebruiken, (2) informatie over werknemers en (3) bewijs waaruit blijkt dat de besluitvorming plaatsvindt in de lidstaat waar de entiteit is gevestigd, dat de entiteit daadwerkelijk economische activiteiten verricht. Indien het niet lukt om aan te tonen dat de entiteit daadwerkelijk economische activiteiten verricht, zullen pas de fiscale gevolgen gaan gelden, namelijk dat er geen fiscale woonplaatsverklaring zal worden afgegeven of juist wel, maar dan met een waarschuwing dat geen recht bestaat op verdragsvoordelen. Daarnaast zullen de moeder-dochterrichtlijn en de interest- en royaltyrichtlijn niet meer worden toegepast. Tenslotte moeten de lidstaten ook een sanctie invoeren voor het niet naleven van de Unshell-richtlijn. Dit moet tenminste vijf procent van de omzet van de entiteit bedragen in het belastingjaar waarin niet wordt voldaan aan de richtlijn doch kunnen lidstaten dit naar eigen inzicht invoeren.



## Hoofdstuk 4 De huidige minimum substance indicatoren

### 4.1 Inleiding

Alhoewel de Commissie met het Unshell-richtlijnvoorstel probeert “shell entiteiten” aan te pakken door te kijken of entiteiten voldoende inhoud hebben, zodat gekeken kan worden of daadwerkelijk een economische activiteit wordt uitgevoerd, kennen het EU-recht, het Nederlands recht alsmede verdragen al maatregelen om lege vennootschappen aan te pakken. In dit hoofdstuk zal dan ook allereerst gekeken worden wat de minimum substance eisen zijn onder het EU-recht zoals die voortvloeien uit het algemene antimisbruikbeginsel van de EU, oftewel er wordt gekeken wanneer een entiteit kwalificeert als lege vennootschap onder het EU-recht. Vervolgens zal uiteengezet worden wanneer een entiteit voldoende substance heeft onder het Nederlands recht. Hierbij zal tevens naar de totstandkoming van de substance eisen worden gekeken. Tenslotte zal de minimum substance onder verdragen de revue passeren. Hierbij zullen de PPT en de limitation on benefitsbepaling uiteengezet worden. In dit hoofdstuk worden dan ook de volgende vragen beantwoord:

*Wat zijn de huidige substance criteria die voortvloeien uit EU-recht, uit de Nederlandse wetgeving en uit verdragen?*

### 4.2 Minimum substance onder EU-recht

#### 4.2.1 Algemeen

Voor de invulling van de substance eisen onder het EU-recht moet voor EU-rechtelijke situaties worden gekeken naar het EU-antimisbruikbeginsel. Alhoewel we in het EU-recht primair (VEU en VWEU) alsmede secundair (verordeningen, richtlijnen en beschikkingen) recht kennen, is het EU-antimisbruikbeginsel uitgewerkt in de jurisprudentie van het HvJ. Het startpunt om misbruik te bestrijden heeft het HvJ in het arrest *Emsland-Stärke*<sup>104</sup> gelegd. In dit arrest heeft het HvJ een algemene toets aangereikt, waarbij misbruik moet worden beoordeeld door te kijken naar subjectieve en objectieve elementen. Aan beide elementen moet worden voldaan om te kunnen spreken van misbruik. Het betreft dus een algemene toets om te beoordelen of sprake is van misbruik. Deze toetsen worden als volgt omschreven door het HvJ, namelijk: “*Om te kunnen vaststellen dat het om een misbruik gaat, zijn enerzijds een geheel van objectieve omstandigheden vereist waaruit blijkt, dat in weerwil van de formele naleving van de door gemeenschapsregeling opgelegde voorwaarden, het door deze regeling beoogde doel niet werd bereikt*” (objectieve toets)<sup>105</sup> en “*Anderzijds is een subjectief element vereist, namelijk de bedoeling om een door de gemeenschapsregeling toegekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat. Het bewijs van dit subjectief*

<sup>104</sup> HvJ EU 14 december 2000, C-110/99 (*Emsland-Stärke*).

<sup>105</sup> C-110/99, r.o. 52.

*element kan met name worden geleverd door aan te tonen dat de exporteur in de Gemeenschap, die de restituties ontvangt, en de importeur van de goederen in het derde land, daarbij hebben samengewerkt*” (subjectieve toets)<sup>106</sup>.

Deze algemene toets zagen we vervolgens terugkomen in het belangrijke arrest *Halifax*<sup>107</sup>. Alhoewel dit arrest zag op een situatie in de BTW, bleek dat het beginsel van het verbod van misbruik ook van toepassing is op belastingzaken.<sup>108</sup> Tevens werd duidelijk dat belastingplichtigen de meest gunstige belastingroute mogen kiezen en hierbij dus niet per definitie sprake is van misbruik.<sup>109</sup> Het HvJ herhaalde daarbij in de zaak het objectieve element zoals in het *Emsländ-Stärke* arrest, maar nuanceerde daarbij het subjectieve element dat zij beschreef als “*uit een geheel van objectieve factoren blijken dat het wezenlijke doel van de betrokken transacties erin bestaat een belastingvoordeel te verkrijgen*”<sup>110</sup>. Hieruit blijkt in feite, omdat het HvJ spreekt over “het wezenlijke doel”, dat niet het behalen van het belastingvoordeel het uitsluitende doel van de transactie hoeft te zijn, maar dat de subjectieve toets al gepasseerd kan worden als het gaat om één van de doelen, waarbij de zakelijke doelen hieraan ondergeschikt zijn, oftewel zelfs als zakelijke doelen ten grondslag liggen aan de transactie kan al voldaan worden aan de subjectieve toets indien het behalen van een belastingvoordeel één van de doelen van de transactie is.

Het beginsel van verbod op misbruik vormt daarbij een algemeen beginsel van het gemeenschapsrecht, oftewel rechtsmisbruik is verboden. Dit heeft het HvJ geoordeeld in het arrest *Kofoed*.<sup>111</sup> Het ging hierbij om een antimisbruikbepaling in de Fusierichtlijn<sup>112</sup>, waarmee de voordelen van de richtlijn konden worden geweigerd aan de belastingplichtige als het hoofddoel of één van de hoofddoelen van de rechtshandeling belastingfraude of belastingontwijking was. Met het arrest impliceerde het HvJ dat het misbruikbegrip in zowel de verdragsvrijheden van het primaire EU-recht en de richtlijnen van het secundaire EU-recht eenzelfde uitleg geniet, omdat in punt 38 verwezen wordt naar arresten zoals *Centros*, *Halifax*, *Agip Petroli* en *Cadbury Schweppes* die allemaal zien op een ander vakgebied in het EU-recht, te denken valt aan de vrijheid van vestiging, indirecte belastingen, zeevervoerdiensten en de directe belastingen.<sup>113</sup> Hierdoor is in beginsel ook geen specifieke antimisbruikbepaling meer nodig in de verschillende richtlijnen. Er kan namelijk direct een beroep worden gedaan op het algemeen misbruikbegrip. Dit hoeft dus niet geïmplementeerd te zijn in wet- en regelgeving.<sup>114</sup>

---

<sup>106</sup> C-110/99, r.o. 53.

<sup>107</sup> HvJ EU 21 februari 2006, C-255/02 (*Halifax*).

<sup>108</sup> C-255/02, r.o. 70.

<sup>109</sup> C-255/02, r.o. 73.

<sup>110</sup> C-255/02, r.o. 74.

<sup>111</sup> HvJ EU 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*), r.o. 38.

<sup>112</sup> Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat.

<sup>113</sup> Weber, in: *Cursus Belastingrecht EBR.5.1.7.A.b* en noot Smit, *FED* 2007/71

<sup>114</sup> Kavelaars, *NLFW* 2019/2.

#### 4.2.2 *Cadbury Schweppes*<sup>115</sup>

Een belangrijk arrest dat zich afspeelt binnen de directe belastingen inzake het misbruikbegrip is het arrest *Cadbury Schweppes*. In het arrest ging het om het geval dat het Verenigd Koninkrijk extra belasting ging heffen over buitenlandse winsten van dochterondernemingen (CFC-regeling). Dit werd gedaan als de winsten van de dochteronderneming in het buitenland tegen een te laag tarief werden belast, omdat als de vermogensbestanddelen in een binnenlandse dochterondernemingen zouden worden ondergebracht, er een veel hoger belastingtarief zou gelden. Ook hier werd weer aangegeven dat de belastingplichtige in beginsel een voordeligere route mag bewandelen dan die zouden gelden in de eigen lidstaat.<sup>116</sup> Het HvJ oordeelde echter dat de regeling in strijd is met de vrijheid van vestiging. De noodzaak om lagere belastinginkomsten te voorkomen was namelijk geen rechtvaardigingsgrond en ook geen dwingende reden van algemeen belang om de vrijheid van vestiging in te perken<sup>117</sup>, tenzij er sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie die alleen opgezet is om de belastingwetgeving van de betrokken lidstaat te ontwijken.<sup>118</sup> Er is echter geen sprake van een volstrekt kunstmatige constructie als daadwerkelijk een economische activiteit wordt uitgeoefend.<sup>119</sup> Om te beoordelen of sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie moet worden gekeken naar de subjectieve en objectieve toets uit het *Emsländ-Starke* arrest.<sup>120</sup> Dit moet worden beoordeeld door objectieve factoren, die door derden kunnen worden gecontroleerd, zoals “*de mate van fysiek bestaan in termen van lokalen, personeel en uitrusting*”<sup>121</sup> met name in het geval van brievenbusmaatschappijen en schijnvennootschappen.<sup>122</sup> Het hebben van fiscale motieven impliceert dus niet dat sprake is van misbruik als er een economische activiteit wordt uitgevoerd. Tenslotte heeft het HvJ ook aangegeven dat altijd de mogelijkheid moet zijn om aan te kunnen tonen dat sprake is van een economische activiteit.<sup>123</sup>

#### 4.2.3 *Eqiom en Enka*<sup>124</sup>

In de Franse zaak *Eqiom en Enka* draaide het om een bepaling waarbij een dividendbetaling van een Franse dochtermaatschappij is vrijgesteld in een andere lidstaat als het betaald is aan de moedermaatschappij (MDR). Dit is echter niet het geval als het dividend ontvangen wordt door lichamen of personen die niet wonen of gevestigd zijn in de EU. De belastingplichtige had echter nog wel de mogelijkheid om aan te tonen dat het voornaamste doel van de structuur niet was om een voordeel te

---

<sup>115</sup> HvJ EU 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*).

<sup>116</sup> C-196/04, r.o. 36.

<sup>117</sup> C-196/04, r.o. 46.

<sup>118</sup> C-196/04, r.o. 51.

<sup>119</sup> C-196/04, r.o. 54.

<sup>120</sup> C-196/04, r.o. 64.

<sup>121</sup> C-196/04, r.o. 67.

<sup>122</sup> C-196/04, r.o. 68.

<sup>123</sup> C-196/04, r.o. 70.

<sup>124</sup> HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (*Eqiom en Enka*).

behalen. In casu kwam echter de bewijslast bij de belastingplichtige te liggen zonder dat de Franse fiscus bewijs hoefde te leveren dat sprake is van belastingontwijking.

Het HvJ concludeerde dat deze regeling is strijd is met het EU-recht, omdat een algemeen vermoeden van fraude en misbruik geen rechtvaardiging kan vormen voor een belastingmaatregel.<sup>125</sup> Daarbij werd duidelijk dat geen vooraf vastgestelde algemene criteria mogen worden toegepast, maar elk concreet geval van een transactie in z'n geheel moet worden onderzocht.<sup>126</sup> De Franse regeling bestond enkel en alleen uit een subjectieve toets, wat niet genoeg is, en bevatte ten onrechte geen substance criteria. Alhoewel het HvJ geen concrete substance criteria noemt in het arrest, is wel duidelijk geworden dat voordelen van de MDR niet mogen worden geweigerd als de belastingplichtige niet kan aantonen dat het voornaamste doel niet het behalen van een voordeel is. Er mogen geen algemene bewijsvermoedens worden gehanteerd. Er moet aangetoond worden dat sprake is van misbruik.<sup>127</sup>

#### 4.2.4 *Deister Holding en Juhler Holding*<sup>128</sup>

Een ander arrest met betrekking tot de MDR zijn de arresten *Deister Holding* en *Juhler Holding*. In beide zaken keert een in Duitsland gevestigde dochteronderneming dividenden uit aan haar moedermaatschappij, die in een andere lidstaat is gevestigd. Bij de zaak *Deister Holding* ging hierbij om een uitkering vanuit Duitsland naar een Nederland. De entiteit in Nederland verrichtte hierbij alleen financierings- en houdsteractiviteiten en had twee werknemers in dienst. De Nederlandse entiteit had tevens een kantoorpand in Nederland. Het ging daarentegen bij de zaak *Juhler Holding* om een in Denemarken gevestigde entiteit die meer dan 25 dochterondernemingen had. Ook deze entiteit verrichtte enkel houdsteractiviteiten, maar had geen personeel en kantoorruimte. Zij kon wel gebruik maken van de faciliteiten van de andere groepsmaatschappijen.

De Duitse belastingdienst wees in beide zaken het verzoek om de vrijstelling respectievelijk teruggaaf van de belasting door de moedermaatschappijen af, omdat Duitsland een nationale antimisbruikbepaling toepaste. Deze was van toepassing als sprake was van één van de volgende situaties:

- Er geen economische of andere relevante redenen zijn om een buitenlandse moedermaatschappij tussen te plaatsen; of
- De buitenlandse moedermaatschappij in het betreffende boekjaar niet meer dan 10 % van haar totale bruto-inkomsten met eigen economische activiteiten verwerft (wat onder meer niet het geval is met bruto-inkomsten verworven met het beheren van activa); of

---

<sup>125</sup> C-6/16, r.o. 31.

<sup>126</sup> C-6/16, r.o. 32.

<sup>127</sup> Noot Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2017/44.19.

<sup>128</sup> HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken C-504/16 (*Deister Holding*) en C-613/16 (*Juhler Holding*).

- De buitenlandse moedermaatschappij niet aan het algemene economische verkeer deelneemt met bij haar bedrijfsdoelstelling passende zakelijke activiteiten.<sup>129</sup>

Het HvJ oordeelde ook in dit geval dat de regeling is strijd was met het EU-recht. De belastingplichtige heeft namelijk geen mogelijkheid om tegenbewijs te leveren in de zin van dat wel sprake is van een economische activiteit. Er is dus sprake van een onweerlegbaar vermoeden van fraude of misbruik.<sup>130</sup> Het passief, maar ook actief beheer door middel van een leasing-, verhuur-, investerings- en financieringsbedrijf werd namelijk niet beschouwd als een eigen economische activiteit.<sup>131</sup> Dit terwijl de MDR geen voorwaarde heeft betreffende de economische activiteit van de moedermaatschappij of de hoogte van haar inkomen met een economische activiteit. Een passieve activiteit impliceert daarbij geen volstrekt kunstmatige constructie.<sup>132</sup> Oftewel het hebben van onvoldoende substance leidt niet redelijkerwijs tot de conclusie dat sprake is van misbruik.<sup>133</sup> Daarbij houdt het HvJ de lijn die zij gezet heeft in het arrest *Eqiom en Enka* aan door aan te geven dat de Duitse regeling afzonderlijk bezien, maar ook gezamenlijk, niet leidt tot de conclusie dat sprake is van fraude.<sup>134</sup> Het lijkt er dan ook op dat voor het HvJ fraude of misbruik niet snel aanwezig is.<sup>135</sup> Er moet namelijk naar alle aspecten van een constructie worden gekeken of zoals het HvJ dat zegt “*moeten voor de vaststelling (...) alle aspecten van de betrokken situatie worden onderzocht, zoals de organisatorische, economische en andere relevante kenmerken van het concern waarvan de betrokken moedermaatschappij deel uitmaakt alsmede de structuur en de strategie van dat concern*”.<sup>136</sup> Het HvJ is echter ook in deze arresten niet ingegaan op de substance criteria. De onzekerheid bleef dan ook bestaan over wanneer het niet te ver gaat voor het HvJ en wanneer precies sprake is van misbruik volgens het EU-recht. Wel blijkt dat er bij houdsterstructuren niet snel sprake is van misbruik na de zaken *Eqiom en Enka* en *Deister Holding en Juhler Holding*.

#### 4.2.5 Deense Zaken

Deze onzekerheid is uiteindelijk weggenomen door de gevoegde zaken *N Luxembourg I*<sup>137</sup> en *T Danmark en Y Denmark*<sup>138</sup> (Deense zaken). Het gaat hierbij om arresten die in de kern hetzelfde zijn, maar zien op verschillende richtlijnen. De zaak *N Luxembourg I* ziet namelijk op de voordelen uit de IRR en gaat dan ook over interest, terwijl de zaak *T Danmark en Y Denmark* ziet op de voordelen uit de

<sup>129</sup> Gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, r.o. 34.

<sup>130</sup> Gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, r.o. 70.

<sup>131</sup> Gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, r.o. 29.

<sup>132</sup> Gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, r.o. 72 en 73.

<sup>133</sup> Noot Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N* 2018/2.18

<sup>134</sup> Gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, r.o. 71-73.

<sup>135</sup> Noot Ravelli, *NTFR* 2018/47

<sup>136</sup> Gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, r.o. 74.

<sup>137</sup> HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*N Luxembourg I*).

<sup>138</sup> HvJ EU 26 februari 2019, C-116/16 en C-117/16 (*T Danmark en Y Denmark*).

MDR die ziet op dividend. Het betreft dus twee arresten die niet gevoegd zijn, maar waar het HvJ in grote lijnen op dezelfde conclusie komt.

In alle zaken ging het om investeerder van buiten de EU, die hun investeringen via Deense concernvennootschappen deden. Hiertoe gebruiken de buitenlandse investeerder een tussenschakel in onder andere Luxemburg, Zweden en Cyprus, omdat indien zij direct in Denemarken investeerde zij geen gebruik konden maken van de IRR en MDR, omdat deze alleen gelden in intraconcernbetalingen binnen de interne markt. Als zij dus de rente respectievelijk dividend vanuit Denemarken zouden krijgen, konden zij te maken krijgen met bronbelasting, terwijl deze bronbelasting in de andere jurisdicties lager was onder het belastingverdrag of helemaal niet bestond in de nationale wet- en regelgeving. Hierbij kwamen verschillende vragen aan bod bij het HvJ.

Allereerst ging het om de vraag of een antimisbruikbepaling uit een richtlijn moet worden omgezet in een nationale bepaling om misbruik te kunnen bestrijden. Denemarken had namelijk de antimisbruikbepalingen uit de richtlijnen niet omgezet naar nationaal recht. Het HvJ oordeelde net zoals in eerdere niet-fiscale zaken dat het verbod op misbruik een algemeen beginsel van het Unierecht is en lidstaten verplicht zijn om dit beginsel na te leven, oftewel zij horen Unierechterlijke bepalingen te weigeren als sprake is van misbruik.<sup>139</sup> Dit moeten zij zelfs doen als er geen nationale of verdragsrechtelijke antimisbruikbepalingen zijn.<sup>140</sup>

De tweede vraag die op kwam, wat de bestanddelen van rechtsmisbruik waren en hoe deze moeten worden aangetoond. Specifiek ging het om de vraag of sprake kan zijn van misbruik als de UBO gevestigd is in een staat waarmee een belastingverdrag bestaat.<sup>141</sup> Zij stelt hierbij dat hier zonder meer sprake van is.<sup>142</sup> In dit kader verwijst het HvJ terug naar haar eerdere rechtspraak, namelijk het *Emsland-Stärke* arrest, waaruit bleek dat sprake moet zijn van een objectieve en subjectieve element, waarbij het objectieve element ziet op dat het beoogde doel van de Unieregeling niet wordt bereikt en het subjectieve element ziet op de bedoeling om een voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren om recht op dat voordeel te verkrijgen. Dit moet tevens zoals ook in het arrest naar voren kwam, blijken uit alle feiten.<sup>143</sup> Zij benoemt hierbij echter niet, zoals uit het *Cadbury Schweppes* arrest bleek, dat sprake moet zijn van een ‘volstrekt kunstmatige constructie’, maar spreekt in dit kader over ‘kunstmatige constructie’. Het HvJ geeft hierbij aan dat er sprake is van een kunstmatige constructie als:

- Een concern niet is opgericht om redenen die de economische realiteit weerspiegelen;
- Een zuiver formele structuur heeft; en

---

<sup>139</sup> C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, r.o. 96-98.

