

Masterscriptie Fiscale Economie (Directe Belastingen)

# **‘De brievenbus legen’: ATAD3 en het Nederlandse belastingstelsel**

ATAD3 bestrijdt het fiscaal misbruik van brievenbusvennootschappen door middel van zeven stappen. De conceptrichtlijn roept een aantal vragen op, die ik in dit onderzoek gepoogd heb te belichten en, waar mogelijk, te verduidelijken. Hiertoe is onderzocht op welke wijze ATAD3 geïmplementeerd dient te worden en in hoeverre ATAD3 binnen het Nederlandse belastingstelsel past. Onder andere de vennootschapsbelasting, de bronbelastingen, de inkomstenbelasting en het Nederlands verdragstelsel worden beïnvloed door ATAD3. Nederland neemt, nationaal en internationaal, meerdere maatregelen tegen brievenbusvennootschappen. Deze maatregelen worden in dit onderzoek vergeleken met ATAD3. Om te bepalen of ATAD3 passend is binnen het Nederlandse belastingstelsel, is aan de hand van bovenstaande overwegingen onderzocht of ATAD3 voldoet aan een aantal belangrijke criteria die Nederland hanteert ten aanzien van nieuwe wetgeving.

Begeleider: prof. dr. P. Kavelaars  
Tweede beoordelaar: L.C. van Hulten MSc

Naam: Eva Voordouw  
Studentnummer: 470241

Datum: 20-01-2023  
Woordenaantal: 28.720

*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>Inhoudsopgave.....</b>	<b>2</b>
<b>Voorwoord.....</b>	<b>4</b>
<b>Lijst met afkortingen .....</b>	<b>5</b>
<b>Hoofdstuk 1 – Inleiding.....</b>	<b>6</b>
1.1. Aanleiding.....	6
1.2. Probleemstelling.....	9
1.3. Relevantie en werkwijze.....	10
1.4. Toetsingskader .....	10
1.5. Opbouw .....	11
1.6. Afbakening.....	11
<b>Hoofdstuk 2 – ATAD3 en het EU-recht.....</b>	<b>13</b>
2.1. Inleiding .....	13
2.2. De context van ATAD3.....	13
2.3. De conceptrichtlijn in zeven stappen .....	14
2.4. Timingsproblematiek rondom ATAD3 .....	21
2.5. ATAD3 en misbruik van recht-jurisprudentie.....	22
2.6. Het beginsel van Unietrouw .....	26
2.7. Deelconclusie.....	27
<b>Hoofdstuk 3 – De implementatie van ATAD3.....</b>	<b>29</b>
3.1. Inleiding .....	29
3.2. De gevolgen voor de vennootschapsbelasting.....	29
3.2.1. Algemene gevolgen voor de vennootschapsbelasting.....	29
3.2.2. Deelnemingsvrijstelling .....	31
3.3. De gevolgen voor de bronbelastingen .....	37
3.3.1. Inleiding .....	37
3.3.2. Dividendbelasting .....	37
3.3.2.1. Algemene gevolgen voor de dividendbelasting .....	37
3.3.2.2. Inhoudingsvrijstelling .....	38
3.3.3. Wet Bronbelasting 2021.....	41
3.4. De gevolgen voor het Nederlands verdragsstelsel.....	44
3.5. De gevolgen voor de inkomstenbelasting .....	46
3.6. Deelconclusie.....	48

<b>Hoofdstuk 4 – De bestaande aanpak van brievenbusvennootschappen en ATAD3.....</b>	<b>51</b>
4.1. Inleiding .....	51
4.2. Artikel 8c Wet Vpb.....	52
4.3. Het Nederlandse rullingbeleid .....	53
4.4. ATAD1.....	58
4.5. De PPT in belastingverdragen.....	60
4.6. Maatregelen in de bronbelastingen .....	61
4.7. DAC6 .....	62
4.8. Rapport commissie doorstroomvennootschappen.....	63
4.9. ATAD3: toegevoegde waarde? .....	66
4.10. Deelconclusie.....	67
<b>Hoofdstuk 5 – ATAD3 en de nota Zicht op wetgeving.....</b>	<b>69</b>
5.1. Inleiding .....	69
5.2. Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen.....	69
5.3. Doeltreffendheid .....	71
5.4. Doelmatigheid .....	74
5.5. Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid .....	76
5.6. Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid .....	78
5.7. Deelconclusie.....	78
<b>Hoofdstuk 6 – Conclusie .....</b>	<b>81</b>
6.1. Inleiding .....	81
6.2. Samenvatting.....	81
6.2.2. ATAD3 en het EU-recht .....	81
6.2.3. De implementatie van ATAD3 .....	82
6.2.4. De bestaande aanpak van brievenbusvennootschappen en ATAD3 .....	84
6.2.5. ATAD3 en de nota Zicht op wetgeving .....	85
6.3. Conclusie .....	86
6.4. Aanbevelingen voor vervolgonderzoek.....	88
<b>Literatuurlijst .....</b>	<b>89</b>

# Voorwoord

---

Geachte lezer,

Deze scriptie markeert het begin van het einde van mijn studententijd. Daarom wil ik graag de gelegenheid nemen om een beknopt dankwoord te schrijven.

In mijn zes jaar als student aan de Erasmus Universiteit heb ik vele mooie dingen mee mogen maken. In het bijzonder wil ik het Fiscaal Economisch Instituut bedanken voor het interessante onderwijs, de mogelijkheid om als student-assistent mee te draaien bij EFS, het enorm leerzame werk dat ik heb mogen verrichten als teaching assistant en de steun aan de Stichting Belastingwinkel Rotterdam, waar ik een aantal jaar geleden de positie van voorzitter heb mogen bekleden.

Ten aanzien van mijn scriptie wil ik professor Kavelaars van harte bedanken voor de fijne begeleiding en suggesties. Gezien de complexiteit van mijn onderwerp werd het meedenken extra gewaardeerd. Ook wil ik mijn tweede beoordelaar, mevrouw van Hulten MSc, bedanken voor het meelesen van de scriptie.

Afsluitend wil ik mijn familie en mijn vriend bedanken voor hun steun door de jaren heen. Zonder hen was het voor mij zeer waarschijnlijk niet mogelijk geweest om deze mijlpaal te behalen.

Ik wens u veel leesplezier met mijn masterscriptie.

Eva Voordouw

# Lijst met afkortingen

---

APA	Advance pricing agreement
ATAD	Anti-tax avoidance directive
ATR	Advance tax ruling
CFC	Controlled foreign company
DAC	Directive on administrative cooperation
EER	Europese Economische Ruimte
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
MD-richtlijn	Moeder-dochterrichtlijn
MLI	Multilateraal instrument
OESO	Organisatie voor economische samenwerking en ontwikkeling
PPT	Principe purpose test
RR-richtlijn	Rente- en royaltyrichtlijn
Staatssecretaris	Staatssecretaris van Financiën
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet BB	Wet bronbelasting 2021
Wet DB	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet Vpb	Wet op de vennootschapsbelasting 1969

# Hoofdstuk 1 – Inleiding

---

## 1.1. Aanleiding

Belastingontwijking is een onderwerp dat maatschappelijk steeds meer in de belangstelling staat. Zo schrijft SOMO dat door belastingontwijking de belastingdruk verschuift van multinationals naar werknemers, consumenten en kleine ondernemingen. Dit vergroot volgens hen economische ongelijkheid en remt economische en sociale ontwikkeling.<sup>1</sup> Hier valt het een en ander tegen in te brengen, immers wentelen ondernemingen hun belastinglasten af op kapitaalverschaffers, werknemers en consumenten.<sup>2</sup> Belastingontwijking brengt echter wel negatieve effecten met zich mee door andere oorzaken. Actionaid schrijft over belastingontwijking dat multinationals door gebruik te maken van het internationale belastingstelsel, in ontwikkelingslanden vaak geen of weinig belasting betalen. Ze stellen zelfs dat ontwikkelingslanden meer geld mislopen door belastingontwijking, dan dat jaarlijks ontvangen wordt aan buitenlandse hulp.<sup>3</sup> Niet alleen ontwikkelingslanden, maar overheden wereldwijd lopen inkomsten mis als gevolg van belastingontwijking en belastingontduiking. De Global Alliance for Tax Justice schat in dat overheden elk jaar tot zo'n 420 miljard euro mislopen als gevolg van belastingontwijking en belastingontduiking. Nederland staat op nummer drie van de lijst met landen die belastingontwijking faciliteren, na de Kaaimaneilanden en het Verenigd Koninkrijk. Van de 420 miljard euro, wordt zelfs 30,6 miljard euro veroorzaakt door de mogelijkheden die het Nederlandse belastingstelsel biedt.<sup>4</sup>

Overheden proberen dit het grote verlies aan inkomsten tegen te gaan door verschillende wet- en regelgeving in het leven te roepen. De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) zet belangrijke stappen met het base erosion and profit shifting-project (hierna: BEPS), waarbij belastingontwijking bestreden wordt door middel van vijftien actiepunten, waar het tegengaan van hybride mismatches, het introduceren van het multilateraal instrument en het introduceren van country-by-country reporting onderdeel van uitmaken. Ook binnen de Europese Unie (hierna: EU) wordt belastingontwijking op verschillende manieren bestreden. Zo introduceerde de eerste anti-tax avoidance directive (hierna: ATAD) een earningsstrippingmaatregel, bestrijdt ATAD2 hybride mismatches en wordt via de directive on administrative cooperation (hierna: DAC) voor administratieve samenwerking gezorgd. Het Hof van Justitie heeft daarnaast het leerstuk 'misbruik van

---

<sup>1</sup> Van Teeffelen, *SOMO* 8 februari 2017.