<sup>140</sup> C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, r.o. 111.

<sup>141</sup> C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, r.o. 123.

<sup>142</sup> C116/16 en C-117/16, r.o. 108.

<sup>143</sup> C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, r.o. 125.

- Als voornaamste doel of één van zijn voornaamste doelen is om een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel en de strekking van de belastingwetgeving ondermijnt.<sup>144</sup>

Dit is met name het geval als er sprake is van een doorstroomvennootschap, waarbij onder doorstroomvennootschap een vennootschap moet worden verstaan die:

- Zich uitsluitend bezighoudt met het ontvangen van interest en of dividenden;
- Geen economische activiteit uitvoert<sup>145</sup>; en
- De vennootschap het dividend en of interest na ontvangst zeer snel, dan wel vrijwillig of verplicht, volledig of nagenoeg volledig doorgeeft aan een entiteit die niet voldoet aan de voorwaarden van de richtlijn<sup>146</sup>.

Hierbij geeft het HvJ anders dan in de andere zaken tevens een lijst met indicatoren die zien op het hebben van een daadwerkelijke economische activiteit of de aanwezigheid van een kunstmatige constructie, namelijk:

- De wijze van beheer van de entiteit;
- De boekhoudkundige balans;
- De kostenstructuur;
- De werkelijk gemaakte kosten;
- De werknemers;
- Het kantoor en de uitrusting van het kantoor;
- De wijze van financiering;
- De waardering van het eigen vermogen van de tussenhouder;
- Het gebrek aan zelfstandige bevoegdheden om te beschikken over de ontvangen renten en dividenden;
- Het samenvallen van complexe financiële transacties met inwerkingtreding van nieuwe wetgeving.<sup>147</sup>

De Groot geeft hierbij aan dat aan houdsteractiviteit niet al te hoge substance eisen kunnen worden gesteld.<sup>148</sup> Dit lijkt mij juist, immers als alleen dividenden, rentes en royalty's worden ontvangen en doorgestoten, kan je niet veel substance hebben. Het is onredelijk om dan te verwachten dat de entiteit bijvoorbeeld 100 werknemers heeft. Dit kan echter wel anders zijn als er heel veel leningen zijn. De bovengenoemde criteria moeten daarbij samen worden gezien. Het is niet zo dat als voldaan wordt aan één criteria erop duidt dat sprake is van substance. In hoeverre echter moet worden voldaan aan de criteria is niet duidelijk. Het HvJ laat dit namelijk over aan de nationale rechters. Het feit dat HvJ ook

<sup>144</sup> C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, r.o. 127.

<sup>145</sup> C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, r.o. 127 en C116/16 en C-117/16, r.o. 104.

<sup>146</sup> C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, r.o. 128 en C116/16 en C-117/16, r.o. 101.

<sup>147</sup> C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, r.o. 131-133 en C116/16 en C-117/16, r.o. 104-106.

<sup>148</sup> De Groot, *NLF* 2019/0597.

geen rangorde geeft, waarbij de ene criteria belangrijker is dan de andere, duidt erop dat het begrip doorstroomvennootschap ruim moet worden uitgelegd.<sup>149</sup>

Tenslotte gaat het HvJ in op de bewijslast. Op dit moment is het zo dat degene die het voordeel van een richtlijn wil, moet bewijzen dat zij aanspraak maakt op dat voordeel. Voor de IRR geldt dan ook dat de belastingplichtige moet aantonen wie de UBO is.<sup>150</sup> Alsdan kan de lidstaat de voordelen van de IRR weigeren als niet bewezen kan worden wie de UBO is. In het geval van misbruik is het aan de Belastingdienst om dit aan te tonen. De crux hierbij is dan ook dat de Belastingdienst moet aantonen dat de uiteindelijke gerechtigde een doorstroomvennootschap is in het geval van misbruik. De vraag is hoe de Belastingdienst moet achterhalen wie de uiteindelijk gerechtigde is.<sup>151</sup> Dit onderschrijft het HvJ ook.<sup>152</sup> Er moet dan ook geconcludeerd worden dat voldoende is om aan te tonen dat sprake is van een doorstroomvennootschap.<sup>153</sup>

### **4.3 Minimum substance onder Nederlands recht**

#### *4.3.1 Wet op de dividendbelasting 1965*

In het kader van minimum substance kent Nederland de dividendbelasting waarmee belasting wordt ingehouden op uitgekeerde winsten. De dividendbelasting moet daarbij ingehouden worden door het lichaam wat het dividend uitkeert. De Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB 1965) kent echter ook een aantal situaties waarbij de inhouding van belasting achterwege gelaten kan worden, de zogenoemde inhoudingsvrijstelling, die neergelegd is in art. 4 Wet DB 1965. Het betreft hierbij situaties waarbij sprake is van deelnemingsverhoudingen en de opbrengstgerechtigde van het dividend gevestigd is in een EU of EER staat of in een land waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten.<sup>154</sup>

##### *4.3.1.1 Antimisbruikbepaling*

De inhoudingsvrijstelling wordt echter niet toegepast indien er sprake is van misbruik. Art. 4 lid 3 Wet DB 1965 geeft voorts aan wanneer sprake is van misbruik, namelijk als de opbrengstgerechtigde het belang heeft met als hoofddoel of één van de hoofddoelen om de heffing van belasting bij een ander te ontgaan (de subjectieve toets) en er sprake is van een kunstmatige constructie of transactie of reeks van constructies of samenstel van transacties, waarbij de constructie of transactie uit verschillen stappen of

---

<sup>149</sup> Kavelaars, *NLFW* 2019/2, onderdeel 3.2.

<sup>150</sup> Art. 1 lid 13 IRR.

<sup>151</sup> Noot Boulogne, *FED* 2019/53

<sup>152</sup> C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, r.o. 142 en C116/16 en C-117/16, r.o. 118.

<sup>153</sup> Kavelaars, *NLFW* 2019/2, onderdeel 3.2

<sup>154</sup> Art. 4 lid 1 en 2 Wet DB 1965.



onderdelen kan bestaan of een constructie of transactie of reeks van constructies of samenstel van transacties als kunstmatig worden beschouwd voor zover zij niet zijn opgezet op grond van een geldige zakelijke reden die de economische realiteit weerspiegelt (de objectieve toets). De antimisbruikbepaling bestaat dan ook uit een objectieve en subjectieve toets, waarbij enkel sprake is van misbruik als aan beide toetsen wordt voldaan. Naast de antimisbruikbepaling wordt de inhoudingsvrijstelling krachtens art. 4 lid 4 Wet DB 1965 eveneens niet toegepast indien de opbrengstgerechtigde niet de uiteindelijk gerechtigde is van de uitgekeerde dividenden.

Bij de subjectieve toets van de antimisbruikbepaling wordt zoals aangegeven gekeken of het hoofddoel of één van de hoofdoelen van de constructie is om een belastingvoordeel te verkrijgen, waarbij tevens het doel of de strekking van de Moeder-dochterrichtlijn wordt ondermijnd.<sup>155</sup> Het gaat hierbij om het ontlopen van de heffing van dividendbelasting bij een ander, waarbij dit getoetst moet worden op het moment van de uitkering. Om te bepalen of dit het geval is, moet worden gekeken naar twee situaties, te weten de situatie waarbij het belang in de uitdelende vennootschap wordt gehouden door de belastingplichtige, de opbrengstgerechtigde, en de situatie waarbij het belang in de uitdelende vennootschap rechtstreeks wordt gehouden door de achterliggers van de belastingplichtige. De zogenoemde ‘wegdenkgedachte’. Als de situatie zonder de belastingplichtige niet leidt tot een hogere Nederlandse dividendbelastingclaim, is geen sprake van ontgaan van dividendbelasting bij de ander.<sup>156</sup>

Indien echter de conclusie moet worden getrokken dat de dividendbelasting wel wordt ontgaan bij een ander, moet worden getoetst of sprake is van een kunstmatige constructie of transactie. Hier is in ieder geval geen sprake van als de constructie is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Dit moet beoordeeld worden aan de hand van de substance van het lichaam dat het belang onmiddellijk houdt. Hier wordt in ieder geval aan voldaan als het lichaam een materiële onderneming drijft, dus een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die met een winstoogmerk deelneemt aan het economische verkeer, en het belang in het uitdelende lichaam aangemerkt is als ondernemingsvermogen.<sup>157</sup> Als hier echter niet aan voldaan wordt, kan nog steeds sprake zijn van voldoende substance indien de tussenhouder een schakelfunctie verricht. Er is sprake van een schakelfunctie als er een relatie tussen de bedrijfsmatige activiteiten/hoofdkantooractiviteiten van de moedermaatschappij en de activiteiten van de kleindochtermaatschappijen wordt gelegd. Alsdan wordt geacht dat de tussenhouder een wezenlijke functie ten dienste van de groep verricht.<sup>158</sup> Naast de schakelfunctie moet de entiteit echter ook voldoende relevante substance bevatten.<sup>159</sup> In dit kader gelden er in de Nederlandse wet een aantal substance eisen waaraan voldaan moet worden. Deze eisen zullen in paragraaf 4.3.3 worden toegelicht.

---

<sup>155</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34 306, nr. 3, par. 3.

<sup>156</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34 788, nr. 3, par. 2.3.3.

<sup>157</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34 788, nr. 3, par. 2.3.3.

<sup>158</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 59

<sup>159</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34 788, nr. 3, par. 2.3.3.

#### 4.3.2 *Wet bronbelasting 2021*

Naast de antimisbruikbepaling van de inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting kent Nederland tevens een antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting op rente en royalty's. Nederland heeft per 1 januari 2021 de conditionele bronbelasting op rente en royalty's ingevoerd.<sup>160</sup> Nederland heeft er hierbij niet voor gekozen om de structuur (c.q. de doorstroomvennootschap) aan te pakken, maar de uitbetaling van de rente- en royaltybetalingen naar gelieerde entiteiten in laagbelastende jurisdicties te onderwerpen aan een bronbelastingpercentage<sup>161</sup> dat gelijk is aan het hoogste statutaire tarief in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969).<sup>162</sup>

##### 4.3.2.1 *Antimisbruikbepaling*

De conditionele bronbelasting is echter niet alleen van toepassing indien een rechtstreekse betaling wordt gedaan naar een laagbelastende jurisdictie. De bronbelasting is namelijk eenvoudig te omzeilen door niet rechtstreeks een betaling te laten plaatsvinden, maar door één of meer tussenschakels te plaatsen die niet in een laagbelastende jurisdictie zijn gevestigd. Op deze manier kunnen rente- en royaltybetalingen gemakkelijk zonder bronbelasting of tegen een lager tarief worden betaald aan de tussenschakel, die tevens in een land is gevestigd waar een lage of geen bronbelastingpercentage geldt. Het treft dan ook kunstmatige constructies die bedoeld zijn om Nederlandse bronbelasting te ontwijken.<sup>163</sup> Voor deze gevallen kent de Wet bronbelasting 2021 een antimisbruikbepaling in art. 2, eerste lid, onderdeel c Wet bronbelasting 2021. In dit kader is er sprake van misbruik als de voordeelgerechtigde is gevestigd in een staat, niet zijnde Nederland of een laagbelastende jurisdictie, en gerechtigd is tot de voordelen (rente en royalty's) met als hoofddoel of één van de hoofddoelen om de heffing bij een ander te ontgaan (subjectieve toets) en er sprake is van een kunstmatige constructie (objectieve toets). Daarbij is de constructie in ieder geval kunstmatig als deze niet is opgezet om op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.<sup>164</sup> Het gaat dus om een antimisbruikbepaling zoals die eerder ook al aan bod is gekomen in de Wet DB 1965. Ik verwijs dan ook graag terug naar paragraaf 4.3.1.1 voor een uitgebreidere behandeling van de subjectieve alsmede objectieve toets.

---

<sup>160</sup> Art. 8.1 lid 1 van de Wet van 18 december 2019 tot invoering van een bronbelasting op renten en royalty's (Wet bronbelasting 2021), Stb. 2019, nr. 513.

<sup>161</sup> Op dit moment bedraagt dit 25,8 procent.

<sup>162</sup> *Kamerstukken II* 2019/20, 35 305, nr. 3, par. 1 en 2.8.

<sup>163</sup> *Kamerstukken II* 2019/20, 35 305, nr. 3, par 2.6.

<sup>164</sup> Art. 2 lid 1 onderdeel c onder 2 Wet Bronbelasting 2021.

### 4.3.3 CFC-regeling

Nederland kent daarnaast in de CFC-regeling van art. 13ab Wet VPB 1969 een tegenbewijsmogelijkheid die betrekking heeft op de aanwezige substance in de onderneming. De CFC-regeling lijkt daarbij erg op het Unshell-richtlijnvoorstel, immers gaat het bij de CFC om een regeling tegen het verschuiven van winsten naar buitenlandse laagbelaste entiteiten. Er is daarbij kort gezegd sprake van een CFC als de belastingplichtige al dan niet tezamen met een verbonden lichaam een belang heeft van 50 procent in het lichaam en het lichaam is gevestigd in een land waar het onderworpen is aan een belasting naar de winst met een tarief van minder dan 9% of in een land dat staat op de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden.<sup>165</sup> Het gaat bij de CFC vooral om winsten die samenhangen met financiële en immateriële activa, de zogenoemde ‘besmette voordelen’<sup>166</sup>.

#### 4.3.3.1 Uitzonderingen en tegenbewijs

Er gelden echter twee uitzonderingen, waarbij geen sprake is van een CFC, namelijk als het lichaam hoofdzakelijk andere voordelen geniet dan besmette voordelen. Dat wil zeggen dat als de genoten voordelen van het lichaam voor meer dan 30 procent bestaat uit besmette voordelen pas sprake kan zijn van een CFC. Er is tevens geen sprake van een CFC als het lichaam een financiële onderneming is en de door dat lichaam genoten besmette voordelen hoofdzakelijk afkomstig zijn van anderen dan de belastingplichtige of een aan het lichaam gelieerd lichaam of gelieerde natuurlijke persoon.<sup>167</sup>

De besmette voordelen worden tevens niet in aanmerking genomen als een CFC een wezenlijke economische activiteit uitoefent.<sup>168</sup> Er dient voor elk lichaam afzonderlijk gekeken te worden of sprake is van een wezenlijke economische activiteit. Hierbij wordt gekeken naar de al bestaande substance criteria. Substance in andere concernlichamen geldt daarbij niet mee.<sup>169</sup> Anders dan de bij de dividendbelasting en de bronbelasting gaat het hierbij wel om de substance in het CFC-lichaam en niet om de substance bij haar aandeelhouder.

#### 4.3.4 Substance

Om aan te tonen dat geen sprake is van een kunstmatige constructie of transactie is het belangrijk dat de constructie is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Om aan te kunnen tonen dat dit het geval is, moet allereerst sprake zijn van een schakelfunctie van de tussenhoudster. Tevens moet sprake zijn van relevante substance. De substance

---

<sup>165</sup> Art. 13 ab lid 3 Wet VPB 1969.

<sup>166</sup> Art. 13ab lid 1 Wet VPB 1969.

<sup>167</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 34.

<sup>168</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3, par. 2.1.2.3.

<sup>169</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 34.

eisen zijn opgenomen in zowel de Vennootschapsbelasting, Dividendbelasting alsmede de Bronbelasting 2021. De substance eisen waren er allereerst om aannemelijk te maken dat het hoofddoel of één van de hoofddoelen niet is om belastingheffing bij een ander te ontgaan en er sprake is van een geldige zakelijke reden die de economische realiteit weerspiegelt, oftewel als aan de substance eisen voldaan werd, waren de antimisbruikbepalingen niet van toepassing. Dit is echter sinds 1 januari 2020 aangepast door de Europese jurisprudentie, met als gevolg dat de substance eisen geen *safe harbour* meer zijn om aannemelijk te maken dat geen sprake is van misbruik. De substance eisen spelen nu alleen nog maar een rol bij de bewijslastverdeling.<sup>170</sup> Als voldaan is aan de substance eisen is het aan de inspecteur om aannemelijk te maken dat toch sprake is van misbruik.

Daarbij geldt dat op basis van alle relevante feiten en omstandigheden met betrekking tot het bestuur, de boekhoudkundige balans, de kostenstructuur, het personeel en de beschikbare kantooruimte en uitrusting moet worden beoordeeld of er sprake is van misbruik. Het kunstmatige karakter van de tussenhoudster kan daarbij aangetoond worden door te kijken of deze een economische activiteit uitvoert. Indien de tussenhoudster slechts een ondersteunend of administratief karakter heeft, is in ieder geval geen sprake van een economische activiteit.<sup>171</sup> Daarbij is enkel en alleen het houden van aandelen ook geen economische activiteit. Dit is echter wel een economische activiteit als daadwerkelijk inmenging in het beheer en bestuur, door middel van een beleidsbepalende en coördinerende rol, in het Nederlandse lichaam door de tussenhoudster plaatsvindt. Om daarnaast te kunnen spreken van geldige zakelijke redenen is met name van belang of de tussenhoudster over een kantooruimte en gekwalificeerd personeel beschikt, zelfstandig beslissen kan nemen, over voldoende financiële middelen beschikt waar bedrijfsrisico mee wordt gelopen.<sup>172</sup> Andere indicatoren die kunnen wijzen op misbruik, is het hebben van een onbeduidende belastbare winst, de wijze waarop de tussenhoudster is gefinancierd, de omvang van het eigenvermogen of het gebrek aan bevoegdheid van de bestuurders om vrij over de ontvangen middelen te beschikken.<sup>173</sup> De minimum substance eisen in de Nederlandse wetgeving zijn dan ook dat:

- Ten minste de helft van het totale aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden van de belastingplichtige zijn woonachtig of gevestigd in de staat van de belastingplichtige;
- Deze bestuursleden beschikken over de benodigde kennis om hun taken naar behoren uit te voeren. De minimale bestuursverantwoordelijkheden zijn hierbij het nemen van de besluiten – op grond van de eigen verantwoordelijkheid van de belastingplichtige en binnen de normale groepsactiviteiten – over de af te sluiten transacties en de adequate afhandeling van de gesloten transacties;

---

<sup>170</sup> De Groot, *NLF* 2019/1510.

<sup>171</sup> *Kamerstukken II* 2019/20, 35 305, nr. 3, p. 25.

<sup>172</sup> *Kamerstukken II* 2019/20, 35 305, nr. 3, p. 44.

<sup>173</sup> *Kamerstukken II* 2019/20, 35 305, nr. 3, p. 25.

- Het beschikken over gekwalificeerd persoon voor de uitvoering en registratie van de af te sluiten transacties door de belastingplichtige;
- In de staat van de belastingplichtige de bestuursbesluiten worden genomen;
- In de staat van de belastingplichtige de belangrijkste bankrekeningen van de belastingplichtige worden gehouden;
- In de staat van de belastingplichtige de boekhouding van de belastingplichtige wordt gevoerd;
- De belastingplichtige een bedrag aan loonkosten heeft dat tenminste gelijk is aan €100.000 voor de relevante werkzaamheden (of voor het houden van de deelneming als het gaat om de dividendbelasting); en
- De belastingplichtige tenminste gedurende een periode van 24 maanden een ruimte heeft dat geschikt is om de werkzaamheden vanuit te voeren.<sup>174</sup>

#### 4.3.4.1 Substance groepsfinanciering

In het kader van substance heeft de wetgever voor de deelnemingsvrijstelling ook bepaalde substance criteria opgesteld om zo een onderscheid te maken tussen actieve en passieve groepsfinanciering. Ingevolge art. 13 Wet VPB 1969 wordt bij het bepalen van de winst namelijk bepaalde voordelen uit hoofde van een deelneming buiten beschouwing gelaten. Dit geldt echter niet als sprake is van een laagbelaste beleggingsdeelneming. Dit om te voorkomen dat inkomsten uit kapitaal, wat veelal mobiel is, niet via de deelnemingsvrijstelling onbelast te kunnen genieten, waarna het via Nederland doorgestoten wordt naar laagbelastende jurisdicties.<sup>175</sup> De wetgever heeft er dan ook voor gekozen om voor groepsfinanciering bijzondere regels op te stellen, immers door middel van groepsfinanciering is het vrij makkelijk om kapitaal te verplaatsen. Hierdoor geldt dat de passieve groepsfinancieringsmaatschappij aangemerkt moet worden als een beleggingsdochter en dus geen aanspraak gemaakt kan worden op de deelnemingsvrijstelling, maar wel op de deelnemingsverrekening.

Er is echter wel een uitzondering opgenomen in de uitvoeringsbeschikking van de vennootschapsbelasting als de werkzaamheden aangemerkt kunnen worden als actieve financieringswerkzaamheden. Het betreft hierbij een *safe harbour*, oftewel als wordt voldaan aan de voorwaarden is sprake van actieve financieringswerkzaamheden.<sup>176</sup> Ingevolge art. 2a Uitv.beschk. VPB 1971 is sprake van actieve financieringswerkzaamheden indien:

- Het lichaam zich duurzaam bezighoudt met het coördineren en uitvoeren van financiële transacties met tot het concern behorende lichamen;

<sup>174</sup> Art. 1bis Uitv. Besch. Wet DB 1965 en art. 2 Uitv. Reg. Wet Bronbelasting 2021.

<sup>175</sup> *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 13.

<sup>176</sup> *Handelingen II* 1995/96, 24 696, p. 16.

- Het vreemd vermogen, dat aangetrokken is van derden, ten minste 20 procent van de waarde in het economisch verkeer van de activa van het lichaam bedraagt;
- Het lichaam niet langer dan 12 maanden het beheer heeft over overtollige liquide middelen, die niet meer bedragen dan 10 procent van het gestort kapitaal, oftewel de entiteit is geen ‘spaarpot’;
- Het lichaam de financieringswerkzaamheden zelfstandig uitvoert en zelfstandig is in haar bestuur;
- De bevoegdheden, verantwoordelijkheden van de werknemers van het lichaam alsmede het aantal werknemers in overeenstemming is met de aard en functie van het lichaam;
- Het lichaam over een eigen kantoor beschikt dat is voorzien van de gebruikelijke faciliteiten in de financiële sector; en
- Het lichaam de transacties via de eigen bankrekeningen verricht.

#### 4.3.5 Art. 8c Wet VPB 1969

Naast een regeling voor uitgaande rente- en royaltybetalingen kent Nederland ook een regeling voor inkomende rente- en royaltybetalingen. Het gaat hierbij om art. 8c Wet VPB 1969 dat ervoor zorgt dat bepaalde rente en royalty ontvangsten van de winst uitgesloten worden. De vergoeding die een lichaam verplicht krijgt voor de uitgeoefende functies behoort echter wel tot de winst.<sup>177</sup> Alsdan wordt geen verrekening gegeven van buitenlandse bronbelasting op de ontvangen rente en royalty’s als het lichaam enkel en alleen fungeert als intermediair of dienstverlener. Daarbij hoeft het niet zo te zijn dat het moet gaan om verbonden buitenlandse concern. Ook Nederlandse concern kunnen namelijk worden getroffen door de bepaling. Het doel van de Nederlandse overheid was om het voor financiële dienstverleningslichamen zonder enige of nauwelijks reële aanwezigheid in Nederland minder aantrekkelijk te maken om zich in Nederland te vestigen. Immers lichamen die geen of nauwelijks reële aanwezigheid hebben in Nederland zijn nagenoeg altijd fiscaal gedreven constructies.<sup>178</sup>

De bepaling wordt toegepast als wordt voldaan aan een drietal eisen, namelijk verbondenheid binnen concern, geldleningen of rechtsverhoudingen die ‘rechtens dan wel in feite direct of indirect’ met elkaar samenhangen en het ontbreken van een reëel risico.<sup>179</sup> Hierbij wordt voor de concerndefinitie aangesloten bij art. 10a lid 4, 5 en 7 Wet VPB 1969. Daarbij moet voor de interpretatie van de woorden ‘rechtens dan wel in feite direct of indirect’ tevens worden gekeken naar art. 10a Wet VPB 1969.<sup>180</sup> In het geval van risico kan het gaan om debiteurenrisico’s, valutarisico’s, marktrisico’s en operationele risico’s, echter als het lichaam alleen operationele risico’s loopt, is er geen sprake van een reëel risico.<sup>181</sup>

<sup>177</sup> Art. 8c lid 3 Wet VPB 1969.

<sup>178</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3, par. 2.8.a.2.

<sup>179</sup> Art. 8c Wet VPB 1969.

<sup>180</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 5, par. 2.8.a.2.

<sup>181</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 23.

Om onzekerheid weg te nemen over de vraag wanneer voldoende risico gelopen wordt, is er in art. 8c, tweede lid Wet VPB 1969 een vermogens eis opgenomen. Indien wordt voldaan aan deze eis, wordt ervan uitgegaan dat het doorstroomlichaam voldoende risico loopt ten aanzien van de lening(en). Er wordt voldaan aan deze eis als het eigen vermogen tenminste het laagste bedragt van één procent van de uitstaande leningen of twee miljoen.<sup>182</sup>

Indien financiële dienstverleningslichamen zekerheid vooraf willen met betrekking tot de fiscale gevolgen van hun handelen kan daartoe een verzoek worden ingediend. In het geval dat ze voldoende substance hebben in Nederland en instemmen met spontane inlichtingenverstrekking door Nederland aan het bronland, kunnen financiële dienstverleningslichamen met betrekking tot de te hanteren zakelijke beloning en de verrekenbaarheid van de bronheffingen zekerheid vooraf krijgen.<sup>183</sup>

#### **4.4 Minimum substance in verdragen**

##### *4.4.1 Algemeen*

Zoals reeds aangegeven is de OESO in februari 2013 begonnen met het base erosion and profit shifting project en dat dit geleid heeft tot vijftien actiepunten.<sup>184</sup> Hierbij speelt voornamelijk actiepunt zes een belangrijke rol van betekenis wat betreft minimum substance in verdragen. Met actiepunt zes wordt namelijk beoogt om een minimum standaard voor de aanpak van belastingontwijking te bewerkstelligen.<sup>185</sup> Een eerste stap hiertoe is om de preambule aan te passen om zo duidelijk te maken dat belastingverdragen bedoeld zijn om dubbele belasting te voorkomen, maar ook dat zij niet zijn bedoeld voor dubbele non belasting.<sup>186</sup> Daarnaast gaat het om maatregelen om treaty shopping te bestrijden. Dit betreft de kunstmatige tussenplaatsing van een doorstroomvennootschap zonder voldoende substance in een land. Op deze manier kan namelijk een fiscaal voordeel worden behaald door beroep te doen op de belastingverdragen van dat land.<sup>187</sup> De maatregelen die voorgesteld zijn om verdragsmisbruik te bestrijden zijn:

- Een principal purpose test, of
- Een principal purpose test in combinatie met een limitation on benefitsbepaling, of

---

<sup>182</sup> Art. 8c lid 2 Wet VPB 1969.

<sup>183</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 12 juni 2014, *Stert*, nr. 2014-15957.

<sup>184</sup> Zie de inleiding.

<sup>185</sup> OECD, BEPS Project Explanatory Statement: 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, p. 14 en 15.

<sup>186</sup> OECD (2015), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, p. 9.

<sup>187</sup> De Wilde, *MBB* 2016/11, par. 4.7.

- Een (gedetailleerde) limitation on benefitsbepaling in combinatie met een anti-doorstroombepaling.<sup>188</sup>

#### 4.4.2 De Principle Purpose Test

De PPT is opgenomen in art. 7 van het MLI en is terug te vinden in art. 29 lid 9 OESO-MV. Bij de PPT worden de verdragsvoordelen niet toegekend indien het verkrijgen van het verdragsvoordeel een van de voornaamste doelen was van de gebruikte constructie of transactie die direct of indirect tot een voordeel heeft geleid.<sup>189</sup> Dit volgt uit de tekst die opgenomen is in art. 29 lid 9 OESO-MV, namelijk *“Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention”*. Tevens blijkt hieruit dat de PPT bestaat uit 2 elementen, te weten een motiefvereiste en een normvereiste<sup>190</sup>, doch is de verhouding tussen deze twee toetsen niet geheel duidelijk.<sup>191</sup> Naast de 2 vereisten is het verkrijgen van een voordeel ook belangrijk, echter wordt hier al snel aan toegekomen, omdat het begrip ‘voordeel’ ruim moet worden uitgelegd en onder andere de vermindering, vrijstelling, uitstel of teruggaaf van belasting verkregen door toepassing van het betrokken belastingverdrag omvat.<sup>192</sup>

##### 4.4.2.1 Motiefvereiste

Bij het motiefvereiste gaat het om de intentie van de belastingplichtige. De vraag die hierbij gesteld moet worden is of één van de hoofddoelen van de gebruikte constructie of transactie is om een verdragsvoordeel te behalen. Het motiefvereiste is dan ook subjectief van aard, echter moet deze met objectieve criteria getoetst worden. Er moet namelijk gekeken naar alle relevante feiten en omstandigheden.<sup>193</sup> Het motiefvereiste kan uiteengezet worden in twee stukken, namelijk *“a reasonable conclusion”* en *“the principal purpose of the arrangement or transaction”*.<sup>194</sup> Volgens Weber zijn dit de reasonableness test en de principal purpose test.<sup>195</sup>

<sup>188</sup> OECD (2015), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, p. 10.

<sup>189</sup> Art. 29 lid 9 OESO-MV.

<sup>190</sup> Kok, *MBB* 2017/4, par. 4.2. en Bosman, *MBB* 2018/6, par. 5.3.2.

<sup>191</sup> Adriaans & van Hulten, *WFR* 2022/206, onderdeel. 2.

<sup>192</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 175.

<sup>193</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 178.

<sup>194</sup> Elliffe, *World Tax Journal* 2019, vol. 11, no. 1, onderdeel 4.2.1.

<sup>195</sup> Weber, *Erasmus Law Review* 2017, vol. 10, no. 1, onderdeel 2.2.



De reasonableness test van het motiefvereiste impliceert volgens diverse auteurs<sup>196</sup> dat er een zeer geringe bewijslast bestaat, omdat gesproken wordt over “*reasonable to conclude*”, oftewel er moet ‘redelijkerwijs kunnen worden geconcludeerd’ dat één van de hoofddoelen van een constructie of transactie het verkrijgen van een verdragsvoordeel was.<sup>197</sup> Er hoeft dan ook geen bewijs geleverd te worden. Het enkel en alleen aannemelijk maken dat het doel was om een verdragsvoordeel te behalen is voldoende.<sup>198</sup> Alhoewel dit erg nadelig is voor de belastingplichtigen, doordat het vrij eenvoudig is voor Belastingdiensten om aan te tonen dat het aannemelijk is dat een constructie of transactie is opgezet om een verdragsvoordeel te behalen, is het mijns inziens wel begrijpelijk dat de bewijslast niet al te zwaar is. Het is namelijk onmogelijk om de intentie van een belastingplichtige aan te tonen.<sup>199</sup> Als gevolg van deze geringe bewijslast is het dan ook zo dat de intentie van de belastingplichtige er in beginsel niet toe doet. De nadruk ligt op de relevante feiten en omstandigheden en niet op intentieverklaringen, alsdan moet de term “één van de hoofddoelen” niet worden gezien als een synoniem voor “motief” van de belastingplichtige.<sup>200</sup> De reasonableness test is dan ook als het ware geobjectiveerd. Dit blijkt ook uit het commentaar bij art. 29 lid 9 OESO-MV, namelijk dat het van belang is een objectieve analyse te maken van de doelstellingen van alle betrokken personen, die partij zijn bij het tot stand brengen van de regeling of transactie.<sup>201</sup> De reasonableness test sluit dan ook aan bij de transactie en niet bij de persoon. Dit kan verklaard worden doordat belastingverdragen in beginsel aansluiten bij de inkomenssoort en niet bij de persoon.<sup>202</sup> Het gevolg hiervan is echter wel dat niet alleen kunstmatige constructies onder het motiefvereiste vallen.<sup>203</sup>

Naast de reasonableness test is er zoals reeds aangegeven ook nog de principal purpose test. Het gaat er hierbij om dat het verkregen verdragsvoordeel “één van de hoofddoelen van een constructie of transactie was”. Daarbij is belangrijk op te merken dat er dus meerdere hoofddoelen kunnen zijn dan alleen het verdragsvoordeel en dat indien een constructie of transactie is opgezet met legitieme commerciële doeleinden er alsnog wordt voldaan aan deze toets.<sup>204</sup> Belastingen zijn echter een belangrijk onderdeel van de bedrijfskosten, alsdan kan beargumenteerd worden dat elk redelijk bedrijf rekening moet houden met de fiscale gevolgen van een transactie. Het is echter niet duidelijk wanneer het rekening houden met de fiscale gevolgen omslaat in één van de hoofddoelen. Wel volgt uit het commentaar dat niet uit het resultaat van de constructie of transactie snel geconcludeerd mag worden dat het behalen van het verdragsvoordeel één van de hoofddoelen was.<sup>205</sup>

---

<sup>196</sup> Van Weeghel, *World Tax Journal* 2019, vol. 11, no. 1, onderdeel 3.

<sup>197</sup> Goudsmit & van Hulten, *WFR* 2021/18, onderdeel 2.

<sup>198</sup> Bosman, *MBB* 2018/6, onderdeel 5.3.7.

<sup>199</sup> Lang, *Tax Notes International* 2014, vol. 74, no. 7, p. 661.

<sup>200</sup> Piantavigna, *World Tax Journal* 2018, vol. 10, no. 2, onderdeel 2.

<sup>201</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 178.

<sup>202</sup> Kavelaars, *TFO* 2018/159.1, onderdeel 4.1.

<sup>203</sup> Kok, *WFR* 2015/184, onderdeel 4.1.

<sup>204</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 180.

<sup>205</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 178.

#### 4.4.2.2 Normvereiste

Naast het motiefvereiste is er ook nog het normvereiste in de PPT. Uit het OESO-commentaar is op te maken dat het hierbij gaat om een uitzondering op het motiefvereiste. Het gaat dan ook om een tegenbewijsregeling, waarbij een situatie die onder het motiefvereiste valt, de belastingplichtige de kans geeft om aan te tonen dat het verkregen verdragsvoordeel in de gegeven omstandigheden in overeenstemming is met het doel en de strekking van de relevante verdragsbepaling.<sup>206</sup> Alhoewel de PPT verwijst naar het doel en de strekking van de “relevante verdragsbepaling” en niet naar het doel en de strekking van een verdrag, zijn het doel en de strekking van een verdrag zeker ook van belang, immers het doel en de strekking van een verdrag worden noodzakelijkerwijs gerealiseerd door de specifieke bepalingen in het verdrag.<sup>207</sup> Hier lijkt echter enige vorm van tegenstrijdigheid te bestaan, omdat het doel en de strekking van een verdrag juist is om belastingontwijking tegen te gaan, terwijl het normvereiste zoals reeds aangegeven erop neerkomt dat het verdragsvoordeel wel moet worden gegeven als het voordeel in lijn is met doel en strekking van het verdrag.<sup>208</sup> Dat gekeken moet worden naar het doel en de strekking van een verdrag betekent echter niet dat er geen betekenis toekomt aan het doel en de strekking van een verdragsbepaling. Het uitgangspunt dat volgt uit het commentaar van art. 29 is immers het doel en de strekking van een verdragsbepaling, maar deze moet tezamen met het volledige verdrag inclusief de preambule gezien worden.<sup>209</sup>

De vraag blijft echter hoe het doel en de strekking van een specifieke verdragsbepaling moet worden achterhaald. Daarbij zijn ieder geval de tekst van de verdragsbepaling, die moet worden uitgelegd in de context van andere verdragsbepalingen, met inbegrip van de preambule, alsmede toelichtingen en commentaren, van belang.<sup>210</sup> Het OESO-commentaar geeft echter geen richtsnoeren, waaruit opgemaakt kan worden wat het doel en de strekking van de verschillende verdragsbepalingen in het OESO-modelverdrag zijn, alsdan blijft hier een bepaalde mate van onzekerheid. Het commentaar verschaft wel enkele voorbeelden, maar deze zijn niet consequent, waardoor het nog steeds niet duidelijk is.<sup>211</sup> Een verkregen verdragsvoordeel zal in ieder geval wel in lijn zijn met het doel en de strekking van een verdragsbepaling als de transactie onlosmakelijk verbonden is met een commerciële kernactiviteit waarbij de vormgeving van deze transactie niet is ingegeven door het verkrijgen van een verdragsvoordeel.<sup>212</sup>

---

<sup>206</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 170.

<sup>207</sup> Duff, *Canadian Tax Journal* 2018, vol. 66, no. 4, p. 987.

<sup>208</sup> Adriaans & van Hulten, *WFR* 2022/2016, onderdeel 3.1.

<sup>209</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 173.

<sup>210</sup> Duff, *Canadian Tax Journal* 2018, vol. 66, no. 4, p. 989 en 990.

<sup>211</sup> Adriaans & van Hulten, *WFR* 2022/2016, onderdeel 2.

<sup>212</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 181.

#### 4.4.2.3 Substance

Het verkrijgen van een verdragsvoordeel zal dan ook niet als één hoofddoel van een constructie of transactie worden aangemerkt als de constructie of transactie “onlosmakelijk verbonden is met een commerciële kernactiviteit”. Dit suggereert dan ook dat bij de uitzondering op de hoofdregel moet worden gekeken of sprake is van een reële economische activiteit. Alhoewel in deze situaties dus niet gesproken kan worden dat het behalen van het verdragsvoordeel één van de hoofddoelen was, lijkt het logischer om te concluderen dat in gevallen waar daadwerkelijk sprake is van een reële economische activiteit, een constructie of transactie in lijn is met het doel en de strekking van een verdrag.<sup>213</sup> Desondanks lijkt het hebben van substance ook belangrijk te zijn voor de eerste toets, immers zoals reeds aangegeven, indien een verdragsvoordeel wordt geclaimd en er bestaat genoeg substance dan is het onwaarschijnlijk dat het verkrijgen van het verdragsvoordeel één van de hoofddoelen was.<sup>214</sup> Wanneer echter sprake is van voldoende substance is niet duidelijk. Het is ook niet mogelijk om dit precies aan te geven indien de OESO of verdragspartners niet hebben vastgesteld wanneer sprake is van voldoende substance, omdat substance op zichzelf gezien een subjectief begrip is.<sup>215</sup>

#### 4.4.3 Limitation on Benefits

Het doel dat beoogd wordt door het gebruik van een limitation on benefitsbepaling is het recht op verdragsvoordelen in verband met *treaty shopping* te beperken. De limitation on benefitsbepaling zorgt ervoor dat enkel en alleen hebben van inwonerschap of het hebben van de vestigingsplaats in een bepaald land voldoende is voor de toekenning van verdragsvoordelen. Er wordt naast het hebben van inwonerschap of vestigingsplaats van natuurlijke personen en ondernemingen geëist om een voldoende band te hebben met de woon- of vestigingsland. In tegenstelling tot de PPT wordt dit bij de limitation on benefitsbepaling nader uitgewerkt door het toetsen aan een aantal objectieve voorwaarden en eigenschappen van de belastingplichtige. Hierbij wordt verondersteld dat een belastingplichtige die aan de criteria voldoet, waarschijnlijk een reëel zakelijk doel of een voldoende sterke band met haar woon- of vestigingsstaat heeft om de toekenning van de verdragsvoordelen te rechtvaardigen, zelfs indien er geen zakelijk doel is. Er worden dan ook objectieve maatstaven gebruikt om de subjectieve intentie te toetsen.<sup>216</sup> Het voordeel van een dergelijke toets is dat de belastingplichtigen zekerheid hebben over toekenning van verdragsvoordelen.<sup>217</sup> Daarbij speelt het motief van een belastingplichtige helemaal geen rol bij de limitation on benefitsbepaling. Hierdoor zullen ook minder procedures zijn met betrekking tot de uitleg en interpretatie van de bepaling. Het nadeel is echter dat een bepaalde mate van “overkill” kan

---

<sup>213</sup> Duff, *Canadian Tax Journal* 2018, vol. 66, no. 4, p. 983.

<sup>214</sup> Goudsmit & van Hulst, *WFR* 2021/18, onderdeel 4.2.

<sup>215</sup> Mithe, *World Tax Journal* 2020, vol. 12, no. 1, onderdeel 3.2.6.