<sup>2</sup> Fullerton en Metcalf, *Handbook of Public Economics* Vol. 4 2002, pag. 1787-1987.

<sup>3</sup> Verbraak, *ActionAid* 8 maart 2019.

<sup>4</sup> Global Alliance for Tax Justice 2020.

recht' ontwikkeld, waarbij een belastingplichtige geen beroep kan doen op het EU-recht indien sprake is van misbruik van recht.<sup>5</sup>

Ondanks de vele maatregelen die al zijn ingevoerd om belastingontwijking tegen te gaan, blijven bepaalde vormen van belastingontwijking nog veel voorkomen. Deze zijn dan ook een doorn in het oog van vele overheden. Eén van de vormen van belastingontwijking die nog veel voorkomt, is de brievenbusvennootschappen. De OESO definieert een brievenbusvennootschap als een rechtspersoon die direct of indirect gecontroleerd wordt door een buitenlandse aandeelhouder, weinig of geen werknemers heeft, weinig of geen productieactiviteiten in de bronstaat verricht en weinig overige aanwezigheid in de bronstaat heeft, bezittingen en schulden heeft die voornamelijk buitenlandse investeringen vertegenwoordigen en waarvan de activiteiten voornamelijk bestaan uit het houden en financieren van dochtervennootschappen.<sup>6</sup>

In Nederland worden brievenbusvennootschappen gebruikt om verschillende fiscale voordelen te behalen. Zo heeft Nederland een zeer brede deelnemingsvrijstelling ten opzichte van andere landen. Door middel van de deelnemingsvrijstelling, kunnen inkomsten uit deelnemingen onbelast worden genoten indien een vennootschap belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting, een 5% belang heeft in een andere vennootschap en de deelneming niet wordt gehouden als belegging. De deelnemingsvrijstelling is in veel situaties van toepassing, ook brievenbusvennootschappen kunnen er veelal gebruik van maken. Een andere reden om een brievenbusvennootschap in Nederland te plaatsen, is het verdragennetwerk van Nederland. Nederland heeft met een groot aantal landen belastingverdragen afgesloten. Dit verdragennetwerk is gunstig voor in Nederland gevestigde bedrijven, omdat het voorkomt dat dezelfde inkomsten dubbel worden belast. Het (grotendeels) ontbreken van een bronheffing op rente en royalty's is ook een reden om een brievenbusvennootschap in Nederland te vestigen.<sup>7</sup>

Brievenbusvennootschappen bestaan nog altijd en worden veelal ingezet om fiscale voordelen te behalen. Nederland telde ongeveer 12.400 brievenbusvennootschappen in 2019. In totaal stroomt zo'n 4500 miljard euro door deze brievenbusvennootschappen heen. Dat is meer dan vijf keer het bruto binnenlands product van Nederland.<sup>8</sup> Om brievenbusvennootschappen tegen te gaan, worden

---

<sup>5</sup> Zie o.a. HvJ 21 februari 2006, C-255/02 (*Halifax PLC*) en HvJ 26 februari 2019, C-115/16 e.a. (*Danmark*).

<sup>6</sup> OESO, *Adressing Base Erosion and Profit Shifting*, Paris: OECD Publishing 2013.

<sup>7</sup> Met uitzondering van de Wet Bronbelasting 2021 kent Nederland geen bronbelasting op rente en royalty's. De Wet Bronbelasting 2021 is een conditionele heffing die slechts in beperkte gevallen van toepassing is.

<sup>8</sup> NOS Nieuws, 22 november 2022.

verschillende acties ondernomen. Actiepunt 3 van het BEPS project van de OESO voorziet in regelgeving voor controlled foreign companies (hierna: CFC), met als doel om te voorkomen dat belastingplichtigen hun winst doorsluizen naar brievenbusvennootschappen in het buitenland, met name in laagbelastende jurisdicties.<sup>9</sup> In Nederland is de CFC-regelgeving in art. 13ab Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VpB) opgenomen.<sup>10</sup> Nederland heeft zelf een maatregel tegen brievenbusvennootschappen getroffen door het rulingbeleid aan te scherpen. Het nieuwe rulingbeleid bevat volgens de staatssecretaris van Financiën (hierna: staatssecretaris) een strengere norm waaraan belastingplichtigen moeten voldoen die een ruling met een internationaal karakter aanvragen. Ten tweede zal scherper gekeken worden naar het doel van de structuur waarvoor de ruling aangevraagd wordt.<sup>11</sup> Nederland wil brievenbusvennootschappen nog verder aan gaan pakken. De commissie doorstroomvennootschappen, onder leiding van Ter Haar, heeft op 31 oktober 2021 een rapport gepubliceerd over brievenbusvennootschappen. In het rapport is onderzoek gedaan naar brievenbusvennootschappen en zijn naar aanleiding van het onderzoek, adviezen uitgebracht over beleidsopties die ingezet kunnen worden om brievenbusvennootschappen verder tegen te gaan.<sup>12</sup>

De EU onderneemt ook actie tegen brievenbusvennootschappen. In december 2021 zijn twee conceptrichtlijnen gepubliceerd door de EU. De eerste conceptrichtlijn bevat een algemene minimale belastingheffing van 15% voor EU-lidstaten. De tweede conceptrichtlijn, de zogenoemde 'unshell'-richtlijn of ATAD3, ziet specifiek op brievenbusvennootschappen. De richtlijn houdt samengevat in dat een vennootschap die kwalificeert als brievenbusvennootschap, niet in aanmerking komt voor een vrijstelling én niet beschikt over voldoende substance, de toegang kan verliezen tot belastingverdragen en richtlijnen. De publicatie van ATAD3 heeft tot vele reacties geleid. Zo stelt De Volkskrant dat Nederland onder vuur ligt na de publicatie van de conceptrichtlijn. Hoewel de EU geen specifieke lidstaten op het oog heeft als reden om tot de conceptrichtlijn te komen, staan volgens De Volkskrant zowel Luxemburg als Nederland nog te veel te boek als belastingparadijs.<sup>13</sup> Ook het Algemeen Dagblad geeft aan dat Nederland al jaren bekend staat als internationale hulpdienst voor belastingontwijking. De EU richt zich met de conceptrichtlijn volgens het AD op bedrijven met veel grensoverschrijdende

---

<sup>9</sup> OESO, *Adressing Base Erosion and Profit Shifting*, Paris: OECD Publishing 2013.

<sup>10</sup> De Nederlandse CFC-regelgeving is opgenomen ter implementatie van de ATAD 1 richtlijn en niet als gevolg van het BEPS project.

<sup>11</sup> *Kamerstukken II*, 2018/2019, 25 087, nr. 223, p. 1.

<sup>12</sup> *Rapport commissie doorstroomvennootschappen 2021*.

<sup>13</sup> Dekker, *Volkskrant* 22 december 2021.



activiteiten en vrijwel geen personeel.<sup>14</sup> Volgens Tang zorgt ATAD3 voor een grote schoonmaak, die tegengaat dat Nederland criminele activiteiten aantrekt en buurlanden financieel benadeelt.<sup>15</sup>

## 1.2. Probleemstelling

Naast lovende reacties voor de conceptrichtlijn, heeft deze ook vele vragen opgeroepen. Vermeulen merkt op dat uit de conceptrichtlijn wellicht volgt dat andere lidstaten afhankelijk zijn van het oordeel van de lidstaat van vestiging over substance van een vennootschap.<sup>16</sup> Wisman benoemt dat voor entiteiten die geraakt worden door ATAD3, de MD-richtlijn niet van toepassing is en daarmee de deelnemingsvrijstelling als implementatie van de MD-richtlijn ook niet. Dit doet de vraag opkomen in hoeverre de deelnemingsvrijstelling een implementatie is van de MD-richtlijn. Wisman benoemt ook andere onduidelijkheden van ATAD3, zoals onduidelijkheid omtrent de bepaling van het te belasten inkomen en de norm bij misbruikbestrijding.<sup>17</sup> Voor Nederland is relevant of en hoe de onduidelijkheden rondom ATAD3 op te lossen zijn. Ook is relevant hoe ATAD3 binnen het bestaande Nederlandse belastingstelsel gaat passen. De bovenstaande overwegingen leiden tot de volgende probleemstelling:

*Op welke wijze dient Nederland ATAD3 te implementeren en in hoeverre past ATAD3 binnen het Nederlandse belastingstelsel?*

Het doel van dit onderzoek is om inzicht te verkrijgen in het passen van ATAD3 binnen het Nederlandse belastingstelsel. Bij de beantwoording van de probleemstelling wordt besproken hoe de conceptrichtlijn geïmplementeerd dient te worden binnen het Nederlandse belastingstelsel. Daarbij zullen de onduidelijkheden die rondom ATAD3 spelen en welke potentiële gevolgen deze hebben, aan bod komen. Voorts komt de verhouding van ATAD3 tot de bestaande fiscale maatregelen tegen brievenbusvennootschappen aan bod en wordt besproken in hoeverre ATAD3 kwalitatief goede wetgeving vormt volgens Nederlandse maatstaven. Ter beantwoording van de probleemstelling, worden de volgende deelvragen beantwoord:

---

<sup>14</sup> Bogaard, AD 22 december 2021.