<sup>216</sup> Mithe, *World Tax Journal* 2020, vol. 12, no. 1, onderdeel 2.2.2.

<sup>217</sup> De Wilde, *NTFR* 2015/2726.

ontstaan in situaties waarin wel een reële economische situatie aanwezig is. Daar komt ook nog eens bij kijken dat zowel de vereenvoudigde alsmede de gedetailleerde limitation on benefitsbepalingen erg complex en gedetailleerd zijn. Het zal dan ook niet verbazen dat de Nederland overheid de keuze heeft gemaakt voor de PPT. Dit kwam echter mede door het feit dat de anti-doorstroombepaling niet voldoende is uitgewerkt.<sup>218</sup>

#### 4.4.3.1 Gekwalificeerd persoon

De limitation on benefits toets is uitgewerkt in het commentaar bij art. 29 OESO-modelverdrag. De bepalingen zijn direct van toepassing indien er wordt voldaan aan de toets. Er hoeft dan ook geen overleg met de autoriteiten plaats te vinden om een beroep op de bepalingen te doen.<sup>219</sup> De limitation on benefitsbepaling begint daarbij zoals reeds aangegeven veelal met dat het zijn van een ‘inwoner’ niet voldoende is om voor de verdragsvoordelen in aanmerking te komen. Er moet namelijk sprake zijn van een zogenoemde ‘gekwalificeerd persoon’. Indien een inwoner echter een gekwalificeerd persoon is, moet tevens aan de eisen van een verdragsbepaling worden voldaan om ook daadwerkelijk het verdragsvoordeel te verkrijgen.<sup>220</sup> Hierbij kan gedacht worden aan dat een inwoner de uiteindelijke gerechtigde moet zijn van bijvoorbeeld ontvangen dividenden, interest of royalty’s. Als gekwalificeerd persoon worden daarbij aangemerkt:

- Natuurlijke personen<sup>221</sup>;
- De verdragsluitende staten alsmede overheidslichamen<sup>222</sup>;
- Beursgenoteerde lichamen alsmede verbonden lichamen van deze lichamen<sup>223</sup>;
- Goede doelen en pensioenfondsen<sup>224</sup>;
- Vennootschappen waarvan de meerderheid van de aandelen in handen is van een inwoners van dezelfde staat en deze inwoner een gekwalificeerd persoon is<sup>225</sup>; en
- Beleggingsfondsen<sup>226</sup>.

Indien een inwoner echter geen ‘gekwalificeerd persoon’ is kan toch het recht op de verdragsvoordelen geëffectueerd worden indien wordt voldaan aan één van de onderstaande toetsen. Belangrijk om hier in ogenschouw te houden is wel dat dit niet geldt voor alle verdragsvoordelen (zoals wel geldt voor ‘gekwalificeerde personen’), maar alleen de verdragsvoordelen van toepassing zijn voor de inkomsten

---

<sup>218</sup> O.a. Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 28 oktober 2016, nr. 2016-0000167694, Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 21 maart 2017, nr. 2017-0000034664 en *Kamerstukken II* 2016/17, 25 087, nr. 135, onderdeel 2.2.3.

<sup>219</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 11 en 12.

<sup>220</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 6.

<sup>221</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 12.

<sup>222</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 13.

<sup>223</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 14.

<sup>224</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 35.

<sup>225</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 42.

<sup>226</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 55.

waarvoor de limitation on benefitsbepaling is voldaan, dus als andere verdragsvoordelen verkregen willen worden, moet opnieuw getoetst worden aan de limitation on benefitsbepaling.

#### 4.4.3.2 *Activiteitentoets*

Bij de activiteitentoets kan een inwoner aanspraak maken op een verdragsvoordeel indien een actieve onderneming wordt gedreven in de woonstaat en inkomen verkregen wordt uit de andere staat. Het inkomen moet echter wel verbonden zijn met operationele activiteiten. De operationele activiteiten omvatten echter niet:

- Houdsteractiviteiten;
- Het uitoefenen van toezicht of het voeren van de administratie van een groep vennootschappen;
- Het verstrekken van groepsfinanciering; en
- Het doen of beheren van investeringen, tenzij dit wordt gedaan in de hoedanigheid van een gereguleerde financiële instelling, verzekeringsmaatschappij of een effectenhandelaar.<sup>227</sup>

Of inkomen verbonden is met een operationele activiteit moet daarbij worden beoordeeld aan de hand van de relevante feiten en omstandigheden. Hierbij moet een feitelijk verband bestaan tussen het inkomen en de uitgevoerde activiteiten<sup>228</sup>, oftewel er moet sprake zijn van economische substance om te voldoen aan deze toets.<sup>229</sup>

#### 4.4.3.3 *Aandeelhouderstoets*

In tegenstelling tot de activiteitentoets kijkt de aandeelhouderstoets niet naar de activiteiten van de vennootschap, maar naar de achterliggende aandeelhouders en of deze aandeelhouders verdragsgerechtigd zijn. Als de aandeelhouders namelijk door direct te investeren wel aanspraak konden maken op een verdragsvoordeel kan de vennootschap alsnog aanspraak maken op het verdragsvoordeel. Het is namelijk onwaarschijnlijk dat deze vennootschap dan is ‘tussengeschoven’ om de voordelen van het verdrag te verkrijgen.<sup>230</sup>

#### 4.4.3.4 *Hoofdkantorentoets*

Bij de hoofdkantorentoets gaat het om waar het operationele hoofdkantoor is gevestigd. Deze vennootschappen houden zich in beginsel uitsluitend bezig met het vervullen van de functie als

---

<sup>227</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 67.

<sup>228</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 74 en 75.

<sup>229</sup> Jiang, *Bulletin for International Taxation* 2015, vol. 69, no. 3, onderdeel 3.4.4.

<sup>230</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 130.

hoofdkantoor en hebben dan ook geen recht op verdragsvoordelen, omdat ze niet zullen voldoen aan de eerdergenoemde toetsen. Aangezien de plaats van vestiging van een hoofdkantoor veelal gekozen wordt om niet-fiscale redenen geeft de limitation on benefitstoets recht op verdragsvoordelen met betrekking tot ontvangen dividenden en rente van de groep indien wordt voldaan aan een zestal eisen, te weten:

- De feitelijke leiding van de vennootschap is daar waar de vennootschap zijn vestigingsstaat heeft;
- Er vinden in tenminste vier landen operationele activiteiten plaats, die tenminste tien procent van de omzet genereren van de groep;
- In geen van de vier (of meer) landen wordt meer dan 50 procent van de omzet behaald;
- Van de totale omzet wordt maximaal 25 procent behaald in de andere verdragsluitende staat (lees de bronstaat);
- Het hoofdkantoor is onderworpen aan belastingheffing; en
- Er wordt voldaan aan de grondslagerosietoets, kortgezegd moet minder dan 50 procent van het bruto-inkomen van de vennootschap in het belastingtijdvak waarin beroep wordt gedaan op deze toets worden betaald aan (1) inwoners van derde staten, (2) inwoners van de bron- of woonstaat die geen ‘gekwalificeerd persoon’ zijn en (3) verbonden personen die vallen onder een speciaal belastingregime.<sup>231</sup>

#### 4.4.3.5 Discretionary-benefitsbepaling

Tenslotte bevat de limitation on benefitsbepaling nog een vangnetbepaling dat de mogelijkheid geeft aan belastingplichtigen om de autoriteiten te verzoeken toch de verdragsvoordelen toe te kennen, indien niet wordt voldaan aan de bovengenoemde toetsen.<sup>232</sup> Met het verzoek moet de belastingplichtige echter wel duidelijk maken dat geen fiscale redenen gemoeid zijn met de oprichting, acquisitie of instandhouding van de desbetreffende vennootschap, oftewel het verkrijgen van het verdragsvoordeel mag niet één van de hoofddoelen van de transactie of constructie zijn. Alsdan speelt de intentie van partijen hier wel weer een rol. Het gaat dus om een subjectieve toets.<sup>233</sup> Er moet dan ook aangetoond worden dat sprake is van een niet-fiscale verband met de woonstaat. Het toekennen van het verdragsvoordeel mag ook niet in strijd zijn met het doel en de strekking van het belastingverdrag.<sup>234</sup> Het verdragsvoordeel zal in ieder geval niet worden toegekend als dit leidt tot geen of lage belastingdruk, te denken valt aan dubbele non belasting. Dit vereiste speelt geen rol indien verlaagde tarieven van toepassing kunnen zijn.<sup>235</sup>

---

<sup>231</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 91.

<sup>232</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 100.

<sup>233</sup> Jiang, *Bulletin for International Taxation* 2015, vol. 69, no. 3, onderdeel 3.4.6.

<sup>234</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 103.

<sup>235</sup> Commentaar op art. 29 OESO-modelverdrag, par. 104 en 105.

## 4.5 Deelconclusie

Onder het EU-recht is sprake van misbruik als wordt voldaan aan een objectief element en een subjectief element, die tezamen zien op dat het doel van een Unierechtelijke bepaling wordt ondermijnt, waarbij uit het geheel van objectieve factoren blijkt dat het wezenlijke doel van de betrokken transactie bestaat uit het verkrijgen van een belastingvoordeel. Het is daarbij niet toegestaan om van een algemeen misbruikvermoeden uit te gaan. Er hoort aangetoond te worden dat sprake is van misbruik, waarbij tevens de belastingplichtige erin voorzien wordt om tegenbewijs te kunnen leveren. Indien een kunstmatige constructie aanwezig is, waarbij deze er is als een concern niet is opgericht om redenen die de economische realiteit weerspiegelen, een zuivere formele structuur heeft en het voornaamste doel of één van de voornaamste doelen is om een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel en de strekking van de belastingwetgeving ondermijnt, is sprake van misbruik. Het is daarbij voldoende om aan te tonen dat sprake is van een doorstroomvennootschap in een structuur, waarbij onder doorstroomvennootschap moet worden verstaan een entiteit die zich uitsluitend bezighoudt met het ontvangen van interest en of dividenden, geen economische activiteit uitvoert en zeer snel na de ontvangst van dividenden en of interest deze weer doorgeeft aan een entiteit die niet voldoet aan de voorwaarden van de richtlijn. Dit moet blijken uit de feiten en omstandigheden, te weten de wijze van beheer van de entiteit, de boekhoudkundige balans, de kostenstructuur, de werkelijke gemaakte kosten, de werknemers, het kantoor en de uitrusting van het kantoor, de wijze van financiering, de waardering van het eigen vermogen van de tussenhoudster, het gebrek aan zelfstandige bevoegdheden om te beschikken over de ontvangen renten en dividenden en het samenvallen van complexe financiële transacties met inwerkingtreding van nieuwe wetgeving.

In de Nederlandse wetgeving volgen de substance eisen uit de antimisbruikbepalingen, waarbij tevens moet worden voldaan aan een subjectieve alsmede objectieve toets, die tezamen inhouden dat het hoofddoel of één van de hoofddoelen moet zijn het ontgaan van belasting bij een ander en dit gedaan wordt door de aanwezigheid van een kunstmatige constructie die niet is opgezet op grond van een geldige zakelijke reden die de economische realiteit weerspiegelt. De substance eisen die volgen uit de Nederlandse wet zijn daarbij dat ten minste de helft van het totale aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden van de belastingplichtige zijn woonachtig of gevestigd in de staat van de belastingplichtige en deze beschikken over de benodigde kennis om hun taken naar behoren uit te voeren, het beschikken over gekwalificeerd persoon voor de uitvoering en registratie van de af te sluiten transacties door de belastingplichtige, in de staat van de belastingplichtige de bestuursbesluiten worden genomen, in de staat van de belastingplichtige de belangrijkste bankrekeningen van de belastingplichtige worden gehouden, in de staat van de belastingplichtige de boekhouding van de belastingplichtige wordt gevoerd, de belastingplichtige een bedrag aan loonkosten heeft dat tenminste gelijk is aan €100.000 voor de relevante werkzaamheden en de belastingplichtige tenminste gedurende een periode van 24 maanden een ruimte heeft dat geschikt is om de werkzaamheden vanuit te voeren.

Belangrijk om hier nog bij op te merken is dat de substance criteria geen *safe harbour* meer vormen, maar enkel nog zorgen voor een omkering van de bewijslast. Als voldaan is aan de substance eisen is het aan de inspecteur om aannemelijk te maken dat er toch sprake is van misbruik. Nederland kent daarnaast ook substance eisen met betrekking tot actieve groepsfinancieringswerkzaamheden. Er is sprake van actieve groepsfinanciering als het lichaam zich duurzaam bezighoudt met deze activiteiten, het vreemd vermogen voor tenminste 20 procent van de waarde van de activa is aangetrokken van derden, de entiteit niet fungeert als 'spaarpot', de activiteiten en het bestuur van het lichaam zelfstandig zijn en worden uitgevoerd, het aantal werknemers alsmede hun bevoegdheden en verantwoordelijkheden in overeenstemming zijn met de aard en functie van het lichaam, het lichaam de werkzaamheden beschikt over een eigen kantoor ruimte en de werkzaamheden verricht via een eigen bankrekening.

In het verdragenrecht zijn, in tegenstelling tot het EU-recht en de Nederlandse wetgeving, geen specifieke minimum substance eisen te vinden. Het betreft hier twee toetsen, namelijk de PPT, waar tevens moet worden voldaan aan een subjectieve alsmede objectieve toets die inhouden dat de verdragsvoordelen niet toegekend worden indien het verkrijgen van het verdragsvoordeel een van de voornaamste doelen was van de gebruikte constructie of transactie die direct of indirect tot een voordeel heeft geleid, en de limitation on benefitsbepaling, waarbij aan objectieve criteria moet worden voldaan om een verdragsvoordeel te krijgen. De limitation on benefitsbepaling lijkt dan ook meer op specifieke substance criteria. Er wordt voldaan aan de limitation on benefitsbepaling als onder andere sprake is van gekwalificeerde personen, indien een actieve onderneming wordt gedreven, als de achterliggende aandeelhouders van een entiteit ook verdragsgerechtigd zijn en als sprake is van een houdstermaatschappij, waarbij nog wel aan aanvullende criteria moet worden voldaan. Belastingplichtigen kunnen zich daarnaast ook nog wenden tot de autoriteiten met het verzoek om toch de verdragsvoordelen toe te kennen, indien niet wordt voldaan aan de andere toetsen.



## **Hoofdstuk 5 Toetsing Unshell-richtlijn**

### **5.1 Inleiding**

Zoals aangegeven bevatten de huidige regelingen in het Nederlands recht alsmede verdragen en ook EU-recht substance eisen. De vraag die echter blijft hangen is, hoe deze substance eisen verschillen van de substance eisen in het Unshell-richtlijnvoorstel. In dit hoofdstuk zal dan ook allereerst gekeken worden hoe het Unshell-richtlijnvoorstel zich verhoudt tot het EU-misbruikbeginsel, immers de substance eisen onder het EU-recht volgens uit het misbruikbeginsel. Vervolgens zal de verhouding tot de substance eisen in de Nederlandse antimisbruikbepalingen worden uiteengezet. Er zal ook gekeken worden naar de verhouding tot het internationaal belastingrecht, oftewel de verdragen. Tenslotte zullen een aantal aandachtspunten in het voorstel te revue passeren. In dit hoofdstuk wordt dan ook de volgende vraag beantwoord:

*Volgt uit de nieuwe Unshell-richtlijn een verbetering met betrekking tot de vaststelling van een “shell-entiteit” ten opzichte van de huidige substance criteria die volgen uit het EU-recht, Nederlands recht en verdragen?*

### **5.2 Verhouding tot EU-misbruikbeginsel**

#### *5.2.1 Gateways en vrijstellingen*

Het eerste wat opvalt wanneer gekeken worden naar het EU-antimisbruikbeginsel en het Unshell-richtlijnvoorstel is dat het HvJ spreekt over een kunstmatige constructie wat niet expliciet terugkomt in het voorstel. Desondanks moet mijns inziens geconcludeerd worden dat de kunstmatige constructie toch een belangrijke rol speelt in het richtlijnvoorstel, immers bij de tegenbewijsregeling moet aanvullende informatie worden verstrekt over de commerciële beweegredenen om de entiteit te gebruiken. Indien dit niet ziet op fiscale redenen zal geen sprake zijn van een kunstmatige constructie, immers uit de *Deense zaken* volgt dat het voornaamste doel of één van de voornaamste doelen is om een belastingvoordeel te verkrijgen. Als commerciële redenen de doorslag geven, kan dus geen sprake zijn van een kunstmatige constructie. Dit criterium zou mijns inziens ook uitsluiten dat een entiteit die in dezelfde lidstaat als de aandeelhouder(s) is (zijn) gevestigd een kunstmatige constructie kan vormen en dus geen “shell entiteit” kan zijn. Het lijkt er echter op dat dochterondernemingen in dezelfde lidstaat als de aandeelhouder of uiteindelijke moeder niet onder de vrijstelling vallen. Dit is wel merkwaardig, omdat er geen kunstmatige constructie is in die situatie. Desalniettemin zullen deze entiteiten veelal wel onder de tegenbewijsregeling vallen, zeker als aangetoond kan worden dat geen belastingvoordeel behaald wordt met het tussenschuiven van de “shell entiteit”. Dit is mijns inziens ook logisch. Er zal namelijk veelal geen sprake zijn van misbruik dat ziet op het behalen van een belastingvoordeel, alsdan is geen sprake

van een “shell entiteit”. Er kan echter wel sprake zijn van misbruik op andere manieren. Dit dient van geval tot geval bekeken te worden.

Het voorstel spreekt daarnaast in tegenstelling tot het HvJ over wanneer een entiteit kwalificeert als ‘at risk’, terwijl het HvJ spreekt over dat er een kunstmatige constructie is als sprake is van een doorstroomvennootschap. Alhoewel de *gateways* verschillen van het begrip doorstroomvennootschap, zoals deze is ingevuld door het HvJ, is mijns inziens geen verschil tussen beide, met name doordat bij het richtlijnvoorstel de *gateways* in samenhang moeten worden gezien met de minimum substance eisen, terwijl het voor het HvJ al voldoende is als sprake is van een doorstroomvennootschap. In het richtlijnvoorstel is hiervan sprake als aan de *gateways* wordt voldaan en aan de substance eisen niet wordt voldaan. Het HvJ legt bij de kwalificatie van een doorstroomvennootschap geen eis op ten aanzien van de uitbesteding van de besluitvorming en activiteiten, maar focussen eerder op dat de entiteit op zichzelf gezien geen economische activiteit uitvoert. Dit wil echter niet zeggen dat de uitbesteding van de activiteiten geen rol kunnen spelen, want het HvJ spreekt bij de substance indicatoren over de wijze van beheer van de entiteit. Dit kan dan ook gezien worden als de derde *gateway*. Dit is wel opvallend te noemen, omdat de Commissie in principe de kwalificatie van het HvJ kon overnemen, maar dit om de één of andere reden niet heeft gedaan. Er lijkt dan ook bij de *gateways* al getoetst te worden of sprake is van substance. Dit lijkt ook het geval te zijn ten aanzien van de tweede *gateway*. Er wordt namelijk naar de activa van de entiteit gekeken, terwijl het HvJ sprak over de boekhoudkundige balans als één van de substance indicatoren. De vraag is of dit wezenlijk verschilt van wat het HvJ heeft geoordeeld. Ik denk dat dit niet het geval is. Het lijkt er meer op dat de Commissie een andere route kiest om tot een doorstroomvennootschap te komen dan dat zij daadwerkelijk een andere invulling geven aan het begrip.

De Commissie lijkt wel een ruimer doorstroomvennootschapsbegrip te hanteren dan het HvJ. Het HvJ spreekt namelijk over een entiteit die zich uitsluitend bezighoudt met het ontvangen van interest, royalty's en dividenden, terwijl het in het voorstel gaat om passief inkomen. Hier valt onder andere onroerend goed onder, wat naar lijkt in strijd is met het doel van het richtlijnvoorstel. Onroerende goederen worden namelijk in de hoofdregel belast in het land waar zij liggen. Er is dan ook geen risico van belastingontwijking of -ontduiking. Dit lijkt dan ook in strijd te zijn met het doel van het richtlijnvoorstel. Alsdan moet geconcludeerd worden dat de *gateways* niet hetzelfde zijn als wat volgt uit het EU-antimisbruikbeginsel doch zijn er veel overeenkomsten.

### 5.2.2 *Minimum substance en tegenbewijs*

Wat betreft de substance eisen van het voorstel lijken deze niet te verschillen van de substance eisen zoals deze zijn beschreven door het HvJ. Het HvJ noemt alleen meer indicatoren dan staan vermeldt in het voorstel. Desalniettemin duidt dit mijns inziens niet op een verschil tussen wat voortvloeit uit het EU-antimisbruikbeginsel en het Unshell-richtlijnvoorstel, immers de lijst indicatoren is een niet

limitatieve opsomming van indicatoren die een rol kunnen spelen. Daarbij zijn nog meer indicatoren denkbaar, maar het is niet zo dat aan alle indicatoren moet worden voldaan. De indicatoren moeten tezamen worden bezien. Het is echter niet duidelijk in hoeverre voldaan moet worden aan de criteria. Het is dan ook logisch dat de Commissie kiest voor een aantal van deze indicatoren om zo ook duidelijkheid te verschaffen aan de belastingplichtigen wanneer sprake is van voldoende substance. Daarbij heeft het HvJ aan de nationale rechters gelaten om te oordelen wanneer sprake is van voldoende substance. Het noemen van ‘maar’ drie indicatoren door de Commissie doet daar mijns inziens niets aan af, want de belastingplichtige heeft nog altijd de mogelijkheid tegenbewijs te leveren dat niet sprake is van een “shell entiteit”. Zij kan hierbij ook andere factoren aanhalen waaruit kan blijken dat niet sprake is van een “shell entiteit”. Dit kan met name bij de commerciële beweegredenen om de entiteit te gebruiken. Hierbij kan bijvoorbeeld de kostenstructuur<sup>236</sup>, die het HvJ ook noemt, maar niet terugkomt in het voorstel, van de groep aangehaald worden en betoogd worden dat dat de reden is om te entiteit te gebruiken. Wat betreft de invulling van de substance eisen kan niks geconcludeerd worden. Het is namelijk niet duidelijk uit het EU-antimisbruikbeginsel hoe bijvoorbeeld het hebben van een kantoorruimte moet worden geïnterpreteerd. Desondanks lijkt het er wel op dat de Commissie een bepaalde rangorde ziet in de substance eisen, immers er worden ‘maar’ drie substance eisen genoemd. Ik vraag mij af of dit wel juist is. Het HvJ geeft namelijk geen rangorde in de *Deense zaken*. Op dit punt wijkt het voorstel dan juist wel weer af van het EU-antimisbruikbeginsel.

Het voorstel verschilt mijns inziens echter niet met wat het HvJ heeft geoordeeld in het arrest *Deister Holding en Juhler Holding*, namelijk dat alle aspecten van de betrokken situatie moeten worden onderzocht, zoals de organisatorische, economische en andere relevante kenmerken van het concern alsmede de structuur en de strategie. Alhoewel dit niet specifiek op deze manier naar voren komt uit het voorstel, blijkt wel dat beoogt wordt alle aspecten van de betrokken situatie mee te nemen in de beoordeling. Dit komt met name duidelijk naar voren in de tegenbewijsregeling, waarbij de commerciële redenen om de entiteit te gebruiken toegelicht kunnen worden. Dat dit in een tegenbewijsregeling wordt gedaan, doet daar niks aan af. Daarbij wordt dit mijns inziens ook beoogt met het aantal stukken dat de belastingplichtige moet overleggen. Het lijkt erop dat met die stukken juist invulling geprobeerd wordt te geven aan het arrest *Deister Holding en Juhler Holding*.

### 5.2.3 *Safe Harbour*

De vraag is echter of met het Unshell-richtlijnvoorstel daadwerkelijk misbruik wordt bestreden. Het HvJ verplicht lidstaten met de arresten inzake de *Deense zaken* om maatwerk te leveren bij

---

<sup>236</sup> Het zijn wel stukken die moeten worden overlegd aan de Belastingautoriteiten, maar geen specifieke substance eisen, wat ook logisch is aangezien de kostenstructuur als zodanig niet weergeeft of er wel voldoende substance is, immers er kunnen ook kosten gemaakt worden zonder activiteiten uit te voeren.

misbruikbestrijding. Het is niet toegestaan om strenger te zijn dan noodzakelijk, maar ook niet om soepeler te zijn, oftewel er mag geen ‘overkill’ alsmede ‘underkill’ zijn. Een *safe harbour* is dan ook niet gepast, want situaties die door het HvJ als misbruik kwalificeren kunnen vrijuit gaan. Alsdan zijn ook de Nederlandse substance eisen aangepast, zodat deze geen *safe harbour* meer zijn. Het merkwaardige is dat het richtlijnvoorstel wel een *safe harbour* impliceert. Voldoe je namelijk aan de *gateways* en de substance eisen dan kwalificeert de entiteit niet als “shell entiteit”. Voldoe je wel aan de *gateways*, maar niet aan de substance eisen dan ben je wel een “shell entiteit”, maar voldoe je aan de tegenbewijsregeling dan ben je een ‘goedgekeurde’ shell. Het maatwerk dat verricht moet worden per entiteit lijkt dan ook niet voor te komen in het richtlijnvoorstel met betrekking tot de eerste situatie. Er kan namelijk sprake zijn van misbruik als voldaan wordt aan de substance eisen, maar dit kan niet aangetoond worden door de lidstaat. De huidige substance eisen lijken ook niet weer te geven of daadwerkelijk sprake is van misbruik.<sup>237</sup> Het voorstel lijkt dan ook niet geheel in overeenstemming te zijn met het EU-antimisbruikbeginsel. Dit weerspiegelt het voorstel ook in de vrijstellingen. Het hebben van vijf voltijds-equivalente werknemers zegt namelijk niks over of sprake is van misbruik of niet. Dit is mijns inziens anders ten aanzien van de zelfde-lidstaatsvrijstelling aangezien één van de tegenbewijsmaatregelen is dat aangetoond kan worden dat geen belastingvoordeel behaald wordt met de tussenplaatsing van de “shell entiteit”. In nationaal verband zal vaak geen belastingvoordeel behaald worden, dus zal ook geen sprake zijn van misbruik. Het lijkt er echter wel op dat dit niet in alle gevallen opgaat, maar de Commissie juist ervoor kiest om te kijken of een duurzame band bestaat met een lidstaat, immers in het geval de aandeelhouder(s) en een holding in dezelfde lidstaat zijn gevestigd, kan een belastingvoordeel worden behaald door gelden op te potten in de holding. Wel moet opgemerkt worden dat het in het richtlijnvoorstel gaat om een *safe harbour* in de zin dat de gevolgen van de richtlijn niet toegepast hoeven worden. De lidstaten zullen nationaalrechtelijk misbruik moeten bestrijden. Als een entiteit goed gaat, zal de lidstaat op grond van de *Deense zaken* alsnog moeten kijken of wel sprake is van misbruik.

### 5.3 Verhouding tot substance eisen in Nederlandse antimisbruikbepalingen

#### 5.3.1 Unshell versus Nederlandse substance eisen

In tabel 5.1 zijn de substance eisen (per categorie) onder het Nederland recht uitgezet tegen de substance eisen die voorgesteld worden onder het Unshell-richtlijnvoorstel.

Categorie	Unshell-richtlijnvoorstel	Nederlandse substance eisen
Directeuren	Tenminste één directeur:	- Minstens de helft van de statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden van de

<sup>237</sup> Lamer, *Tax Notes Int'l* 22 maart 2023.

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Is ingezetene van de lidstaat van de entiteit of woont binnen redelijke afstand voor de redelijke uitvoering van haar taken;</li> <li>- Is gekwalificeerd of geautoriseerd om beslissingen te nemen met betrekking tot de activiteiten die relevante inkomsten genereren of met betrekking tot de activa van de onderneming;</li> <li>- Maakt actief, onafhankelijk en geregeld gebruik van deze machtiging; en</li> <li>- Is geen werknemer of directeur van een andere niet-verbonden entiteit.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>belastingplichtige zijn woonachtig of gevestigd in de staat van de belastingplichtige;</li> <li>- De bestuursleden beschikken over de benodigde kennis om hun taken naar behoren uit te voeren, waarbij de minimale verantwoordelijkheid het nemen van besluiten over de af te sluiten transacties betreft; en</li> <li>- In de staat van de belastingplichtige worden de bestuursbesluiten genomen.</li> </ul>
Werknemers	<ul style="list-style-type: none"> <li>- De meerderheid van de voltijds-equivalente werknemers zijn fiscaal inwoner van de lidstaat van de onderneming, of wonen dicht genoeg bij die lidstaat dat de afstand verenigbaar is met de goede uitvoering van hun taken; en</li> <li>- Deze werknemers zijn gekwalificeerd om de activiteiten te verrichten die voor de onderneming relevante opbrengsten genereren.</li> </ul>	<p>De belastingplichtige heeft de beschikking over gekwalificeerd personeel voor de uitvoering en registratie van de af te sluiten transacties.</p> <hr/> <p>Naast de bovengenoemde vereisten: De belastingplichtige heeft een bedrag aan loonkosten dat tenminste gelijk is aan €100.000 voor de relevante werkzaamheden.</p>
Bankrekening	De onderneming heeft tenminste één actieve eigen bankrekening in de EU.	De belastingplichtige houdt de belangrijkste bankrekeningen in de vestigingsstaat.
Eigen ruimte	De onderneming beschikt over een eigen bedrijfsruimte in de lidstaat of over een bedrijfsruimte die uitsluitend door haar gebruikt wordt.	De belastingplichtige heeft tenminste gedurende een periode van 24 maanden een ruimte dat geschikt is om de werkzaamheden vanuit te voeren.
Boekhouding	NVT.	In de staat van de belastingplichtige moet de boekhouding van de belastingplichtige worden gevoerd.

Tabel 5.1

### 5.3.2 Gateways

Uit deze tabel blijkt dat de substance eisen in het Unshell-richtlijnvoorstel grotendeels overeenkomen met de substance eisen in de Nederlandse belastingwetgeving. Opvallend is wel dat de Nederlandse belastingwetgeving geen *gateways* kent, maar een toets om te kijken of sprake is van misbruik. Bij deze

toets worden geen eisen gesteld aan de inkomensstromen of de uitbesteden van de dagelijkse besluitvorming, alhoewel dit mijns inziens wel kan duiden op misbruik en ook moet worden meegewogen in de toetsing aan het subjectieve alsmede objectieve element. Aan het subjectieve element, namelijk dat het hoofddoel of één van de hoofddoelen van de constructie is om een belastingvoordeel te verkrijgen, zal al snel aan voldaan worden, immers het behalen van een belastingvoordeel hoeft niet het uitsluitende doel te zijn. Aan het objectieve element, of sprake is van een kunstmatige constructie, zal daarentegen veel lastiger worden voldaan. Hierbij dient rekening te worden gehouden met de bovenstaande Nederlandse substance eisen. De Unshell-richtlijn voegt dan ook een extra stap toe met de *gateways*. De derde *gateway* die ziet op het uitbesteden van het beheer van de dagelijkse activiteiten en de besluitvorming over belangrijke functies in de twee voorgaande belastingjaren is daarbij geen logische. Mijns inziens gaat deze *gateway* om een element die kan wijzen op een economische activiteit, alsdan hoort deze onder de substance eisen te liggen. De eerste en tweede *gateway* zijn daarentegen wel goed vormgegeven, want deze geven duidelijk weer of een entiteit zich voornamelijk bezighoudt met ontvangen en uitbesteden van rente, royalty's, dividenden en andere financiële instrumenten en of de entiteit buitenlandse aandeelhouders heeft. Desondanks is er wel een bepaalde mate van 'overkill', omdat het richtlijnvoorstel ook onroerende goederen meeneemt in de 'relevante opbrengsten' en zoals reeds betoogt dit niet hoort. Daarnaast spreekt het richtlijnvoorstel over "(...) *verworven of uitbetaald via grensoverschrijdende transacties*", waardoor entiteiten met een binnenlandse moeder ook 'at risk' kunnen zijn, maar geen risico bestaat op lagere belastinginkomsten. Naar het blijkt, lijken deze entiteiten ook niet onder de vrijstelling te vallen. Als een deel van de aandeelhouders niet in dezelfde lidstaat is gevestigd kan tevens geen aanspraak worden gemaakt op de vrijstelling. Dit is ook logisch aangezien wordt voldaan aan de definitie van een "shell entiteit". Daarnaast bestaat het risico op belastingontwijking of -ontduiking. De vraag blijft echter of de fiscale gevolgen dan voor een deel zouden moeten worden toegepast of niet.<sup>238</sup> Daarnaast lijkt het erop dat de topvennootschap de vereiste substance moet hebben, terwijl juist de dochteronderneming de vrijstelling toepast. Op dit punt verschilt het voorstel wel erg van de antimisbruikbepaling in de Nederlandse wetgeving. De substance moet namelijk worden gezien bij de directe aandeelhouder van de Nederlandse inhoudingsplichtige, oftewel de dochteronderneming en niet de topvennootschap in het andere land. Dit zou tot disputen kunnen leiden met bronlanden aangezien deze vaak eenzelfde soort systematiek hanteren als Nederland.<sup>239</sup>

---

<sup>238</sup> Ik ga hier niet verder op in, maar dit lijkt mij niet mogelijk. Je kan een verdrag of de richtlijnen namelijk niet op een deel van de dividenden, renten of royalty's toepassen en een deel niet.

<sup>239</sup> Roumen, Panchar & Drijer, *WFR* 2022/132, par. 4.2.

### 5.3.3 Bestuurders en werknemers

Als daarentegen gekeken wordt naar de substance eisen valt met name één verschil heel erg op, namelijk dat ten minste één bestuurder geen werknemer of directeur is in een andere niet-verbonden entiteit. Het lijkt er dan ook op dat deze eis voornamelijk ziet op dat niet wordt uitbesteedt naar trustdiensten. Dit lijkt echter makkelijk te omzeilen, immers bij de *gateways* voldoe je al aan uitbesteding als één element al wordt uitbesteedt, maar voor de substance wordt vervolgens gekeken of niet ‘te veel’ wordt uitbesteedt. De conclusie zou dan ook moeten zijn dat als alle bestuurders worden uitbesteedt niet wordt voldaan aan de substance eis.<sup>240</sup> Dit verschilt dan ook van de Nederlandse substance eisen, zeker als we ervanuit gaan dat met de derde *gateway* als het ware al getoetst wordt op substance, immers in Nederland kennen we geen vereiste dat uitbesteding weerhoudt.

Als daarentegen gekeken wordt naar de eisen met betrekking tot de werknemers dan is het opvallend dat in Nederland de eis wordt gesteld dat de loonkosten €100.000 moeten bedragen, terwijl het voorstel spreekt over vijf voltijds-equivalenten aan werknemers of personeelsleden. Als echter aan de eis in het richtlijnvoorstel wordt voldaan, zal ook worden voldaan aan de Nederlandse substance eis. Het verschil ziet hem hier op een vrijstelling (in het voorstel) ten opzichte van niet aangemerkt worden als een misbruiksituatie (in Nederland). Het gaat dan ook om twee verschillen uitgangspunten, echter wordt uiteindelijk wel hetzelfde bereikt. De vraag is dan ook wat mij betreft niet hoe we komen tot geen misbruik, maar of het looncriterium niet te laag is ten opzichte van het voorstel. Mijns inziens is dit wel het geval. Als we het minimumloon zouden nemen voor elk van de werknemers zou je namelijk al boven de €100.000 komen. Echter, zal de vijf voltijds-equivalenten aan werknemers of personeelsleden waarschijnlijk geen rol meer te spelen in een nieuw richtlijnvoorstel. Het lijkt erop dat deze vrijstelling zal worden vervangen voor een vrijstelling die ziet op ondernemingen die jaarlijks een winst hebben van €100.000 of minder en de totale boekwaarde van de bezittingen één miljoen of minder is. Ik vraag mij echter af of dit wel aangeeft of een entiteit een “shell entiteit” is. Ik ben zelf van mening dat dit niet het geval is, immers als alleen bijvoorbeeld dividenden worden ontvangen en doorgestoten is ook al sprake van een “shell entiteit”, maar deze zal onder de vrijstelling vallen als de boekwaarde van de bezittingen één miljoen of minder zijn. Deze vrijstelling zou kunnen leiden tot meer “shell entiteiten” door ‘opknip’ structuren, zodat je onder de boekwaarde van één miljoen aan bezittingen blijft.<sup>241</sup>

Het voorstel werkt daarentegen wat soepeler uit met betrekking tot werknemers en bestuurders, want het spreekt over bestuurder **of** werknemers en niet over beide tezamen, wat de Nederlandse wetgeving wel doet. Nederland gaat met haar substance eisen dan ook verder dan noodzakelijk. Dit is echter toegestaan, immers het voorstel is een minimum, dus lidstaten mogen verder gaan dan het voorstel voorschrijft. Het is echter nog niet duidelijk of de Nederlandse wetgeving aangepast dient te worden

---

<sup>240</sup> Meuwissen, *Tax Notes Int'l* 14 maart 2022.

<sup>241</sup> Lamer, *Tax Notes Int'l* 22 maart 2023.

met betrekking tot het uitbesteden van personeel tussen groepsmaatschappijen. Het is namelijk niet duidelijk of dit mag onder het voorstel van de Commissie. Dit is echter wel merkwaardig, omdat het uitbesteden van personeel tussen groepsmaatschappijen iets alledaags is en iets waarmee veel kosten worden bespaard voor het concern als geheel. Het voorstel zou dit dan ook mogelijk moeten maken, want zoals reeds aangegeven moet volgens het EU-recht alle aspecten van de betrokken situatie worden onderzocht van het concern waartoe het lichaam behoort. Dit is inclusief de structuur en de strategie. Dit kan zoals aangegeven wel bij de tegenbewijsmaatregel, echter blijven de administratieve lasten door de informatie-uitwisseling dan wel bestaan.

#### *5.3.4 Eigen ruimte en bankrekening*

Wat betreft de eigen ruimte spreekt de Nederlandse wetgeving over een periode van 24 maanden, terwijl het richtlijnvoorstel deze eis niet stelt. Ik ben het echter met Meeuwissen eens dat dit geen verschil in de praktijk zal teweegbrengen, immers aan de eis in het richtlijnvoorstel hoort continue te worden voldaan.<sup>242</sup> Het is echter nog maar de vraag of de Nederlandse eis overeenkomt met de eis in het voorstel. Dit hangt namelijk af van de interpretatie van de eis in het voorstel. Het is namelijk niet duidelijk of huren, onderhuren of delen van een bedrijfsruimte al voldoende zijn. Indien dit echter als huren of onderhuren moet worden geïnterpreteerd, is de eis strenger dan de eis in de Nederlandse wetgeving, immers daarbij is al voldoende als een kantoor beschikbaar is voor het bedrijf, oftewel een kantoor kan gedeeld worden. Mijns inziens moet de eis in het voorstel echter hetzelfde worden geïnterpreteerd als de eis in de Nederlandse wetgeving, want het is heel normaal dat bedrijven kantoorruimte delen indien deze tot hetzelfde concern behoren.

De eis met betrekking tot de bankrekening is wel wezenlijk anders in de Nederlandse wetgeving dan in het richtlijnvoorstel. Volgens de Nederlandse regels moet het namelijk gaan om een bankrekening in de vestigingsstaat, terwijl het voorstel spreekt over een bankrekening in de EU. Ik zie hier echter geen probleem, immers indien een entiteit een bankrekening houdt, zal dit veelal in hetzelfde staat zijn als waar de entiteit gevestigd is.

De vraag blijft echter of Nederland de Nederlandse substance eisen zou moeten aanpassen als er een verschil bestaat in interpretatie met het richtlijnvoorstel. Het is evenwel denkbaar dat de Nederlandse substance eisen naast de substance eisen van het voorstel blijven bestaan. Het richtlijnvoorstel is namelijk geen wet om de Vennootschapsbelasting te harmoniseren. Nederland kan hier wel voor kiezen, maar het is niet verplicht. Nederland kan namelijk ook de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen aanpassen met de situatie dat sprake is van een “shell entiteit” en dan voor

---

<sup>242</sup> Meuwissen, *Tax Notes Int'l* 14 maart 2022.



de tegenbewijs eigen substance criteria gebruiken. Je zou dan wel in een situatie kunnen komen dat je op grond van de richtlijn wel goed gaat en volgens de Nederlandse wetgeving niet of andersom.