<sup>15</sup> RTL Nieuws, 22 december 2021.

<sup>16</sup> Vermeulen, V-N 2022/16.0.

<sup>17</sup> Wisman, V-N 2022/10.0.

- Hoe is ATAD3 vormgegeven en hoe verhoudt het zich tot het overige EU-recht?
- Welke gevolgen zal de implementatie van ATAD3 hebben op het Nederlandse belastingstelsel, waaronder de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting, bronbelastingen en het Nederlands verdragsstelsel?
- Hoe verhouden de bestaande aanpak van brievenbusvennootschappen en het rapport commissie doorstroomvennootschappen zich tot ATAD3?
- In hoeverre voldoet ATAD3 aan de criteria uit de nota Zicht op wetgeving?

### 1.3. Relevantie en werkwijze

In de literatuur zijn vele onzekerheden omtrent ATAD3 opgeworpen, maar is tot op heden nog geen toets uitgevoerd ten aanzien van de inpasbaarheid binnen het gehele Nederlandse belastingstelsel. ATAD3 is een conceptrichtlijn, het passen hiervan binnen het Nederlandse stelsel en het identificeren van knelpunten zijn van groot belang bij de toekomstige implementatie van de conceptrichtlijn.

Het doel van dit onderzoek is daarom om inzicht te verkrijgen in het passen van ATAD3 binnen het Nederlandse belastingstelsel. Hiervoor wordt een literatuur- en jurisprudentieonderzoek verricht naar de werking van ATAD3 en de potentiële vormgeving van de conceptrichtlijn binnen het Nederlandse belastingstelsel en de eventuele onduidelijkheden die spelen omtrent de conceptrichtlijn. Vervolgens wordt door middel van literatuur- en jurisprudentieonderzoek getoetst hoe de huidige én voorziene toekomstige maatregelen om brievenbusvennootschappen tegen te gaan, zich verhouden tot ATAD3. Bovenstaande overwegingen in acht nemend, zal aan de hand van de criteria nota Zicht op wetgeving bepaald worden in hoeverre de implementatie van ATAD3 passend is binnen het Nederlandse belastingstelsel.

### 1.4. Toetsingskader

Om te kijken hoe ATAD3 binnen het Nederlandse belastingstelsel past, zullen de werking van de conceptrichtlijn en de gevolgen hiervan voor het Nederlandse belastingstelsel uitgewerkt worden. Hierbij zullen mede de huidige aanpak van brievenbusvennootschappen en de bevindingen en aanbevelingen van de commissie doorstroomvennootschappen aan de orde komen. Of de implementatie van ATAD3 passend is binnen het belastingstelsel, zal vervolgens worden uitgewerkt aan de hand van de volgende toetsingscriteria uit de Nota Zicht op Wetgeving.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> *Kamerstukken II*, 1990/1991, 22 008, nr. 2, p. 22-32.

- Doeltreffendheid. Een wet moet de door de wetgever beoogde doelstellingen in belangrijke mate verwezenlijken. Daarom is het vereist dat de doelstelling helder, volledig en concreet geformuleerd is.
- Doelmatigheid. Wanneer een wet voldoet aan doeltreffendheid, dient de wet ook nog doelmatig te zijn. Bij doelmatigheid wordt getoetst of de kosten van de wet in verhouding staan tot de opbrengsten die de wet oplevert.
- Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Wetten moeten werkbaar zijn voor iedereen die ermee te maken heeft. Naleving van de wet moet afgedwongen kunnen worden, zowel met behulp van juridische consequenties als door het treffen van feitelijke maatregelen.
- Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid. Degenen die met de wet geconfronteerd worden en degenen die de wet toe moeten passen, dienen duidelijk voor ogen te hebben wat hun plichten zijn en wat de wetgever wil bereiken.

## 1.5. Opbouw

In het vervolg van deze scriptie, zal ten eerste de werking van ATAD3 aan bod komen. Daarbij zal de conceptring worden toegelicht en de verhouding hiervan tot het overige EU-recht worden besproken. Vervolgens zullen de gevolgen van de implementatie van ATAD3 op het Nederlandse belastingstelsel uiteengezet worden. Hierin zullen de gevolgen van ATAD3 voor de inkomstenbelasting, de bronbelastingen en de vennootschapsbelasting aan bod komen. Onder andere zal ingegaan worden op de deelnemingsvrijstelling en de verhouding daarvan tot ATAD3. Binnen het internationale Nederlandse belastingstelsel nemen belastingverdragen een belangrijke positie in. De verhouding van ATAD3 tot belastingverdragen zal daarom mede aan bod komen. Hierna wordt de Nederlandse aanpak van brievenbusvennootschappen, waaronder de bevindingen en aanbevelingen van de commissie doorstroomvennootschappen, besproken, waarbij verhouding van deze maatregelen tot ATAD3 uitgelicht zal worden. Om te toetsen in hoeverre ATAD3 binnen het Nederlandse belastingstelsel past, zal de conceptring getoetst worden aan een aantal criteria uit de nota Zicht op wetgeving. Afgesloten zal worden met een conclusie en aanbevelingen.

## 1.6. Afbakening

Dit onderzoek focust zich expliciet op de fiscale aspecten van brievenbusvennootschappen. Een aantal aspecten komen niet aan bod. Ten eerste komt regelgeving die belastingontwijking- en ontduiking tegengaat, maar niet expliciet ziet op brievenbusvennootschappen of die anderzijds niet relevant zijn voor ATAD3, niet aan bod. Bijvoorbeeld regelgeving rondom de renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting, wordt dus niet behandeld in dit onderzoek. Een tweede onderwerp dat niet

aan bod komt, zijn de BEPS pillar 2 regels. In het kader van het BEPS project, heeft de EU recentelijk een richtlijn aangenomen die regels vaststelt voor een minimumniveau van vennootschapsbelastingheffing.<sup>19</sup> Pillar 2 is een interessante ontwikkeling, maar ziet niet specifiek op brievenbusvennootschappen en blijft daarom buiten beschouwing in dit onderzoek. Het onderzoek beperkt zich daarnaast tot fiscale aspecten. Op de niet-fiscale aspecten van brievenbusvennootschappen en regelgeving daar omheen, wordt daarom niet ingegaan.

---

<sup>19</sup> Commissiedocument 823 van 2021, finale versie.

# Hoofdstuk 2 – ATAD3 en het EU-recht

---

## 2.1. Inleiding

Zoals in hoofdstuk 1 is besproken, onderneemt de EU actie tegen brievenbusvennootschappen door onder andere het publiceren van ATAD3. Deze conceptribrichtlijn houdt samengevat in dat een vennootschap die kwalificeert als brievenbusvennootschap, de toegang kan verliezen tot voordelen die voortvloeien uit belastingverdragen en Europese richtlijnen. Het doel van dit onderzoek is om inzicht te verkrijgen in het passen van ATAD3 binnen het Nederlandse belastingstelsel. Daarom is het belangrijk om de werking van ATAD3 vast te stellen. Daartoe zal in dit hoofdstuk de volgende eerste deelvraag worden beantwoord:

*Hoe is ATAD3 vormgegeven en hoe verhoudt het zich tot het overige EU-recht?*

Om deze vraag te beantwoorden, bespreek ik eerst het doel en de context van ATAD3 in paragraaf 2.2. Vervolgens ga ik in op het stappenplan dat ATAD3 bevat in paragraaf 2.3. ATAD3 bevat een aantal opvallende timingsaspecten, die ik bespreek in paragraaf 2.4. In paragraaf 2.5 bespreek ik het misbruik van recht-begrip en de verhouding hiervan tot ATAD3. Daarna komt de verhouding van de richtlijn tot het beginsel van Unietrouw aan bod in paragraaf 2.6. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie.