## **5.4 Verhouding tot internationaal belastingrecht**

### *5.4.1 Verhouding tot PPT*

Zoals reeds aangegeven, is niet duidelijk wanneer precies sprake is van voldoende substance om aan te kunnen tonen dat het verkrijgen van het verdragsvoordeel niet één van de hoofddoelen was. Desalniettemin kan het richtlijnvoorstel zoals die nu geldt, vallen onder de PPT. Dit komt voornamelijk, doordat de PPT, doordat het zo algemeen is verwoord, alle huidige, maar ook alle toekomstige structuren kan bestrijden.<sup>243</sup> De bepaling is dan ook erg flexibel. De vraag is of dit wel wenselijk is. Door de algemene formulering van de PPT bestaat namelijk veel onzekerheid over wanneer wel en niet sprake is van misbruik. De vraag is wat het minimum is onder de PPT en of structuren die 'minder substance' bevatten dan onder de richtlijn niet vallen onder de PPT. De richtlijn is namelijk een minimum waar lidstaten zich aan moeten houden.

Alhoewel niet duidelijk is wanneer sprake is van voldoende substance onder de PPT is wel duidelijk dat in de limitation on benefitsbepaling naar voren komt wanneer sprake is van voldoende substance. De vraag is echter of dit ook een indicatie geeft voor wanneer sprake is van voldoende substance in de PPT. Dit lijkt op dit moment wel het geval te zijn, immers de limitation on benefitsbepaling is als voldoende geacht om te functioneren als een minimumnorm met betrekking tot substance. Het zou dan ook inconsequent zijn om in de PPT strenger om te gaan met het begrip substance, indien er geen limitation on benefitsbepaling is in het verdrag.<sup>244</sup> Om te kijken wanneer voldaan wordt aan de minimum substance eisen in de PPT behoort dan ook gekeken te worden naar minimum substance in de limitation on benefitsbepaling.

### *5.4.2 Verhouding tot limitation on benefits*

Als gekeken wordt naar de limitaiton on benefitsbepaling is het duidelijk dat er in feite twee toetsen zijn, namelijk een doorkijktoets om te bepalen of de verdragsinwoner voldoende eigendom is van "echte" inwoners van de betrokken staat en bij gebreke van een dergelijke eigendom, een actieve bedrijfsvoering toets. Het eerste wat meteen opvalt is dat getoetst wordt aan een aantal eisen, waarmee geacht wordt dat sprake is van een reëel zakelijk doel of voldoende band met de woon- of vestigingsstaat. Dit kent het voorstel daarentegen niet. De doorkijktoets lijkt daarbij een rol te spelen bij de vrijstelling

---

<sup>243</sup> Mithe, *World Tax Journal* 2020, vol. 12, no. 1, onderdeel 3.2.8.

<sup>244</sup> Van Weeghel, *World Tax Journal* 2019, vol. 11, no. 1, onderdeel 9.

betreffende “(...) *fiscaal inwoner zijn van dezelfde lidstaat als de aandeelhouder(s) of de uiteindelijke moederentiteit*”, immers als de aandeelhouder inwoner/gevestigd is in dezelfde staat zal deze veelal een “echte” inwoner zijn.

Het voorstel kijkt in tegenstelling tot de limitation on benefitsbepaling of de activiteiten van een entiteit voornamelijk bestaan uit groepsfinancieringsactiviteiten. Deze activiteiten vallen niet onder de limitation on benefitsbepaling aangezien dit niet kwalificeert als het uitoefenen van een actieve onderneming, waardoor geen aanspraak gemaakt kan worden op de verdragsvoordelen. Dit komt dan ook niet overeen met het richtlijnvoorstel, omdat deze activiteiten onder de limitation on benefits per definitie (moeten) worden aangemerkt als niet zakelijk, terwijl deze activiteiten in het voorstel wel als een reële economische activiteit kunnen worden aangemerkt, immers er kan tegenbewijs worden geleverd waaruit dit kan blijken. Dit betekent echter niet dat ook een verschil bestaat met de PPT. Bij de PPT kan namelijk tegenbewijs worden geleverd waarbij moet blijken dat het verkregen verdragsvoordeel in de gegeven omstandigheden in overeenstemming is met het doel en de strekking van de relevante verdragsbepaling. Het lijkt er dan ook op dat de PPT niet verschilt van het voorstel op dit punt, omdat groepsfinancieringsactiviteiten ook onder de PPT als een reële economische activiteit kunnen kwalificeren.

Naast de activiteitentoets bevat de limitation on benefitstoets een bepaling voor beursgenoteerde ondernemingen, omdat deze ondernemingen per definitie voldoende substance impliceren aangezien het onwaarschijnlijk is dat een beursgenoteerde onderneming zou zijn opgericht met het oog op belastingontwijking. Dit verschilt dan ook niet van het voorstel, immers met dezelfde redenering verklaart de Commissie de vrijstelling voor beursgenoteerde ondernemingen.

Wat betreft de hoofdkantorentoets lijkt ook deze in zekere mate in overeenstemming te zijn met het richtlijnvoorstel. Dit speelt zich met name af in de tegenbewijsregeling van het voorstel. Alhoewel meer is vereist voor de hoofdkantorentoets van de limitation on benefitsbepaling dan het richtlijnvoorstel voorschrijft, lijkt het mijns inziens er wel op dat deze niet verschilt van het minimum wat de tegenbewijsmaatregel beoogd met betrekking tot het voeren van de feitelijke leiding waar het hoofdkantoor is gelegen en de commerciële redenen die ten grondslag liggen aan het gebruiken van de entiteit. Het voeren van de feitelijke leiding daar waar het hoofdkantoor is gelegen staat namelijk één op één ook in het voorstel, terwijl de overige eisen die het hoofdkantorentoets stelt, denk hierbij aan dat het hoofdkantoor is onderworpen aan belastingheffing, de operationele activiteiten plaatsvinden in meerdere landen en dat de omzet niet voor meer dan 50 procent wordt behaald uit het buitenland, de commerciële redenen die ten grondslag liggen aan het gebruiken van de entiteit kunnen weergeven. Er wordt echter niet gesproken over de werknemers bij de hoofdkantorentoets, alsdan komt het met betrekking tot dit punt niet overeen met het richtlijnvoorstel. Dit kan echter wel een rol spelen bij de tegenbewijsmaatregel van de PPT.

## 5.5 Aandachtspunten/verbeteringen

### 5.5.1 Gateways en misbruik

Zoals reeds besproken, bestaan veel overeenkomsten tussen het Unshell-richtlijnvoorstel en het EU-antimisbruikbeginsel. Deze bevatten echter ook een aantal verschillen. Het belangrijkste verschil is mijns inziens hoe tegen de definitie van een “shell entiteit” wordt aangekeken. Onder het voorstel lijkt deze uitgebreider te zijn. Dit kan uiteraard gerechtvaardigd zijn, maar zoals het er nu uitziet, ontbreekt deze rechtvaardiging. Het gaat hierbij met name om de ‘relevante opbrengsten’. Hieronder vallen namelijk ook inkomsten uit onroerende zaken. Mijns inziens zouden inkomsten waarbij geen sprake is van risico’s tot belastingontwijking of -ontduiking niet meegerekend moeten worden om te kijken of sprake is van een “shell entiteit”. Dit ligt namelijk niet in lijn met het doel van het richtlijnvoorstel. Gevallen waar per definitie geen sprake kan zijn van belastingontwijking of -ontduiking zouden dan ook wat mij betreft onder de vrijstellingen moeten vallen. Het is goed dat op dit moment worden bepaalde beursgenoteerde en financiële ondernemingen worden uitgezonderd. Er is namelijk al voldoende toezicht op deze ondernemingen. Entiteiten die in dezelfde lidstaat zijn gevestigd lijken daarentegen niet onder de vrijstellingen te vallen en pas goed te gaan bij de tegenbewijsmaatregel. Het is dan ook aan te raden ook deze gevallen alsnog onder de vrijstellingen te plaatsen, immers de administratieve lasten van informatieverstrekking worden zo ook geneutraliseerd voor deze ondernemingen.

Er zou ook meer aansluiting moeten worden gezocht bij de definitie van een “shell entiteit” zoals het HvJ dat definieert. Op dit moment lijken namelijk verschillende substance eisen terug te komen in de *gateways*, terwijl het mij logischer lijkt als deze onder de substance criteria in het richtlijnvoorstel worden geschaard. Er kan namelijk met de definitie van het HvJ alsnog ondernemingen uitgesloten worden door, zoals ook nu in het huidige voorstel gedaan wordt, een percentage aan de ‘relevante inkomsten’ te plakken.

Zoals de richtlijn er nu staat, impliceert deze ook dat sprake is van een *safe harbour* als voldaan wordt aan de substance eisen. Lidstaten zijn echter verplicht misbruik te bestrijden door per entiteit maatwerk te leveren, oftewel nationaal zou nogmaals gekeken moeten worden of sprake is van misbruik. Dit zou tot situaties kunnen leiden, waarbij nationaal sprake is van misbruik, maar op grond van de richtlijn niet. Nationaal zouden dan ook alsnog fiscale gevolgen zijn. In deze situatie lijkt het mij verstandiger om de fiscale gevolgen dan ook over te laten aan de lidstaten, want anders zouden verschillende fiscale gevolgen kunnen gelden als je goed gaat of juist niet op de richtlijn. Het is dan ook verstandiger om de richtlijn een informatie-uitwisselingsrichtlijn te maken en niet de fiscale gevolgen in de richtlijn te vermelden.

### 5.5.2 Groepsbenadering

Wat betreft de substance eisen in het richtlijnvoorstel zouden deze mijns inziens niet per entiteit bekeken moeten worden. Op dit moment moet voor de richtlijn afzonderlijk naar elke entiteit gekeken worden, terwijl ook sprake kan zijn van substance indien gekeken wordt naar de groep als geheel. Voor de lidstaten is het niet van belang waar er substance is, maar of er überhaupt substance is in de lidstaat van de entiteit.<sup>245</sup> Hierbij zijn mijns inziens twee uitgangspunten mogelijk. De ene betreft kijken of sprake is van voldoende substance door te kijken naar belastingplichtigen, terwijl de andere situatie kijkt naar de gehele groep in de lidstaat. Neem bijvoorbeeld situatie B in figuur 1.1, waarbij entiteit A en B in een fiscale eenheid zitten in Nederland. Op grond van het richtlijnvoorstel zou elke entiteit afzonderlijk bekeken moeten worden, terwijl volgens Nederland één belastingplichtige is. Als gekeken wordt naar de belastingplichtige zou dan ook voldoende substance zijn, terwijl als afzonderlijk gekeken wordt bij één van de entiteiten niet voldoende substance kan zijn. Toch is mijns inziens aansluiting zoeken bij de belastingplichtige geen goede optie, immers als aansluiting wordt gezocht bij de belastingplichtige om te kijken of sprake is van voldoende substance zou betekenen dat indien twee of meer entiteiten niet als één belastingplichtige worden aangemerkt alsnog per entiteit gekeken wordt. Mijns inziens moet overgegaan worden naar een groepsbenadering op lidstaat niveau, waarbij een entiteit behoort tot de groep als direct of indirect doorslaggevende zeggenschap is in een entiteit. Het zou namelijk niet moeten uitmaken of entiteit B zelf voldoende personeel heeft of dat personeel van entiteit A werkzaamheden verricht voor entiteit B. Dit is namelijk heel gebruikelijk in groepsstructuren. Indien dan voldoende substance is in de groep in de lidstaat zullen deze onder een vrijstelling moeten vallen, immers er bestaat dan geen risico op belastingontwijking of -ontduiking.

## 5.6 Deelconclusie

Met betrekking tot het EU-antimisbruikbeginsel alsmede de Nederlandse antimisbruikbeginsel lijkt het erop dat deze niet wezenlijk verschillen van het Unshell-richtlijnvoorstel met betrekking tot de kwalificatie als doorstroomvennootschap. Alhoewel de *gateways* anders zijn dan het begrip doorstroomvennootschap van het HvJ en de toetsing in de Nederlandse antimisbruikbeginsel, wordt uiteindelijk wel hetzelfde resultaat behaald als gekeken wordt naar de substance eisen en de tegenbewijsmaatregel. Het voorstel moet immers als geheel gezien worden en niet alleen als de *gateways*. Wat betreft de interpretatie van de substance eisen kan echter niks gezegd worden als gekeken wordt naar het EU-antimisbruikbeginsel. De HvJ heeft namelijk niet aangegeven hoe de indicatoren voor een daadwerkelijke economische activiteit geïnterpreteerd moeten worden. Het lijkt er ook op dat de Unshell-richtlijn geen misbruik bestrijdt in het geval wel voldaan wordt aan de substance eisen,

---

<sup>245</sup> Lamer, *Tax Notes Int'l* 22 maart 2023.

immers als voldaan wordt aan de substance eisen kan nog steeds sprake zijn van misbruik. Dit kan een lidstaat met het huidige voorstel echter niet aantonen. Als echter gekeken wordt naar de Nederlandse substance eisen en de interpretatie van deze eisen ten opzichte van de eisen in het richtlijnvoorstel zijn er een aantal verschillen te zien. Voornamelijk wat betreft bestuurders en werknemers. Het richtlijnvoorstel spreekt namelijk van beide als het gaat om de substance eisen, terwijl de Nederlandse wet alleen spreekt over de werknemers, wat erop duidt dat de Nederlandse wet strikter is. Dit is echter geen probleem aangezien de richtlijn een minimum is en de lidstaten verder mogen gaan. Daarentegen lijkt het looncriterium van €100.00 op dit moment te laag gezien het voorstel spreekt over vijf voltijds-equivalenten aan werknemers. Daarbij is het niet duidelijk of dit uitbesteedde personeel van een groepsmaatschappij mogen zijn. Dit kan namelijk wel onder de Nederlandse wetgeving. Dit hoort wel het geval te zijn, omdat het vrij normaal is dat personeel wordt uitbesteedt tussen groepsmaatschappijen. Dit verlaagt namelijk de kosten. Wat betreft de eigen ruimte en bankrekening is ook geen verschil te constateren met het richtlijnvoorstel anders dan de interpretatie. Indien de eigen ruimte moet worden geïnterpreteerd als huren, onderhuren of delen van een bedrijfsruimte in het richtlijnvoorstel zal dit namelijk overeenkomen met de Nederlandse wetgeving. Met betrekking tot de bankrekening kan het volgens het voorstel gaan om een bankrekening in de EU, terwijl de Nederlandse wetgeving spreekt over een bankrekening in Nederland.

Wat betreft de PPT en de limitation on benefitsbepaling is het belangrijk om op te merken dat geen duidelijkheid bestaat over wat de substance eisen zijn onder de PPT. Het lijkt er echter wel op dat de PPT een goed middel is om alle huidige en toekomstige structuren te bestrijden. In die zin zal het dan ook overeenkomen met het richtlijnvoorstel. Er dient echter te worden achterhaald of de PPT niet soepeler is dan het voorstel. Hiervoor moeten naar de toetsen in de limitation on benefitsbepaling gekeken worden, immers de limitation on benefitsbepaling wordt geacht voldoende te zijn als een minimumnorm met betrekking tot substance. Uit deze toetsen blijkt dat er weldegelijk een verschil bestaat met het richtlijnvoorstel met name over dat groepsfinancieringsactiviteiten niet kwalificeren als het uitoefenen van een actieve onderneming, terwijl dit wel kan onder het richtlijnvoorstel. Desalniettemin zal dit geen verschil uitmaken in de PPT, omdat de PPT een tegenbewijsmaatregel bevat, waarmee aangetoond kan worden dat het verkrijgen van het verdragsvoordeel, terwijl er sprake is van groepsfinancieringsactiviteiten, in overeenstemming is met het doel en de strekking van de relevante verdragsbepaling. Ook met betrekking tot het hoofdkantorentoets blijken tot op zekere hoogte verschillen te zijn met het richtlijnvoorstel. Er wordt namelijk niet gesproken over de werknemers bij de hoofdkantorentoets. Dit verschilt echter niet van de PPT in verdragen waar alleen een PPT in zit, omdat dit bij de tegenbewijsregeling wel een rol kan spelen.

Alsdan zouden eigenlijk geen fiscale gevolgen in de richtlijn moeten worden opgenomen. Als geen sprake is van misbruik volgens het richtlijnvoorstel moet namelijk nationaal alsnog gekeken worden of sprake is van misbruik. De fiscale gevolgen hangen dan op dit moment af van of je wel of niet onder het

richtlijnvoorstel dan wel onder de nationale wetgeving valt. De fiscale gevolgen zouden eigenlijk aan de lidstaten overgelaten moeten worden. Daarnaast zou meer aansluiting moeten worden gezocht met de definitie van een “shell entiteit” zoals het HvJ dat definieert. De huidige *gateways* weerspiegelen namelijk verschillende substance criteria, terwijl het juist logischer zou zijn als dit onder de substance criteria geschaard zou worden. Het richtlijnvoorstel gaat ook te ver wat betreft de definitie van een “shell entiteit”. Waar het HvJ eerder sprak over dividenden, renten en royalty’s spreekt het richtlijnvoorstel over relevante inkomsten. Hieronder vallen ook inkomsten uit onroerende zaken, terwijl geen risico bestaat op belastingontwijking of -ontduiking, immers inkomsten uit onroerende zaken worden altijd belast in het land waar deze liggen. De Commissie zou er ook goed aan doen om te kijken naar substance op lidstaat niveau in plaats van op het niveau van de afzonderlijke entiteit. In concerns is het heel gebruikelijk dat de ene maatschappij de substance bevat en vanuit die maatschappij ook de werkzaamheden van de andere maatschappijen worden verricht. Dit ligt ook in lijn met het doel van de richtlijn, immers als voldoende substance aanwezig is bij de ene groepsmaatschappij in dezelfde lidstaat is geen sprake van belastingontwijking of -ontduiking. De entiteiten die behoren tot de groep zouden dan ook niet onder de richtlijn moeten vallen.

## **Hoofdstuk 6 Conclusie**

### **6.1 Inleiding**

De Europese Commissie heeft op 22 december 2021 het Unshell-richtlijnvoorstel gepresenteerd. Indien het voorstel wordt geaccepteerd, dient deze te worden ingevoerd in de nationale wet- en regelgeving. Het voorstel ziet op de bestrijden van belastingontwijking en ontduiking met behulp van “shell entiteiten”. In deze scriptie heb ik gekeken naar of de Unshell-richtlijn daadwerkelijk van toegevoegde waarde zal zijn met betrekking tot de vaststelling van een “shell entiteit” in Nederland. Er gelden namelijk al substance criteria in het EU, Nederlands alsmede verdragenrecht waarmee kan worden vastgesteld dat een entiteit een “shell entiteit” is. De onderzoeksvraag luidt dan ook volgt:

*“In hoeverre voegt het Unshell-richtlijnvoorstel iets toe aan de vaststelling van een lege entiteit tot “shell entiteiten” naast de reeds bestaande EU/NL/Verdragsrechtelijke substance criteria”*

### **6.2 Samenvatting**

#### *6.2.1 Hoofdstuk 2*

In het eerste deel van het onderzoek is gekeken naar wat de definitie van een “shell entiteit” precies is, wat de kenmerken zijn van “shell entiteiten”, hoe ze worden gebruikt en in welke mate zij voorkomen om zo een algemeen beeld te krijgen over “shell entiteiten” en het belang dat deze vertegenwoordigen. Uit verschillende onderzoeken blijkt dat het erg lastig is om te definiëren wat een “shell entiteit” is, doordat deze entiteiten niet alleen voor fiscale doeleinden worden gebruikt, maar ook voor andere doeleinden. Hierdoor is de context van cruciaal belang voor de definitie ervan. Tevens speelt een rol dat verschillende termen worden gebruikt voor in feite hetzelfde fenomeen, zo worden bijvoorbeeld met “paper company” en “letter box company” twee verschillende termen gebruikt, die in feite hetzelfde aangeven. Er bestaat dan ook geen alomvattende definitie van wat een “shell entiteit is”. Desalniettemin wordt aan de term “shell entiteit” in verschillende onderzoek een betekenis gegeven en komen in veel van de onderzoeken elementen van de verschillende betekenissen terug. Er hoort dan ook een definitie gevormd te worden voor fiscale doeleinden. Ik acht hierbij in beginsel de volgende elementen van belang, namelijk dat een “shell entiteit” een entiteit is die (1) rente, royalty’s en of dividenden ontvangt van een entiteit die gevestigd is in een andere lidstaat, (2) de ontvangen rente, royalty’s en of dividenden doorstoot aan haar aandeelhouder(s), (3) die gevestigd is (zijn) in een andere staat dan de staat waar de “shell entiteit” is gevestigd, en (4) geen substantiële economische activiteit verricht, anders dan het doorstoten van de ontvangen betalingen. Door de voorwaarde te stellen dat sprake moet zijn van een buitenlandse entiteit, worden “shell entiteiten” die in hetzelfde land als hun moedermaatschappij gevestigd zijn buiten beschouwing gelaten. Dit is ook logisch aangezien de rente, royalty of dividenden in hetzelfde land belast zullen worden. De definitie geeft tevens de kenmerken weer die “shell entiteiten”

hebben. De kenmerken van “shell entiteiten” zijn dan ook dat zij geen substantiële economische activiteit hebben, grensoverschrijdend opereren, gebruik maken van trustee-diensten, vaak betrokken zijn in concernfinancierings- en holdingactiviteiten, geen eigen bankrekening hebben, weinig tot geen werknemers in dienst hebben, activa en passiva hebben die voor het grootste gedeelte bestaan uit buitenlandse investeringen en vaak in handen zijn van buitenlandse entiteiten.