## 2.2. De context van ATAD3

Op 22 december 2021 is de conceptribrichtlijn ATAD3 gepubliceerd. Het doel van de conceptribrichtlijn is om fiscaal misbruik van brievenbusvennootschappen<sup>20</sup> binnen de EU tegen te gaan. Wanneer een onderneming niet voldoende substance heeft (en dus een brievenbusvennootschap is), voorziet de conceptribrichtlijn in fiscale consequenties. Brievenbusvennootschappen zullen als gevolg van ATAD3 niet in aanmerking komen voor belastingvoordelen die voortvloeien uit het EU-recht en uit bilaterale belastingverdragen. Ook voorziet de richtlijn voor een ruimere groep van ondernemingen in automatische uitwisseling van informatie en mogelijkheden tot het verzoeken van een lidstaat aan een andere lidstaat om belastingcontroles uit te voeren.<sup>21</sup> ATAD3 werkt volgens een stappenplan, aan de

---

<sup>20</sup> In deze scriptie wordt de term brievenbusvennootschap gehanteerd in de context van ATAD3. Echter ziet de conceptribrichtlijn op alle vennootschappen en andere rechtsvormen met een vestigingsplaats in de Europese Unie.

<sup>21</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 3.

hand waarvan ondernemingen geïdentificeerd kunnen worden die een economische activiteit uitoefenen, maar die niet voldoende substance hebben en die zijn opgezet met het doel om belastingvoordelen te behalen. Het stappenplan van ATAD3 bevat zeven stappen, die in paragraaf 2.3 uitgewerkt zullen worden.

### 2.3. De conceptrichtlijn in zeven stappen

De conceptrichtlijn bestaat uit zeven stappen, waarin bepaald wordt of een onderneming voldoende substance heeft en welke (fiscale) consequenties hieraan verbonden worden. Samengevat zien de stappen er als volgt uit:

1. In de eerste stap wordt bepaald welke ondernemingen zich dienen te melden;
2. De tweede stap betreft de melding;
3. De derde stap is de beoordeling van de melding;
4. De vierde stap bevat een tegenbewijsmogelijkheid;
5. De vijfde stap bevat een vrijstelling wegens het ontbreken van fiscale motieven;
6. De zesde stap bevat de fiscale gevolgen;
7. De zevende en tevens laatste stap voorziet in de automatische uitwisseling van informatie via het beschikbaar stellen van gegevens in een centrale omgeving, alsmede een mogelijk verzoek om een belastingcontrole uit te voeren.<sup>22</sup>

De eerste stap bepaalt welke ondernemingen zich dienen te melden en wordt ook wel de 'gateway' genoemd. Ondernemingen worden in deze stap aan de hand van een aantal criteria gesplitst in ondernemingen die een hoog risico lopen met betrekking tot het ontbreken van substance en een hoog risico lopen op misbruik voor belastingdoeleinden, en ondernemingen die een laag risico hierop lopen. Ondernemingen hebben een hoog risico en passeren daarmee de gateway als zij voldoen aan drie criteria. Ten eerste bestaat meer dan 75% van de omzet van de onderneming uit passieve inkomsten óf bestaat meer dan 75% van de bezittingen uit onroerende zaken. Ten tweede moet meer dan 60% van de inkomsten verkregen worden uit grensoverschrijdende activiteiten. Ten derde dient het dagelijks bestuur en de relevante besluitvorming uit te zijn besteed aan derden.<sup>23</sup> Ondernemingen die aan alle drie criteria voldoen en daarmee de gateway passeren, zijn dus ondernemingen die zich bezig houden met grensoverschrijdende activiteiten, geografisch mobiel zijn en administratief een beroep doen op andere ondernemingen (met name derde dienstverleners zoals trustkantoren).<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 9.

<sup>23</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 26.

<sup>24</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 10.

Ondernemingen met een laag risico voldoen aan geen of slechts enkele van de criteria en passeren daarmee de gateway niet. Op deze ondernemingen is de conceptrichtlijn niet van toepassing. Daarnaast is het voor ondernemingen die onder de uitzonderingen van stap vier en vijf vallen (de tegenbewijsmogelijkheid en de vrijstelling), minder relevant of zij de gateway passeren. Op hen zijn de fiscale gevolgen van de conceptrichtlijn namelijk niet van toepassing. Echter is de informatie-uitwisseling wel van toepassing op deze ondernemingen.

De tweede stap is het maken van de melding. Indien entiteiten de gateway passeren, dienen zij in hun belastingaangifte verslag uit te brengen over hun economische substance. Informatie moet worden verstrekt over het bezit of exclusief gebruik van een bedrijfsgebouw, het bezit van een actieve bankrekening in de EU, de aanwezigheid van bevoegde bestuurders die de dagelijkse leiding voeren en over de aanwezigheid van gekwalificeerd personeel. De bestuurders dienen in de lidstaat van vestiging van de onderneming of in de nabijheid daarvan te wonen en zich met de activiteiten van de onderneming bezig te houden. Of een bestuurder zich met de activiteiten van een onderneming bezig houdt, kan blijken uit kwalificaties, formele bevoegdheden en de daadwerkelijke deelname van de bestuurder aan het dagelijks bestuur van de onderneming. Als dergelijke bestuurders ontbreken, is een alternatief om voldoende werknemers te hebben die zich bezighouden met de kernactiviteiten van de onderneming die inkomsten genereren en die in of in de nabijheid van de lidstaat van vestiging wonen. De lidstaat waar de onderneming gevestigd is, beoordeelt of de verstrekte informatie voldoende is om vast te stellen dat de entiteit genoeg economische substance heeft. Indien de informatie niet voldoende is, kunnen belastingcontroles worden ingesteld. Als de informatie wel voldoende blijkt en aan de substance-vereisten voldaan wordt, kwalificeert de onderneming niet als brievenbusvennootschap. De onderneming kan deze kwalificatie maximaal zes jaar gebruiken om hun substance aan te tonen, tenzij de feiten en omstandigheden wijzigen. Als de onderneming niet voldoet aan bovengenoemde economische substance, dan is sprake van een brievenbusvennootschap. De informatie die in stap twee wordt verstrekt, wordt automatisch uitgewisseld op grond van ATAD3.<sup>25</sup>

De derde stap is de beoordeling van versterkte informatie over substance. De informatie die in de tweede stap verschaft is, dient inhoudelijk te worden beoordeeld. Indien een onderneming de gateway heeft gepasseerd en uit de verschaft informatie vastgesteld kan worden dat ten minste één van de substance-elementen ontbreekt, wordt verondersteld dat de onderneming een brievenbusvennootschap is. Een onderneming die de gateway passeert, maar waarvan uit de informatie blijkt dat aan alle substance-elementen voldaan is, wordt verondersteld geen brievenbusvennootschap te zijn.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 11.

<sup>26</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 11.

De vierde stap betreft een tegenbewijsmogelijkheid voor de onderneming om te bewijzen dat zij substance heeft of dat geen sprake is van misbruik voor belastingdoeleinden. Om dit te bewijzen, moet de onderneming concrete bewijzen aanleveren over de activiteiten die zij verricht en de wijze waarop. Het bewijsmateriaal moet informatie bevatten over de commerciële (niet-fiscale) redenen voor de oprichting en instandhouding van de onderneming die geen eigen bedrijfsruimten en/of bankrekening en/of niet het vereiste management of werknemers heeft. Ook dient informatie verstrekt te worden over de middelen die de onderneming gebruikt om haar bedrijfsactiviteiten uit te oefenen en over de band tussen de onderneming en de lidstaat, waaruit kan worden geverifieerd waar zij haar daadwerkelijke fiscale vestigingsplaats heeft. De onderneming kan hiernaast extra informatie verstrekken om haar standpunt te onderbouwen. Indien de vestigingsstaat ervan overtuigd is dat de onderneming voldoet aan de tegenbewijsmogelijkheid, kan de geldigheid van het tegenbewijs tot zes jaar gelden, op voorwaarde dat de feiten en omstandigheden niet veranderen. Na deze periode volgt een nieuwe tegenbewijsprocedure indien de onderneming dat wenst.<sup>27</sup>

De vijfde stap is een vrijstelling van melding wegens het ontbreken van fiscale motieven. Wanneer een onderneming de gateway passeert en niet voldoet aan de minimale substance, kan de onderneming toch nog gebruikt worden voor wezenlijke economische activiteiten zonder een belastingvoordeel op te leveren voor de onderneming zelf, de groep of de uiteindelijk gerechtigde. In dat geval krijgt een onderneming de kans om dit aan te tonen en om een vrijstelling te verzoeken van de verplichtingen van de conceptrichtlijn. Om dit aan te tonen dient de onderneming aan de vestigingsstaat documenten aan te leveren waaruit de belastinglasten blijken van de groep of structuur waar zij deel van uitmaakt, met of zonder tussenkomst van de onderneming. Onder belastinglasten wordt zowel vennootschapsbelasting als bronbelastingen verstaan. Indien de vestigingsstaat constateert dat de onderneming binnen de groep geen invloed heeft op de belastinglast van de groep, verleent de staat voor maximaal zes jaar een vrijstelling van de verplichtingen van ATAD3, mits de feiten en omstandigheden ongewijzigd blijven. Daarna dient de vrijstelling opnieuw aangevraagd te worden.<sup>28</sup>

De zesde stap bevat de fiscale gevolgen voor brievenbusvennootschappen die niet in aanmerking komen voor de vrijstelling. De vestigingsstaat zal geen woonplaatsverklaring afgeven aan een onderneming die als brievenbusvennootschap kwalificeert, of een woonplaatsverklaring afgeven met de notie dat deze onderneming geen recht heeft op de verdrags- of richtlijnvoordelen. De notie is een waarschuwingsverklaring met uitdrukkelijke vermelding om te voorkomen dat de woonplaatsverklaring gebruikt wordt om verdrags- of richtlijnvoordelen te verkrijgen. Het niet afgeven van de

---

<sup>27</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 12.

<sup>28</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 12.



woonplaatsverklaring of afgeven met waarschuwingsverklaring heeft als doel dat de onderneming niet langer een beroep kan doen op de voordelen van zowel bilaterale belastingverdragen als richtlijnen, zoals de rente- en royaltyrichtlijn (hierna: RR-richtlijn) of de moeder-dochterrichtlijn (hierna: MD-richtlijn). De fiscale consequenties van ATAD3 zijn erop gericht om de belastingvoordelen teniet te doen die door de brievenbusvennootschappen zijn verkregen op grond van overeenkomsten of verdragen die van kracht zijn in de vestigingsstaat. Ondernemingen die een beroep willen doen op bilaterale belastingverdragen of de MD- of RR-richtlijn, dienen veelal een fiscale woonplaatsverklaring te overleggen. Door aan brievenbusvennootschappen deze niet langer te verschaffen (of wel te verschaffen met waarschuwingsverklaring), kan geen beroep meer worden gedaan op de belastingvoordelen die de brievenbusvennootschap behaalt.<sup>29</sup>

Nu belastingvoordelen die voortvloeien uit belastingverdragen, de MD-richtlijn en de RR-richtlijn niet worden toegekend aan een brievenbusvennootschap, bepaalt ATAD3 hoe die anderzijds vrijgestelde inkomensstromen moeten worden belast. De vestigingsstaat van de brievenbusvennootschap dient deze als inwoner te blijven beschouwen en belasting te heffen op grond van de nationale wetgeving van de vestigingsstaat. ATAD3 wijst daarnaast toe welke staat het recht moet hebben om de inkomensstromen in de heffing te betrekken. De toewijzing van heffingsbevoegdheid heeft enkel gevolgen voor lidstaten, derde landen kunnen er niet door worden geraakt. Derde landen zijn immers niet gebonden aan EU-richtlijnen. In het geval dat bij de inkomensstroom een derde land betrokken is, kunnen overeenkomsten ter voorkoming van dubbele belasting tussen de lidstaat en het derde land worden nageleefd ten aanzien van de toewijzing van heffingsbevoegdheid. Ten aanzien van de heffingsbevoegdheid kunnen zich vier scenario's voordoen, die hieronder worden opgesomd.<sup>30</sup>

1. In scenario één is de staat van de betaler (bronstaat) een derde land, stroomt de betaling door een EU-brievenbusvennootschap en zijn de participanten van deze brievenbusvennootschap gevestigd<sup>31</sup> in een EU-lidstaat. In dit geval is de bronstaat niet aan de richtlijn gebonden, terwijl de staten van de brievenbusvennootschap en van de participanten dat wel zijn. De bronstaat kan een binnenlandse belasting heffen op de uitgaande betaling of kan besluiten om een bilateraal belastingverdrag toe te passen dat van kracht is met de staat van de participant, indien de bronstaat de brievenbusvennootschap als transparant beschouwd. De brievenbusvennootschap blijft in de vestigingsstaat inwoner voor belastingdoeleinden en zal daar moeten voldoen aan de verplichtingen op grond van nationale wetgeving. In de staat van

---

<sup>29</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 13.

<sup>30</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 13.

<sup>31</sup> In dit onderzoek wordt 'gevestigd' gehanteerd ten aanzien van alle participanten. Participanten kunnen echter zowel rechtspersonen als natuurlijk personen zijn.

de participanten dienen de betalingen aan de brievenbusvennootschap in het belastbaar inkomen van de participanten te worden betrokken overeenkomstig de nationale wetgeving. Eventueel kan vermindering worden verleend voor het bedrag dat de bronstaat (derde land) heeft geheven op grond van een belastingverdrag tussen de staat van de participanten en het derde land. Ook zal in het land van de participanten rekening gehouden worden met de belasting die betaald is in de vestigingsstaat van de brievenbusvennootschap.<sup>32</sup>

2. In scenario twee is de staat van de betaler (bronstaat) een EU-lidstaat, stroomt de betaling door een EU-brievenbusvennootschap en zijn de participanten van de brievenbusvennootschap in een EU-lidstaat gevestigd. In dit scenario zijn alle betrokken staten gebonden aan de conceptrychlijn. Indien niet vastgesteld kan worden dat de participanten binnen de EU gevestigd zijn, kan de staat van de betaler een binnenlandse belasting heffen op de uitgaande betaling. Indien vaststaat dat de participanten zich in de EU bevinden, heeft de bronstaat dus niet het recht om de betaling te belasten. De brievenbusvennootschap blijft in de vestigingsstaat inwoner voor belastingdoeleinden en zal daar moeten voldoen aan de verplichtingen op grond van nationale wetgeving. In de staat van de participanten dienen de betalingen aan de brievenbusvennootschap in het belastbaar inkomen van de participanten te worden betrokken overeenkomstig de nationale wetgeving. Eventueel kan vermindering worden verleend voor het bedrag dat de bronstaat geheven heeft. Ook zal in het land van de participanten rekening gehouden worden met de betaalde belasting in de vestigingsstaat van de brievenbusvennootschap.<sup>33</sup>
3. Bij scenario drie is de staat van de betaler (bronstaat) een EU-lidstaat, stroomt de betaling door een EU-brievenbusvennootschap en zijn de participanten van de brievenbusvennootschap in een derde land gevestigd. In dit geval zijn alleen de bronstaat en de vestigingsstaat van de brievenbusvennootschap aan de richtlijn gebonden. De bronstaat zal de betaling belasten overeenkomstig de nationale wetgeving en een eventueel belastingverdrag met het derde land van de participanten. De brievenbusvennootschap blijft in de vestigingsstaat inwoner voor belastingdoeleinden en zal daar moeten voldoen aan de verplichtingen op grond van nationale wetgeving. De staat van de participanten is in dit scenario een derde land, dat niet verplicht is om de betalingen in het belastbaar inkomen te betrekken. Wel kan een belastingverdrag met de bronstaat van toepassing zijn.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 14.

<sup>33</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 14.

<sup>34</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 15.

4. In het laatste scenario is de staat van de betaler (bronstaat) een derde land, stroomt de betaling door een EU-brievenbusvennootschap en zijn de participanten van de brievenbusvennootschap in een derde land gevestigd. In dit geval is alleen de vestigingsstaat van de brievenbusvennootschap aan de richtlijn gebonden. De bronstaat kan een binnenlandse belasting heffen op de uitgaande betaling of kan besluiten een eventueel belastingverdrag toe te passen met het derde land van de participant, indien de bronstaat de brievenbusvennootschap als transparant beschouwd. De brievenbusvennootschap blijft in de vestigingsstaat inwoner voor belastingdoeleinden en zal daar moeten voldoen aan de verplichtingen op grond van nationale wetgeving. De staat van de participanten is in dit scenario een derde land, dat niet verplicht is om de betalingen in het belastbaar inkomen te betrekken. Wel kan een belastingverdrag met de bronstaat van toepassing zijn.<sup>35</sup>
5. Andere scenario's waarin de brievenbusvennootschap buiten de EU gevestigd is, zijn uiteraard ook mogelijk. Deze vallen echter buiten het toepassingsgebied van ATAD3.

De zevende stap en laatste stap van ATAD3 voorziet in de automatische uitwisseling van informatie. Hierbij is het doel dat lidstaten in staat moeten zijn om alle informatie te ontvangen die door ondernemingen is verstrekt voor toepassing van de conceptrichtlijn. Wanneer bedrijven de gateway passeren, wordt alle informatie die zij verstrekken vanaf deze eerste stap uitgewisseld. Uitwisseling vindt ook plaats wanneer een lidstaat heeft beoordeeld dat een onderneming voldoet aan de tegenbewijsmogelijkheid of de vrijstelling. Andere lidstaten kunnen verzoeken om een belastingcontrole aan de lidstaat waar de onderneming is gevestigd, om te onderzoeken of de onderneming een brievenbusvennootschap vormt. Wanneer om een dergelijke controle wordt verzocht, moet de controle uitgevoerd worden binnen een redelijke termijn en het resultaat ervan moet worden gedeeld met de verzoekende lidstaat. De informatie zal automatisch uitgewisseld worden via een centrale gegevensbank. De informatie-uitwisseling dient plaats te vinden binnen 30 dagen vanaf het tijdstip waarop de betreffende lidstaat over de informatie beschikt, dus 30 dagen na ontvangst van de belastingaangifte, 30 dagen nadat beoordeeld is dat de onderneming voldoet aan de tegenbewijsmogelijkheid of de vrijstelling, of 30 dagen na de afronding van het onderzoek naar de onderneming. Om de informatie-uitwisseling mogelijk te maken, zal de administratieve samenwerkingsrichtlijn (DAC) worden aangepast.<sup>36</sup>