Alhoewel “shell entiteiten” voor een groot gedeelte worden gebruikt om niet legitieme redenen, zoals witwassen van geld, omkoping en corruptie, het verbergen van activa voor schuldeisers, marktfraude en ontduiking van informatieverplichtingen, worden zij ook gebruikt voor legitieme doeleinden, zoals het verbergen van rijkdommen in landen waar ontvoering van rijke personen en het vragen van losgeld gebruikelijk zijn, het financieren van buitenlandse activiteiten, investeren in buitenlandse kapitaal markten en om overdracht van eigen activa te vergemakkelijken. Voor de fiscaliteit is voornamelijk van belang dat ze gebruikt worden om belastingontwijking en ontduiking te faciliteren.

Desondanks is niet precies duidelijk hoe groot het probleem is in de EU, doordat geen data beschikbaar is over “shell entiteiten”. Door echter te kijken naar het aantal ondernemingen in buitenlandse handen, de directe buitenlandse investeringen en de winstkloof tussen buitenlandse en binnenlandse bedrijven kan wel geconcludeerd worden dat veel gebruik wordt gemaakt van “shell entiteiten” en alsdan het probleem aanzienlijk is. Met name als gekeken wordt naar de Nederlandse situatie, blijkt dat de omvang alsmede het belang wat de “shell entiteiten” vertegenwoordigen aanzienlijk is, zo zijn er alleen in 2019 in Nederland al ongeveer 12.400 “shell entiteiten”, die een balanstotaal vertegenwoordiger van €4500 miljard. Door deze “shell entiteiten” stroomt ook nog eens 38,5 miljard aan dividend, rente en royalty’s in 2019. In 2021 is deze stroom echter al aanzienlijk gedaald.

### 6.2.2 *Hoofdstuk 3*

De Europese Commissie heeft op 22 december 2021 het Unshell-richtlijnvoorstel gepubliceerd, waarmee misbruik met behulp van lege vennootschappen moet worden aangepakt. Volgens de Europese Commissie kan dit namelijk beter op EU-niveau geregeld worden dan op centraal, regionaal of lokaal niveau. Dit komt voornamelijk doordat deze entiteiten grensoverschrijdend gebruikt worden en het dan ook erg lastig is om bij wijze van nationale regelingen deze lege vennootschappen aan te pakken. Daar komt ook nog eens bij kijken dat veel lidstaten op dit moment geen regels hebben om lege vennootschappen aan te pakken. De Europese Commissie wil dan ook een minimumbescherming realiseren om de interne markt te beschermen. Met de nieuwe richtlijn wordt beoogd om zowel belastingontwijking alsmede belastingontduiking tegen te gaan. Het is de bedoeling dat de nieuwe richtlijn uiterlijk 1 januari 2024 moet gaan gelden. Om tot de bestrijding van lege vennootschappen te komen, bevat het richtlijnvoorstel zeven stappen waarmee wordt geïdentificeerd of een entiteit kwalificeert als lege vennootschap en misbruikt wordt om belastingvoordelen te verkrijgen. De eerste



stap hierbij is om te kijken welke ondernemingen risico lopen. Hierbij moet voldaan worden aan drie zogenoemde *gateways*. Entiteiten die ‘at risk’ zijn bevatten meer dan 75% passief inkomen in de twee voorgaande belastingen, meer dan 60% van de boekwaarde van deze entiteiten bevond zich de twee voorgaande belastingjaren buiten de lidstaat van de entiteit of ten minste 60% van het passief inkomen wordt verworven of uitbetaald via grensoverschrijdende transacties en de entiteit heeft het beheer van de dagelijkse activiteiten en de besluitvorming over belangrijke functies uitbesteed in de voorgaande twee belastingjaren.

Indien is voldaan aan deze voorwaarden is de desbetreffende entiteit ‘at risk’ en moet zij aangeven in haar aangifte of zij voldoet aan een aantal substance criteria, te weten de entiteit beschikt over een eigen bedrijfsruimte of over een bedrijfsruimte die uitsluitend door haar gebruikt wordt, de entiteit één actieve eigen bankrekening heeft in de EU en de onderneming tenminste één of voldoende gekwalificeerde en geautoriseerde directeurs heeft of de meerderheid van de voltijds-equivalente werknemers in de entiteit, die fiscaal inwoner zijn in de lidstaat van de entiteit. Indien de entiteit voldoet aan de bovengenoemde voorwaarden, wordt geacht dat de entiteit voldoende inhoud (substance) heeft en zullen geen fiscale gevolgen van toepassing zijn op de desbetreffende entiteit. Desondanks wordt de informatie, die is aangeleverd door de entiteit, wel uitgewisseld met andere lidstaten van de EU. Hoe de bovengenoemde voorwaarden en substance indicatoren moeten worden geïnterpreteerd is echter niet geheel duidelijk uit de Unshell-richtlijn. Er geldt daarbij ook nog een vrijstelling voor bepaalde beurgenoteerde bedrijven alsmede financiële instellingen, omdat deze al voldoende onder toezicht worden geacht. De vrijstelling geldt tevens voor zuivere holdings die in hetzelfde rechtsgebied zijn gevestigd als haar operationele dochter en haar UBO. Hetzelfde geldt voor (sub)holdings die zich in hetzelfde rechtsgebied bevinden als hun aandeelhouder of de uiteindelijke moederentiteit. Tenslotte worden ook ondernemingen uitgezonderd die voldoende voltijds personeel hebben. De interpretatie van deze vrijstellingen is echter niet geheel duidelijk. Zo lijkt het erop dat dochterondernemingen die in dezelfde lidstaat zijn gevestigd als hun aandeelhouder(s) niet onder de vrijstelling kunnen vallen. Daarnaast is niet duidelijk wat de uitwerking is als een deel van de aandeelhouders in het buitenland is gevestigd, doch volgt uit de letterlijke tekst dat de vrijstelling niet van toepassing is. Tenslotte is niet duidelijk of ook werknemers die werkzaam zijn in de ene groepsentiteit, maar de werkzaamheden verrichten uit een andere (centrale) groepsentiteit ook meetellen voor de vrijstelling. Voor de entiteiten, die onder een van de vrijstellingen vallen, geldt de rapportageverplichting over de substance indicatoren niet.

Indien niet wordt voldaan aan de substance indicatoren, kwalificeert de entiteit als “shell entiteit” en heeft het dus niet voldoende inhoud. Toch is er nog de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren en aan te tonen, door aanvullend bewijsmateriaal te verstrekken over de commerciële beweegredenen om de entiteit te gebruiken, informatie over werknemers en bewijs waaruit blijkt dat de besluitvorming plaatsvindt in de lidstaat waar de entiteit is gevestigd. Er moet dus aangetoond worden dat de entiteit daadwerkelijk economische activiteiten verricht. Indien het niet lukt om aan te tonen dat de entiteit

daadwerkelijk economische activiteiten verricht, zullen pas de fiscale gevolgen gaan gelden, namelijk dat er geen fiscale woonplaatsverklaring zal worden afgegeven of juist wel, maar dan met een waarschuwing dat geen recht bestaat op verdragsvoordelen, de moeder-dochterrichtlijn en de interest- en royaltyrichtlijn zullen niet meer toegepast worden. Tenslotte moeten de lidstaten ook een sanctie invoeren voor het niet naleven van de Unshell-richtlijn. Dit moet tenminste vijf procent van de omzet van de entiteit bedragen in het belastingjaar waarin niet wordt voldaan aan de richtlijn doch kunnen lidstaten dit naar eigen inzicht invoeren.

### 6.2.3 *Hoofdstuk 4*

Het Unshell-richtlijnvoorstel geeft dus aan wanneer sprake is van een “shell entiteit”. Hiertoe zijn een aantal substance criteria opgenomen in het voorstel. De vraag is echter of met de huidige maatregelen die we kennen in het EU-recht, Nederlands recht en verdragenrecht niet al kan worden vastgesteld dat een entiteit kwalificeert als een “shell entiteiten”. In zowel het EU-recht, Nederlands recht en het verdragenrecht volgen de minimum substance eisen uit antimisbruikbepalingen.

In het EU-recht is sprake van misbruik als wordt voldaan aan een objectief element en een subjectief element, die tezamen zien op dat het doel van een Unierechtelijke bepaling wordt ondermijnt. Of hiervan sprake is, moet worden beoordeeld uit het geheel van objectieve factoren. Uit deze factoren moet blijken dat het wezenlijke doel van de betrokken transactie bestaat uit het verkrijgen van een belastingvoordeel. Het is daarbij niet toegestaan om van een algemeen misbruikvermoeden uit te gaan. Er hoort aangetoond te worden dat sprake is van misbruik, waarbij tevens de belastingplichtige erin voorzien moet worden om tegenbewijs te kunnen leveren. Het HvJ spreekt hierbij uit dat geen sprake mag zijn van een kunstmatige constructie. Deze is echter wel aanwezig als een concern niet is opgericht om redenen die de economische realiteit weerspiegelen, een zuivere formele structuur heeft en het voornaamste doel of één van de voornaamste doelen is om een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel en de strekking van de belastingwetgeving ondermijnt. Als aan deze drie eisen wordt voldaan, is er sprake van misbruik. Het is tevens voldoende om aan te tonen dat er sprake is van een doorstroomvennootschap in een structuur, waarbij onder doorstroomvennootschap moet worden verstaan een entiteit die zich uitsluitend bezighoudt met het ontvangen van interest en of dividenden, geen economische activiteit uitvoert en zeer snel na de ontvangst van dividenden en of interest deze weer doorgeeft aan een entiteit die niet voldoet aan de voorwaarden van de richtlijn. Ook dit moet blijken uit de feiten en omstandigheden. Hierbij geeft het HvJ een niet limitatieve opsomming van factoren die van belang kunnen zijn te weten de wijze van beheer van de entiteit, de boekhoudkundige balans, de kostenstructuur, de werkelijke gemaakte kosten, de werknemers, het kantoor en de uitrusting van het kantoor, de wijze van financiering, de waardering van het eigen vermogen van de tussenhoudster, het gebrek aan zelfstandige bevoegdheden

om te beschikken over de ontvangen renten en dividenden en het samenvallen van complexe financiële transacties met inwerkingtreding van nieuwe wetgeving.

Ook moet voldaan worden aan een subjectieve alsmede objectieve toets, die tezamen inhouden dat het hoofddoel of één van de hoofddoelen moet zijn het ontgaan van belasting bij een ander en dit gedaan wordt door de aanwezigheid van een kunstmatige constructie die niet is opgezet op grond van een geldige zakelijke reden die de economische realiteit weerspiegeld als gesproken wil worden over misbruik in het Nederlands recht. In de Nederlandse wetgeving zijn de substance eisen in tegenstelling tot het EU-recht verankerd in de wet. Deze substance eisen hadden vroeger het karakter dat als eraan voldaan werd, geen sprake was van misbruik. Dit is echter anders sinds de jurisprudentie van het HvJ inzake de *Deense Zaken*. Sindsdien kan evenwel sprake zijn van misbruik als wordt voldaan aan de substance eisen. Deze spelen nu dan ook alleen nog maar een rol in de bewijslastverdeling. Als wordt voldaan aan de eisen is het namelijk aan de inspecteur om aan te tonen dat er toch sprake is van misbruik. De substance eisen die volgen uit de Nederlandse wet zijn daarbij dat ten minste de helft van het totale aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden van de belastingplichtige zijn woonachtig of gevestigd in de staat van de belastingplichtige en deze beschikken over de benodigde kennis om hun taken naar behoren uit te voeren, het beschikken over gekwalificeerd persoon voor de uitvoering en registratie van de af te sluiten transacties door de belastingplichtige, in de staat van de belastingplichtige de bestuursbesluiten worden genomen, in de staat van de belastingplichtige de belangrijkste bankrekeningen van de belastingplichtige worden gehouden, in de staat van de belastingplichtige de boekhouding van de belastingplichtige wordt gevoerd, de belastingplichtige een bedrag aan loonkosten heeft dat tenminste gelijk is aan €100.000 voor de relevante werkzaamheden en de belastingplichtige tenminste gedurende een periode van 24 maanden een ruimte heeft dat geschikt is om de werkzaamheden vanuit te voeren. De substance criteria vormen geen *safe harbour* meer, maar zorgen enkel nog voor de omkering van de bewijslast. Als voldaan is aan de substance eisen is het aan de inspecteur om aannemelijk te maken dat er toch sprake is van misbruik. Nederland kent daarnaast ook substance eisen met betrekking tot actieve groepsfinancieringswerkzaamheden. Er is sprake van actieve groepsfinanciering als het lichaam zich duurzaam bezighoudt met deze activiteiten, het vreemd vermogen voor tenminste 20 procent van de waarde van de activa is aangetrokken van derden, de entiteit niet fungeert als 'spaarpot', de activiteiten en het bestuur van het lichaam zelfstandig zijn en worden uitgevoerd, het aantal werknemers alsmede hun bevoegdheden en verantwoordelijkheden in overeenstemming zijn met de aard en functie van het lichaam, het lichaam de werkzaamheden beschikt over een eigen kantoor ruimte en de werkzaamheden verricht via een eigen bankrekening.

In het verdragenrecht zijn, in tegenstelling tot het EU-recht en de Nederlandse wetgeving, geen specifieke minimum substance eisen te vinden. Het betreft hier twee toetsen, namelijk de PPT, waar tevens moet worden voldaan aan een subjectieve alsmede objectieve toets die inhouden dat de verdragsvoordelen niet toegekend worden indien het verkrijgen van het verdragsvoordeel een van de

voornaamste doelen was van de gebruikte constructie of transactie die direct of indirect tot een voordeel heeft geleid, en de limitation on benefitsbepaling, waarbij aan objectieve criteria moet worden voldaan om een verdragsvoordeel te krijgen. De limitation on benefitsbepaling lijkt dan ook meer op specifieke substance criteria, waarbij het zijn van een inwoner van een staat niet genoeg is. Er moet namelijk sprake zijn van een zogenoemde ‘gekwalificeerd persoon’ of voldaan moet zijn aan de activiteitentoets, aan de aandeelhouderstoets of aan de hoofdkantorentoets. Hierbij wordt voldaan aan de activiteitentoets indien een actieve onderneming wordt gedreven, terwijl het bij de aandeelhouderstoets gaat om of de achterliggende aandeelhouders verdragsgerechtigd zouden zijn. Bij de hoofdkantorentoets gaat het voornamelijk om waar het hoofdkantoor is gevestigd. Deze vestigingsplaats wordt veelal gekozen met redenen die niet fiscaal van aard zijn. Hoofdkantoren zullen echter in beginsel niet voldoen aan de voornoemde toetsen, maar als het hoofdkantoor voldoet aan een zestal eisen kan alsnog aanspraak worden gemaakt op de verdragsvoordelen. De limitation on benefits bepaling bevat tevens een discretionary-benefitsbepaling, waarbij verzocht kan worden aan de belastingautoriteiten om de verdragsvoordelen toch toe te kennen, indien niet voldaan wordt aan de bovengenoemde toetsen.

#### 6.2.4 Hoofdstuk 5

Uit de vergelijking van het Unshell-richtlijnvoorstel met de Nederlandse alsmede EU-antimisbruikbeginsel blijkt dat deze van elkaar verschillen. Er is voornamelijk een verschil met betrekking tot de *gateways*. Deze zijn anders dan het begrip doorstroomvennootschap van het HvJ en de toetsing in de Nederlandse antimisbruikmaatregelen. Het criterium ‘kunstmatige constructie’ komt zo niet expliciet terug in het richtlijnvoorstel, maar speelt mijns inziens wel een belangrijke rol met name wanneer de tegenbewijsregeling aan het licht komt. Uit de *Deense zaken* volgt namelijk dat geen sprake is van een kunstmatige constructie als het voornaamste doel of één van de voornaamste doelen is om een belastingvoordeel te verkrijgen, oftewel als commerciële redenen de doorslag gaven voor het gebruik van de entiteit, zoals moet worden aangegeven bij de tegenbewijsregeling, is geen sprake van een kunstmatige constructie. Alsdan kan geen sprake zijn van een kunstmatige constructie als de entiteit in dezelfde lidstaat is gevestigd als haar aandeelhouder(s), immers er kan geen fiscaal voordeel worden behaald. Bezien vanuit de jurisprudentie van het HvJ is het niet duidelijk waarom een vrijstelling geldt voor bepaalde beurgenoteerde ondernemingen en ondernemingen met voldoende personeel, immers zij noemt geen situaties waar ondernemingen per definitie niet onder het EU-antimisbruikbeginsel kunnen vallen. Wat betreft de interpretatie van de substance eisen kan echter niks gezegd worden als gekeken wordt naar het EU-antimisbruikbeginsel. De HvJ heeft namelijk niet aangegeven hoe de indicatoren voor een daadwerkelijke economische activiteit geïnterpreteerd moeten worden. Desondanks lijkt het erop dat het Unshell-richtlijnvoorstel niet geheel overeenkomt met het EU-antimisbruikbeginsel. Volgens het HvJ moet namelijk van geval tot geval worden gekeken of sprake is van misbruik. Zij sluit

daarbij niet uit dat indien voldaan wordt aan bepaalde substance criteria alsnog sprake kan zijn van misbruik. Dit doet het Unshell-richtlijnvoorstel wel aangezien geen sprake is van een “shell entiteit” als voldaan wordt aan de substance criteria, maar de lidstaat niet kan aantonen dat alsnog sprake is van misbruik. Daarbij is helemaal niet duidelijk dat als niet wordt voldaan aan de substance criteria er per definitie sprake is van misbruik. Er kan alleen sprake zijn van een vermoeden.

Als gekeken wordt naar de Nederlandse substance eisen en de interpretatie van deze eisen ten opzichte van de eisen in het richtlijnvoorstel zijn er een aantal verschillen te zien. Voornamelijk wat betreft bestuurders en werknemers. Het richtlijnvoorstel spreekt namelijk van beide als het gaat om de substance eisen, terwijl de Nederlandse wet alleen spreekt over de werknemers, wat erop duidt dat de Nederlandse wet wat strikter is. Dit is echter geen probleem aangezien de richtlijn een minimum is en de lidstaten verder mogen gaan. Daarentegen lijkt het looncriterium van €100.00 op dit moment te laag gezien het voorstel spreekt over vijf voltijds-equivalenten aan werknemers. Daarbij is het niet duidelijk of dit uitbesteedde personeel van een groepsmaatschappij mogen zijn. Dit kan namelijk wel onder de Nederlandse wetgeving. Dit hoort wel het geval te zijn, omdat het vrij normaal is dat personeel wordt uitbesteedt tussen groepsmaatschappijen. Dit verlaagt namelijk de kosten. Naar het lijkt, zal dit criterium echter verdwijnen en worden vervangen door een criterium dat ziet op dat entiteiten die een jaarlijkse winst hebben van minder bedraagt dan €100.000 en de boekwaarde van de activa minder dan één miljoen. De vraag is welke winst dit betreft. Wat betreft de eigen ruimte en bankrekening is ook geen verschil te constateren met het richtlijnvoorstel anders dan de interpretatie. Indien de eigen ruimte moet worden geïnterpreteerd als huren, onderhuren of delen van een bedrijfsruimte in het richtlijnvoorstel zal dit namelijk overeenkomen met de Nederlandse wetgeving. Met betrekking tot de bankrekening kan het volgens het voorstel gaan om een bankrekening in de EU, terwijl de Nederlandse wetgeving spreekt over een bankrekening in Nederland.