De conceptrichtlijn biedt vrijheid aan de lidstaten om sancties vast te stellen wanneer ondernemingen niet voldoen aan de rapportageverplichtingen, zoals het in de aangifte aangeven dat het een

---

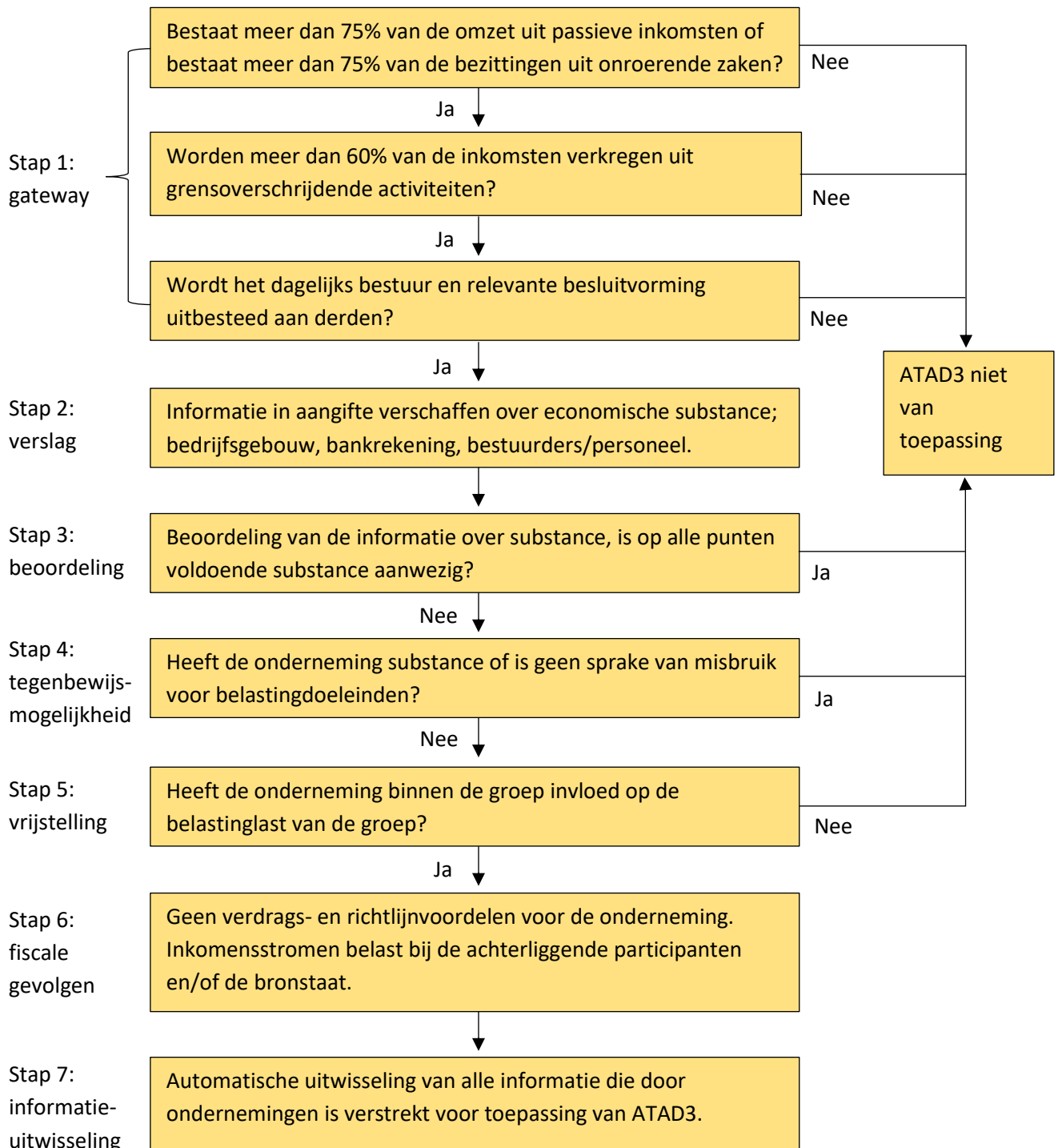
<sup>35</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 15.

<sup>36</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 15.

brievenbusvennootschap is. De sancties dienen een minimumboete te bevatten van ten minste 5% van de omzet van de onderneming. Met dit minimum wordt voorkomen dat sancties op grond van de nationale wetgeving van lidstaten niet afschrikwekkend genoeg zouden zijn.<sup>37</sup>

Om de verschillende stappen van ATAD3 overzichtelijk te maken, bevat onderstaande figuur een samenvatting van de zeven stappen van ATAD3.

*Figuur 1: de zeven stappen samengevat*



<sup>37</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 16.

## 2.4. Timingsproblematiek rondom ATAD3

ATAD3 brengt een aantal belangrijke timingsmomenten met zich mee. Deze timing is op bepaalde punten opvallend.

Ten eerste dient de richtlijn, naar de huidige stand van zaken, op 1 januari 2024 in werking te treden. In de nationale wetgeving van lidstaten dient ATAD3 op 30 juni 2023 geïmplementeerd te zijn.<sup>38</sup> Dit is opvallend, omdat binnen de EU (nog) geen consensus over de richtlijn bereikt is. Het is dan ook, iets meer dan een half jaar voordat de richtlijn geïmplementeerd dient te zijn in de nationale wetgeving, nog onduidelijk of de richtlijn überhaupt aangenomen gaat worden. Ook aanpassingen aan de richtlijn zijn nog mogelijk. Zo heeft de zogenoemde ‘economic and monetary affairs committee’ een voorstel aangenomen om het toepassingsbereik van ATAD3 te verbreden en sancties te verscherpen. Bij het aannemen van de richtlijn, dient de Europese Raad rekening te houden met dit voorstel.<sup>39</sup> De belastingdienst geeft aan dat de implementatiedatum van 30 juni 2023 ambitieus is, als gevolg van de uitwisseling van informatie omtrent brievenbusvennootschappen. Dit betekent voor de belastingdienst een grote ICT-operatie.<sup>40</sup> Mede dankzij deze onzekerheden rondom ATAD3, heeft het Europees Parlement geadviseerd om de inwerkingtreding van de richtlijn uit te stellen naar 1 januari 2025.<sup>41</sup> Deze uitgestelde deadline lijkt mij realistischer en beter uitvoerbaar voor de lidstaten.

Een tweede timingsmoment speelt rondom de gateway-criteria. ATAD3 kent drie gateway-criteria, namelijk dat de omzet voor 75% of meer bestaat uit passieve inkomsten, dat meer dan 60% van de inkomsten verkregen wordt uit grensoverschrijdende activiteiten en dat het dagelijks bestuur en relevante besluitvorming is uitbesteed aan derden. Het wel of niet voldoen aan de criteria wordt bepaald op basis van de voorgaande twee belastingjaren.<sup>42</sup> De onzekerheid rondom de datum van inwerkingtreding van ATAD3, creëert onzekerheid over de bepaling van de twee voorafgaande belastingjaren. Indien 1 januari 2024 wordt aangehouden, valt het belastingjaar 2022 al onder de relevante periode voor de gateway-criteria. Indien echter de inwerkingtreding uitgesteld wordt naar 1 januari 2025, is het belastingjaar 2023 in beginsel het eerste relevante jaar voor de gateway-criteria. Daarnaast vloeit mijns inziens onzekerheid voort uit de definitie van het belastingjaar. In artikel 3 lid 2 van de conceptrichtlijn, wordt een belastingjaar gedefinieerd als een belastingjaar, kalenderjaar of een andere relevante periode voor belastingdoeleinden. Bij mij doet zich de vraag voor hoe dit criterium

---

<sup>38</sup> Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N* 2022/3.11.

<sup>39</sup> Europees Parlement, A-serie, Commissie-rapport, nr. 0293 van 2022.

<sup>40</sup> *Kamerstukken II*, 2021/2022, 22 112, nr. 2, p. 8.

<sup>41</sup> Europees Parlement, C-serie, Gemeenschappelijk standpunt/Voorstel van de Commissie, nr. 0434 van 2021.

<sup>42</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 26.

ingevuld gaat worden indien de vorige twee belastingjaren (nog) niet beschikbaar zijn. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer een belastingplichtige uitstel van aangifte heeft gehad. Een andere belangrijke situatie waarbij de invulling van de tweejaarstermijn onduidelijk is, is de relatief veelvoorkomende situatie van een nieuw opgerichte onderneming. Nieuw opgerichte ondernemingen hebben nog geen twee voorgaande belastingjaren om aan de gateway-criteria te toetsen. Zoals het er nu naar uitziet, kan een dergelijke onderneming pas als brievenbusvennootschap kwalificeren na drie jaar, wanneer de nieuwe onderneming hun derde belastingaangifte indient. Gezien het eerder besproken doel van ATAD3 om fiscaal misbruik van brievenbusvennootschappen binnen de EU tegen te gaan, kan dit mijns inziens niet de bedoeling zijn. De situatie van een nieuw opgerichte onderneming zal regelmatig voorkomen, dus een verduidelijking op dit punt is voor belastingplichtigen zeer welkom.