Wat betreft de PPT en de limitation on benefitsbepaling is het belangrijk om op te merken dat geen duidelijkheid bestaat over wat de substance eisen zijn onder de PPT. Het lijkt er echter wel op dat de PPT een goed middel is om alle huidige en toekomstige structuren te bestrijden. In die zin zal het dan ook overeenkomen met het richtlijnvoorstel. Er dient echter te worden achterhaald of de PPT niet soepeler is dan het voorstel. Hiervoor moeten naar de toetsen in de limitation on benefitsbepaling gekeken worden, immers de limitation on benefitsbepaling wordt geacht voldoende te zijn als een minimumnorm met betrekking tot substance. Uit deze toetsen blijkt dat er weldegelijk een verschil bestaat met het richtlijnvoorstel met name over dat groepsfinancieringsactiviteiten niet kwalificeren als het uitoefenen van een actieve onderneming, terwijl dit wel kan onder het richtlijnvoorstel. Desalniettemin zal dit geen verschil uitmaken in de PPT, omdat de PPT een tegenbewijsmaatregel bevat, waarmee aangetoond kan worden dat het verkrijgen van het verdragsvoordeel, terwijl er sprake is van groepsfinancieringsactiviteiten, in overeenstemming is met het doel en de strekking van de relevante verdragsbepaling. Ook met betrekking tot het hoofdkantorentoets blijken tot op zekere hoogte

verschillen te zijn met het richtlijnvoorstel. Er wordt namelijk niet gesproken over de werknemers bij de hoofdkantorentoets. Dit hoeft echter geen probleem te zijn in verdragen waar alleen een PPT in zit, omdat dit bij de tegenbewijsregeling wel een rol kan spelen.

Alsdan zouden eigenlijk geen fiscale gevolgen in de richtlijn moeten worden opgenomen. Als geen sprake is van misbruik volgens het richtlijnvoorstel moet namelijk nationaal alsnog gekeken worden of sprake is van misbruik. De fiscale gevolgen hangen dan op dit moment af van of je wel of niet onder het richtlijnvoorstel dan wel onder de nationale wetgeving valt. De fiscale gevolgen zouden eigenlijk aan de lidstaten overgelaten moeten worden. Daarnaast zou meer aansluiting moeten worden gezocht met de definitie van een “shell entiteit” zoals het HvJ dat definieert. De huidige *gateways* weerspiegelen namelijk verschillende substance criteria, terwijl het juist logischer zou zijn als dit onder de substance criteria geschaard zou worden. Het richtlijnvoorstel gaat ook te ver wat betreft de definitie van een “shell entiteit”. Waar het HvJ eerder sprak over dividenden, renten en royalty’s spreekt het richtlijnvoorstel over relevante inkomsten. Hieronder vallen ook inkomsten uit onroerende zaken, terwijl geen risico bestaat op belastingontwijking of -ontduiking, immers inkomsten uit onroerende zaken worden altijd belast in het land waar deze liggen. De Commissie zou er ook goed aan doen om te kijken naar substance op lidstaat niveau in plaats van op het niveau van de afzonderlijke entiteit. In concerns is het heel gebruikelijk dat de ene maatschappij de substance bevat en vanuit die maatschappij ook de werkzaamheden van de andere maatschappijen worden verricht. Dit ligt ook in lijn met het doel van de richtlijn, immers als voldoende substance aanwezig is bij de ene groepsmaatschappij in dezelfde lidstaat is geen sprake van belastingontwijking of -ontduiking. De entiteiten die behoren tot de groep zouden dan ook niet onder de richtlijn moeten vallen.

### **6.3 Conclusie**

Alle bovenstaande informatie in ogenschouw nemende is het antwoord op de onderzoeksvraag dan ook dat het Unshell-richtlijnvoorstel wel verschilt met wat het EU-antimisbruikbeginsel, de Nederlandse antimisbruikbeginselen in de Wet DB 1965 en de Wet Bronbelasting 2021 en de Principle Purpose Test in de verdragen aan substance criteria voorschrijven. Alhoewel er wel een verschil bestaat in de systematiek waarmee toegekomen wordt aan of een entiteit kwalificeert als een “shell entiteit”, lijkt het erop dat de uitkomst, namelijk dat een entiteit kwalificeert als “shell entiteit” hetzelfde is. Het Unshell-richtlijnvoorstel lijkt dan ook meer op een informatie-uitwisselingsrichtlijn dan een richtlijn om “shell entiteiten” te ontmoedigen, immers wat met het richtlijnvoorstel kan, kan ook al met de huidige maatregelen. Het richtlijnvoorstel zou juist een informatie-uitwisselingsrichtlijn moeten zijn, waarbij de fiscale gevolgen aan de lidstaten overgelaten moeten worden. Nu zijn de gevolgen namelijk afhankelijk van of je wel of niet onder de richtlijn valt dan wel onder de nationale wetgeving van een land.

## Literatuurlijst

### Boeken

#### **Brandsma, Pancham & Smit 2022**

R.P.C.W.M. Brandsma, S.R. Pancham & D.S. Smit, 'Geschiedenis van de ATAD', in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & A.C. Rijkers (red.), *Cursus Belastingrecht (Europees belastingrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

#### **Brandsma, Pancham & Smit 2022**

R.P.C.W.M. Brandsma, S.R. Pancham & D.S. Smit, 'Kwalificatieconflicten door hybride structuren', in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & A.C. Rijkers (red.), *Cursus Belastingrecht (Europees belastingrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

#### **Pötgens 2022**

F.P.G. Pötgens, 'Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) en aanverwante ontwikkelingen', in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & A.C. Rijkers (red.), *Cursus Belastingrecht (internationaal belastingrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

#### **Weber 2022**

D.M. Weber, 'Verbod van rechtsmisbruik is algemeen beginsel van Unierecht', in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & A.C. Rijkers (red.), *Cursus Belastingrecht (Europees belastingrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

#### **Weber 2022**

D.M. Weber, 'Rechtsgrondslag', in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & A.C. Rijkers (red.), *Cursus Belastingrecht (Europees belastingrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

### Artikelen

#### **Adriaans & van Hulten, WFR 2022/2016**

S.H.J.P. Adriaans LLM en dr. L.C. van Hulten, 'De PPT en het normvereiste', *WFR 2022/2016*.

**Bosman, *MBB* 2018/6**

R.A. Bosman, 'Bestrijding van verdragsmisbruik in de 2017-update van het OESO-Modelverdrag', *MBB* 2018/6.

**De Groot, *NLF* 2019/0597**

I. de Groot, 'Aan doorstroomvennootschap betaald dividend; misbruik van recht', *NLF* 2019/0597.

**De Groot, *NLF* 2019/1510**

I. de Groot, 'Antwoorden Kamervragen over arresten HvJ inzake doorstroomvennootschappen', *NLF* 2019/1510.

**De Groot, *WFR* 2022/108**

I.M. de Groot, 'De fiscale consequenties van ATAD 3 bij dividendstromen en de gevolgen voor de Nederlandse deelnemingsvrijstelling', *WFR* 2022/108.

**De Wilde, *NTFR* 2015/2726**

M.F. De Wilde, 'Rapport BEPS Actiepunt 6: 'Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances'', *NTFR* 2015/2726.

**De Wilde, *MBB* 2016/11-01**

M.F. de Wilde, 'Het OESO BEPS-project in vogelvlucht', *MBB* 2016/11-01.

**Duff, *Canadian Tax Journal* 2018, vol. 66, no. 4**

D.G. Duff, 'Tax Treaty Abuse and the Principal Purpose Test - Part 2', *Canadian Tax Journal* 2018, vol. 66, no. 4.

**Elliffe, *World Tax Journal*, vol. 11, no. 1**

C. Elliffe, 'The Meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to Bind Them All', *World Tax Journal*, vol. 11, no. 1.

**Engelen, *NTFR* 2013/158**

F.A. Engelen, 'De lotgevallen van Starbucks, Amazon en Google', *NTFR* 2013/158.



**Goudsmit & van Hulten, *WFR* 2021/18**

J.R. Goudsmit LL.M en L.C. van Hulten MSc, 'De PPT: van theorie naar duidelijkheid?', *WFR* 2021/18.

**Hoor, O'Donnell & Schmitz, *Tax Notes Int'l* 2022**

O.R. Hoor, K. O'Donnell & S. Schmitz, 'Using a Sledgehammer to Crack a Nut: The European Commission's Draft Directive to Tackle Shell Entities', *Tax Notes Int'l* 11 april 2022.

**Jiang, *Bulletin for International Taxation* 2015, Vol. 69, No. 3.**

Qunfang Jiang, 'Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project', *Bulletin for International Taxation* 2015, Vol. 69, No. 3.

**Kavelaars, *TFO* 2018/159.1**

P. Kavelaars, 'Antimisbruikbepalingen in het MLI', *TFO* 2018/159.1.

**Kavelaars, *NLFW* 2019/2**

P. Kavelaars, 'Doorstromers in de ban', *NLFW* 2019/2.

**Kok, *WFR* 2015/184**

Q.W.J.C.H. Kok, 'Enkele aspecten van de 'principal purpose test'', *WFR* 2015/184.

**Kok, *MBB* 2017/4**

Q.W.J.C.H. Kok, 'Het tegengaan van verdragsmisbruik onder het multilaterale instrument', *MBB* 2017/4

**Lamer, *Tax Notes International* 2023**

E. Lamer, 'EU Seeks Compromise on 'Substance' for Unshell Proposal', *Tax Notes International* 22 maart 2023.

**Lang, *Tax Notes International* 2014, vol. 74, no. 7**

M. Lang, 'BEPS Action 6: Introducing an Anti-abuse Rule in Tax Treaties', *Tax Notes International* 2014, vol. 74, no. 7.

**Lejour, Möhlmann & van 't Riet 2022**

A. Lejour, J. Möhlmann & M. van 't Riet, 'The immeasurable tax gains by Dutch shell companies', *Int Tax Public Finance* 29, 316–357 (2022).

**Lgarah & Groenewoud, *WFR* 2021/120**

N. Lgarah en D.A. Groenewoud, 'Verslag van het seminar 'Belastingontduiking versus belastingontwijking, verschuivende grenzen', *WFR* 2021/120.

**Meuwissen, *Tax Notes Int'l* 2022.**

R. Meuwissen, 'The European Commission's Unshell Proposal: Substantive or Not?', *Tax Notes Int'l* 14 maart 2022.

**McGauran 2020**

K. McGauran, 'Ending Regulatory Avoidance through the Use of Letterbox Companies', maart 2020, *ETUI Research Paper - Policy Brief* 3/2020.

**Mithe, *World Tax Journal* 2020, vol. 12, no. 1**

A. Mithe, 'Critical Analysis of the Principal Purpose Test and the Limitation on Benefits Rule: A World Divided but It Takes Two to Tango', *World Tax Journal* 2020, vol. 12, no. 1.

**Piantavigna, *World Tax Journal* 2018, vol. 10, no. 2**

P. Piantavigna, 'The Role of the Subjective Element in Tax Abuse and Aggressive Tax Planning', *World Tax Journal* 2018, vol. 10, no. 2.

**Roumen, Pancham & Drijer, *WFR* 2022/132**

R.H.M. Roumen, S.R. Pancham & H.H. Drijer, 'ATAD3: praktische en principiële overwegingen voor internationale houdstermaatschappijen', *WFR* 2022/132.

**Smolyansky, Suarez & Tabova 2019**

M. Smolyansky, G. Suarez & A. Tabova, 'U.S. Corporations' Repatriation of Offshore Profits: Evidence from 2018', augustus 2019.

**Spoelder & Loo, *WFR* 2022/131**

E.S. Spoelder & J. Loo, 'ATAD3, over het kanon en de mug – Deel 1', *WFR* 2022/131.

**Tolman & Molenaars, *Tax Notes Int'l* 2022**

C. Tolman & M. Molenaars, 'The Unshell Directive and Its Impact on Dutch Holdings Structures', *Tax Notes Int'l* 4 april 2022.

**Tørsløv, Wier & Zucman 2018**

T. Tørsløv, L. Wier & G. Zucman (Juni 2018), 'The Missing Profits of Nations: 2018 Figures', *National Bureau of Economic Research*, Working papers.

**Vail 2018**

N. Vail, 'Cracking Shells: The Panama Papers & Looking to the European Union's Anti-Money Laundering Directive as a Framework for Implementing a Multilateral Agreement to Combat the Harmful Effects of Shell Companies', 5 *Tex. A&M L. Rev.* 133 (2018).

**Weeghel, *World Tax Journal* 2019, vol. 11, no. 2.**

S. van Weeghel, 'A Deconstruction of the Principal Purposes Test', *World Tax Journal* 2019, vol. 11, no. 2.

## Rapporten

### **De Wispelaere, Schuster, Morel e.a., 2021**

European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, De Wispelaere, F., Schuster, E., Morel, S., e.a., *Letterbox companies: overview of the phenomenon and existing measures: executive summary*, Publications Office, 2021.

### **Financial Action Task Force 2000**

Financial Action Task Force, *Report on Non-Cooperative Countries and Territories*, FATF, Paris, France, 2000.

### **Financial Action Task Force 2018**

Financial Action Task Force – Egmont Group (2018), *Concealment of Beneficial Ownership*, FATF, Paris, France, 2018.

### **Hasting & Cremers 2017**

Hastings & Cremers, *Developing an Approach for Tackling Letterbox Companies*, november 2017.

### **Institute for Advanced Studies 2017**

Institute for Advanced Studies, *Aggressive tax planning indicators*, TAXUD Taxation papers, Working paper No 71, oktober 2017.

### **Krišto & Thirion 2018**

I.K. Krišto & E. Thirion, *An overview of shell companies in the European Union*, EPRS oktober 2018

### **Heinen, Muller & Kessler 2017**

Heinen, Muller & Kessler, *Liability in Subcontracting Chains: National Rules and the Need for a European Framework*. *European Parliament: Legal and Parliamentary Affairs*, juli 2017

### **Hers, Witteman & Rougoor 2018**

Hers, Witteman & Rougoor, *Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi's*, amsterdam oktober 2018

### **Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling 2001**

OECD, *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*, 2001.

### **Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling 2015**

OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris.

### **Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling 2016**

OECD, *BEPS Project Explanatory Statement: 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris.

### **Rapport Commissie Doorstroomvennootschappen 2021**

Commissie Doorstroomvennootschappen, *Op weg naar acceptabele doorstroom*, oktober 2021.

### Jurisprudentie

HvJ EU 14 december 2000, C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695 (*Emsländ-Stärke*).

HvJ EU 21 februari 2006, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121 (*Halifax*).

HvJ EU 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*).

HvJ EU 5 juli 2007, C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408 (*Kofoed*).

HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (*Egiom en Enka*).

HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009 (*Deister Holding en Juhler Holding*).

HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 (*N Luxembourg I*).

HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken C116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135 (*T Danmark en Y Denmark*).

## Europese Unie

### **Europees Parlement 2022**

Europees Parlement, Committee on Economic and Monetary Affairs, draft report on the proposal for a Council directive laying down rules to prevent the misuse of shell entities for tax purposes and amending Directive 2011/16/EU d.d. 12 mei 2022.

### **Impact Assessment bij het richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS)**

Impact assessment report bij het richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) tot vaststelling van regels ter voorkoming van misbruik van lege entiteiten voor belastingdoeleinden en tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU

### **Richtlijn 2009/133/EG**

Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat.

### **Richtlijn 2011/16/EU**

Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG.

### **Richtlijn 2016/1164/EU**

Richtlijn 2016/1164/EU van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

## **Richtlijn 2017/952/EU**

Richtlijn 2017/952/EU van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen.

## **Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS)**

Richtlijnvoorstel 2021/0434/EU (CNS) tot vaststelling van regels ter voorkoming van misbruik van lege entiteiten voor belastingdoeleinden en tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU.

### Parlementaire stukken

*Handelingen II* 1995/96, 24 696.

*Kamerstukken II* 2001/2002, 28 034, nr. 3.

*Kamerstukken II* 2001/2002, 28 034, nr. 5.

*Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3.

*Kamerstukken II* 2016/17, 25 087, nr. 135.

*Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3.

*Kamerstukken II* 2019/20, 25 087, nr. 259.

*Kamerstukken II* 2019/20, 35 305, nr. 3.

*Kamerstukken II* 2022/23, 36 200, nr. 1.

### Overige parlementaire stukken

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 12 juli 2014, *Stcrt.*, nr. 2014-15957.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 28 oktober 2016, nr. 2016-0000167694

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 21 maart 2017, nr. 2017-0000034664

Brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 28 juni 2022, nr. 2022-0000177451.

Wet van 18 december 2019 tot invoering van een bronbelasting op renten en royalty's (Wet bronbelasting 2021), *Stb.* 2019, nr. 513.

Wet van 4 november 2021, houdende wijziging van de Wet bronbelasting 2021 in verband met de invoering van een aanvullende bronbelasting op dividenden naar laagbelastende jurisdicties en in misbruiksituaties (Wet invoering conditionele bronbelasting op dividenden), *Stb.* 2021, nr. 543.

Conclusies van de Raad van 8 november 2016 over de criteria en het proces inzake de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden, nr. 14166/16.

#### Noten bij arresten

A.W. Ravelli, ‘Duitse antimisbruikbepaling voor niet-ingezeten moedermaatschappijen in strijd met EU-recht’, *NTFR* 2018/47 noot bij arrest *Deister Holding* en *Juhler Holding*.

D.S. Smit, ‘Kofoed - Toepassing fusierichtlijn bij aandelenruil gevolgd door dividenduitkering kort daarna’, *FED* 2007/71 noot bij arrest *Kofoed*.

Redactie Vakstudie Nieuws, ‘Franse voorwaarden bij vrijstelling bronbelasting strijdig met EU-recht’, *V-N* 2017/44.19 noot bij arrest *Eqiom en Enka*.

Redactie Vakstudie Nieuws, ‘Duitse ‘anti-tax treaty shopping’-bepaling strijdig met EU-recht’ *V-N* 2018/2.18 noot bij arrest *Deister Holding* en *Juhler Holding*.

#### Internetbronnen

##### **Centraal Bureau voor de Statistiek 2022**

Centraal Bureau voor de Statistiek, ‘Niet-financiële bedrijven boeken recordwinst’, 4 juni 2022.

##### **De Nederlandsche Bank 2018**

De Nederlandsche Bank, ‘Bijzondere financiële instellingen van beperkt belang voor Nederlandse economie’, 25 oktober 2018.

##### **De Nederlandsche Bank 2020**

De Nederlandsche Bank, ‘Afname activiteiten van vooral kleinere bfi’s’, 7 mei 2020.

##### **Drucker & Bowers 2017**

J. Drucker & S. Bowers, ‘After a Tax Crackdown, Apple Found a New Shelter for Its Profits’, *The New York Times* 6 november 2017, geraadpleegd via <https://www.nytimes.com/2017/11/06/world/apple-taxes-jersey.html>.



### **Fox & Shaar 2022**

T. Fox & K. Shaar, 'Syria using maze of shell companies to avoid sanctions on Assad regime's elite', *the Guardian* 22 maart 2022, geraadpleegd via <https://www.theguardian.com/global-development/2022/mar/22/syria-using-maze-of-shell-companies-to-avoid-sanctions-on-assad-regimes-elite>.

### **NOS 2014**

'OM: Nederlander spil fiscale fraude', *NOS* 17 juni 2014, geraadpleegd via <https://nos.nl/artikel/662226-om-nederlander-spil-fiscale-fraude>.

### **Rijksoverheid 2022**

'Nederland start met internetconsultatie wetsvoorstel Wet minimumbelasting 2024', *Rijksoverheid* 24 oktober 2022, geraadpleegd via <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/10/24/nederland-start-met-internetconsultatie-wetsvoorstel-wet-minimumbelasting-2024#:~:text=Vanaf%20vandaag%20start%20de%20internetconsultatie,landen%20hierover%20een%20akkoord%20bereikt>.