De volgende opvallende termijn is de termijn van vijf jaar. Indien een onderneming met succes heeft weerlegd dat sprake is van een brievenbusvennootschap, kan deze weerlegging met vijf jaar worden verlengd bij ongewijzigde omstandigheden. Het is nuttig dat deze termijn is opgenomen in de conceptrichtlijn. Dit verlaagt de uitvoeringskosten voor de belastingdienst en de compliance kosten van belastingplichtigen. Onduidelijk is echter waarom voor vijf jaar gekozen is. De staatssecretaris stelt dat dit waarschijnlijk een beleidsmatige afweging is geweest om de uitvoeringslasten op een verantwoorde wijze zo laag mogelijk te houden.<sup>43</sup>

Het laatste timingselement dat speelt rondom de conceptrichtlijn ziet op stap 7 van ATAD3. Stap 7 van ATAD3 bevat de informatie-uitwisseling. De informatie-uitwisseling dient, zoals in paragraaf 2.3 is besproken, plaats te vinden binnen 30 dagen vanaf het tijdstip waarop de betreffende lidstaat over de informatie beschikt. De belastingdienst geeft aan dat dit een (te) kort tijdsbestek is en dat zij niet kan garanderen dat de termijn van 30 dagen gehaald kan worden. De belastingdienst pleit daarom voor een verruiming van de 30-dagen termijn.<sup>44</sup>

## **2.5. ATAD3 en misbruik van recht-jurisprudentie**

De zeven stappen van ATAD3 zijn niet volledig nieuw. Voor een deel zijn deze stappen te herkennen in de misbruik van recht-jurisprudentie van het Hof van Justitie (hierna: HvJ). Misbruik van recht jurisprudentie vindt zijn oorsprong in het arrest TV 10. Uit dit arrest blijkt dat lidstaten een beroep op het EU-recht niet hoeven te honoreren, indien dat beroep geheel niet in lijn is met het doel van het

---

<sup>43</sup> *Kamerstukken II, 2021/2022, 22 112, nr. 2, p. 3.*

<sup>44</sup> *Kamerstukken II, 2021/2022, 22 112, nr. 2, p. 1.*

desbetreffende EU-recht.<sup>45</sup> Binnen de indirecte belastingen is het arrest Emsland-Stärke GmbH het eerste arrest waarin het HvJ invulling geeft aan het misbruik van recht begrip. In dit arrest worden twee criteria geïntroduceerd die een begin vormen van het huidige misbruik van recht begrip. Deze twee criteria zijn ten eerste de omstandigheid dat het doel van het betreffende EU-recht niet wordt behaald en ten tweede dat sprake is van een kunstmatig gecreëerde situatie.<sup>46</sup> Uit het arrest Halifax blijkt dat misbruik van recht mede van toepassing is op de btw. Misbruik van recht is binnen de btw van toepassing indien een handeling ertoe leidt dat een belastingplichtige in strijd met het doel van de btw-richtlijn een belastingvoordeel realiseert en uit het geheel van objectieve factoren blijkt dat die handeling als oogmerk heeft gehad om het belastingvoordeel te behalen. Een van deze factoren is wanneer de handelingen volledig kunstmatig zijn.<sup>47</sup>

Ook binnen de directe belastingen blijkt uit jurisprudentie van het HvJ dat misbruik van recht van toepassing is. Zoals Niederer<sup>48</sup> signaleert, hanteert het Hof van Justitie twee verschillende routes voor het aanpakken van misbruik binnen de directe belastingen.<sup>49</sup> De eerste route is misbruik van recht als (proportionele) rechtvaardigingsgrond, een route die blijkt uit de arresten X GmbH en Cadbury Schweppes. De tweede route is het misbruik van recht-begrip als zelfstandig EU-rechtsbeginsel. Deze route volgt uit de Deense zaken en Deister & Juhler Holding.

De eerste route betreft misbruik van recht als proportionele rechtvaardigingsgrond, zoals blijkt uit de arresten Cadbury Schweppes en X GmbH. In deze arresten doorloopt het HvJ de beslisboom waaruit kan worden bepaald of er een ongeoorloofde inbreuk is gemaakt op een van de Europese verkeersvrijheden. De beslisboom bestaat uit vier vragen. In de eerste vraag wordt bepaald of de belastingplichtige toegang heeft tot het EU-recht. Indien deze met ja wordt beantwoord, is de tweede vraag die gesteld wordt of inbreuk wordt gemaakt op het EU-recht, waarbij inbreuk voornamelijk ziet op discriminatie of belemmering. Indien de tweede vraag met ja wordt beantwoord, is de derde vraag of een rechtvaardigingsgrond ingeroepen kan worden ten aanzien van de inbreuk. Als ook deze vraag met ja beantwoord wordt, is de vierde en laatste vraag of de ingeroepen rechtvaardigingsgrond proportioneel is.<sup>50</sup> In het arrest Cadbury Schweppes werden de internationale groepsfinancieringsactiviteiten van de twee Ierse dochtervennootschappen van een moedervernootschap in het Verenigd

---

<sup>45</sup> HvJ 5 oktober 1995, nr. C-23/93, ECLI:EU:C:1994:362 (*TV 10 SA tegen Commissariaat voor de Media*).

<sup>46</sup> HvJ 14 december 2000, nr. C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695 (*Emsland-Stärke GmbH*).

<sup>47</sup> HvJ 21 februari 2006, nr. C-255/02, ECLI:EU:C:2006:122 (*Halifax plc*).

<sup>48</sup> Niederer, *WFR* 2022/39.

<sup>49</sup> Een derde route valt ook te signaleren aan de hand van het secundaire EU-recht, maar deze route zal niet aan bod komen in dit onderzoek.

<sup>50</sup> Kiekebeld en van Eijdsden 2009, p. 6.

Koninkrijk (VK) belast tegen een significant lager tarief ten opzichte van hoe een groepsfinanciering binnen het VK belast zou worden. Daarom gold in het VK een CFC-bepaling, als gevolg waarvan de Ierse winst werd belast in de VK na verrekening van de Ierse belasting. Volgens het HvJ was hier toegang tot het EU-recht en was sprake van een belemmering van de vrijheid van vestiging. Ten aanzien van de derde en vierde vraag, stelt het HvJ dat een dergelijke belemmering enkel gerechtvaardigd is indien sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit en enkel bedoeld is om nationale belasting te ontwijken. De bepaling hiervan dient te berusten op objectieve elementen van substance, waaronder de aanwezigheid van arbeid en kapitaal bij de dochtervennootschap wordt verstaan.<sup>51</sup> Vergelijkbaar met *Cadbury Schweppes*, ziet ook *X GmbH* op CFC-regelgeving. In *X GmbH* verwijst het HvJ naar het eerstgenoemde arrest en herhaalt dat een belemmering gerechtvaardigd is indien sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit.<sup>52</sup>

De tweede route is de route van misbruik van recht als zelfstandig EU-rechtsbeginsel. De zaken *Deister & Juhler Holding* draaiden niet om de verkeersvrijheden, maar om een antimisbruikmaatregel van het secundaire EU-recht, namelijk de MD-richtlijn. In deze zaak werd een nationale antimisbruikmaatregel getoetst aan de antimisbruikmaatregel van de MD-richtlijn om te bepalen of een Unierechtelijk voordeel kon worden toegekend.<sup>53</sup> In de Deense zaken werden de Unierechtelijke voordelen geweigerd door de fiscus, omdat sprake zou zijn van misbruik zonder dat daar een nationale antimisbruikbepaling aan te pas kwam. Het Unierechtelijk voordeel kon worden ontzegd indien sprake was van een volstrekt kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit. Uit de Deense arresten blijkt dat hier geen nationale antimisbruikbepaling voor nodig is. Het HvJ formuleert een zelfstandig misbruik van recht-beginsel, op grond waarvan lidstaten verplicht zijn om Unierechtelijke voordelen te weigeren indien sprake is van misbruik van recht. Voor de belastingplichtige moet volgens het HvJ de mogelijkheid bestaan om aannemelijk te maken dat sprake is van een economische activiteit. In tegenstelling tot de eerste route, kan dit ook aannemelijk gemaakt worden op basis van andere feiten en omstandigheden dan enkel de substance-elementen. Een van de elementen die naast de substance speelt, is de intentie van de belastingplichtige om een Unierechtelijk voordeel te verkrijgen. Een ander verschil met de eerste route, is dat de aanwezigheid van een doorstroomvennootschap gekoppeld wordt aan het begrip kunstmatige constructie. Wanneer belasting wordt ontweken doordat aan de structuur een doorstroomvennootschap wordt toegevoegd tussen de uitkerende vennootschap en de uiteindelijk gerechtigde tot de voordelen, is sprake van een

---

<sup>51</sup> HvJ 12 september 2006, nr. C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*).

<sup>52</sup> HvJ 26 februari 2019, nr. C-135/17, ECLI:EU:C:2019:136 (*X GmbH*).

<sup>53</sup> HvJ 20 december 2017, nr. C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009 (*Deister & Juhler Holding*).



kunstmatige constructie. Een aantal aanwijzingen voor het aanwezig zijn van een doorstroomvennootschap, is het ontbreken van substance, het zeer snel na ontvangst van voordelen deze doorsluizen naar entiteiten die geen toegang hebben tot het EU-recht, of het ontbreken van de bevoegdheid om vanuit economisch opzicht over de ontvangen voordelen te beschikken. In deze tweede route zien we dat de gehele concernstructuur relevant is voor de bepaling of sprake is van misbruik van recht, terwijl in de eerste route dit gezien werd vanuit de vennootschap zelf.<sup>54</sup>

Van beide routes kunnen elementen teruggevonden worden in het stappenplan van ATAD3. De eerste stap van ATAD3 (de gateway) bevat een aantal criteria, die doen denken aan de voorbeelden van indicatoren voor doorstroomvennootschappen die het HvJ noemt in de Denmark zaken. De criteria zijn echter niet volledig gelijk. In de Denmark zaken wordt gesproken over het ontbreken van substance, het zeer snel na ontvangst van voordelen deze doorsluizen naar entiteiten die geen toegang hebben tot het EU-recht, of het ontbreken van de bevoegdheid om vanuit economisch opzicht over de ontvangen voordelen te beschikken.<sup>55</sup> Daarentegen zijn de gateway criteria van ATAD3 hoe mobiel het inkomen is, of het inkomen voornamelijk een grensoverschrijdend karakter heeft en of de dagelijkse administratie en sleutelfuncties uitbesteed zijn.<sup>56</sup> Het verschaffen van relevante informatie over de substance van de vennootschap in stap twee en de beoordeling hiervan in stap drie van ATAD3, vertonen overeenkomsten met de eerste route. In de eerste route, dient de bepaling van economische realiteit te berusten op objectieve elementen van substance.<sup>57</sup> In de twee en derde stap van ATAD3 wordt informatie verschaft en beoordeeld over economische substance, waaronder bedrijfsgebouw, bankrekening, bestuurders en/of personeel.<sup>58</sup> Dit zijn objectieve elementen van substance. In de vierde stap van ATAD3 (de tegenbewijsregeling) is de benadering van de tweede route weer te zien, waar naast objectieve elementen van substance, ook andere elementen relevant kunnen zijn.<sup>59</sup> In de tegenbewijsmogelijkheid van de vierde stap, wordt namelijk naar alle feiten en omstandigheden van het geval gekeken, waaronder de organisatorische, economische en andere relevante kenmerken van de onderneming.<sup>60</sup> Ook de vijfde stap van ATAD3 komt overeen met de tweede route. De vrijstelling bevat een mogelijkheid om aannemelijk te maken dat de belastinglast van de groep gelijk is met of zonder de doorstroomvennootschap.<sup>61</sup> Dit sluit aan bij de tweede route, waarin enkel sprake is van

---

<sup>54</sup> HvJ 26 februari 2019, nr. C-116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135 (*T Denmark*).

<sup>55</sup> HvJ 26 februari 2019, nr. C-116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135 (*T Denmark*).

<sup>56</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 26.

<sup>57</sup> HvJ 12 september 2006, nr. C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*).

<sup>58</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 10 en 11.

<sup>59</sup> HvJ 26 februari 2019, nr. C-116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135 (*T Denmark*).

<sup>60</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 12.

<sup>61</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 12.

een doorstroomvennootschap indien belasting wordt ontweken.<sup>62</sup> In stap zes van ATAD3 wordt bepaald dat doorstroomvennootschappen geen recht hebben op toepassing van EU-richtlijnen en/of belastingverdragen. Stap 6, dat de fiscale gevolgen van ATAD3 bevat, bepaalt vervolgens welke lidstaat heffingsrecht heeft over het inkomen dat naar of van de brievenbusvennootschap stroomt.<sup>63</sup> Ook hier komt route twee in terug, waar de belastingplichtige geen toegang heeft tot het EU-recht indien misbruik van recht plaatsvindt en waaruit de doorkijkbenadering blijkt.<sup>64</sup>

Misbruik van recht vertoont dus veel overeenkomsten met ATAD3. Ik meen dan ook dat brievenbusvennootschappen in de zin van ATAD3, onder de werkingsruimte van het misbruik van recht-begrip vallen. Het is daarbij wel nog van belang om de kanttekening te maken dat misbruik van recht breder werkt dan ATAD3. Niet alle misbruik van recht gevallen vallen dus onder ATAD3.

## 2.6. Het beginsel van Unietrouw

ATAD3 vereist een hoge mate van samenwerking tussen lidstaten. De verkregen informatie door de lidstaat waar een brievenbusvennootschap is gevestigd, dient snel uitgewisseld te worden. De lidstaat waar de onderneming is gevestigd, bepaalt of de onderneming kwalificeert als brievenbusvennootschap en of deze aan de tegenbewijsmogelijkheid of vrijstelling voldoet. Andere lidstaten kunnen aan de lidstaat van vestiging verzoeken om te onderzoeken of de onderneming kwalificeert als brievenbusvennootschap, maar zij hebben in principe geen invloed op de uitkomst van dit onderzoek. Vermeulen stelt terecht de vraag wat de waarde is van het oordeel van de lidstaat waar de brievenbusvennootschap gevestigd is.<sup>65</sup> Uit de conceptrichtlijn blijkt namelijk niet dat de andere lidstaten hieraan gebonden zijn.

Hoewel uit de conceptrichtlijn niet expliciet blijkt dat andere lidstaten aan het oordeel van de vestigingslidstaat zijn gebonden, kan in de mogelijkheid van het verzoeken om een belastingonderzoek, het beginsel van Unietrouw worden gelezen. Het beginsel van loyale samenwerking (Unietrouw) is vastgelegd in art. 4 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU). Volgens dit beginsel dienen lidstaten maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van EU-verplichtingen te verzekeren. Ook houdt het beginsel in dat de lidstaten zich dienen te onthouden van alle maatregelen die nakoming van EU-verplichtingen in gevaar kunnen brengen. Door niet expliciet vast te leggen dat het oordeel van de lidstaat van vestiging bindend is, lijkt de

---

<sup>62</sup> HvJ 26 februari 2019, nr. C-116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135 (*T Danmark*).

<sup>63</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 13.

<sup>64</sup> HvJ 26 februari 2019, nr. C-116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135 (*T Danmark*).

<sup>65</sup> Vermeulen, *V-N* 2022/16.0.

Commissie volgens Vermeulen te vertrouwen dat Unietrouw van toepassing is.<sup>66</sup> Dit kan in de toekomst potentieel problemen opleveren volgens hem. Wanneer een lidstaat weigert om het oordeel van de lidstaat van vestiging te erkennen, zal discussie kunnen ontstaan over het al dan niet van toepassing zijn van Unietrouw. Mijns inziens zal deze discussie echter minimaal zijn, aangezien uit voorgaande jurisprudentie van het HvJ blijkt dat Unietrouw een zeer uitgebreid toepassingsbereik heeft.<sup>67</sup> Daarom verwacht ik dat andere lidstaten gebonden zijn aan het oordeel van de vestigingsstaat.

## 2.7. Deelconclusie

Op 22 december 2021 is de conceptrichtlijn ATAD3 gepubliceerd. Het doel van de conceptrichtlijn is om misbruik van brievenbusvennootschappen voor belastingdoeleinden tegen te gaan. De werking van ATAD3 is in dit hoofdstuk besproken aan de hand van de volgende deelvraag: hoe is ATAD3 vormgegeven en hoe verhoudt het zich tot het overige EU-recht?

De conceptrichtlijn bestaat uit zeven stappen, waarin bepaald wordt of een onderneming voldoende substance heeft en welke gevolgen hieraan verbonden worden. In de eerste stap wordt bepaald welke ondernemingen zich dienen te melden aan de hand van een gateway met drie criteria. De tweede stap betreft het maken van een melding over economische substance. In de derde stap wordt de informatie die verstrekt is in de melding beoordeeld. De vierde stap bevat een tegenbewijsmogelijkheid voor de onderneming om te bewijzen dat zij substance heeft of dat geen misbruik plaatsvindt voor belastingdoeleinden. De vijfde stap is een vrijstelling wegens het ontbreken van fiscale motieven. De zesde stap bevat de fiscale gevolgen. De vestigingsstaat van de brievenbusvennootschap zal geen woonplaatsverklaring afgeven, waardoor deze onderneming geen recht heeft op verdrags- of richtlijnvoordelen. De heffingsbevoegdheid wordt vervolgens verdeeld aan de hand van de doorkijkbenadering. Afsluitend voorziet de zevende stap in de automatische uitwisseling van informatie via het beschikbaar stellen van gegevens in een centraal repertorium, alsmede een mogelijk verzoek om een belastingcontrole uit te voeren.

Rondom ATAD3 speelt op verschillende punten timingsproblematiek. Zo bestaat onzekerheid rondom de inwerkingtreding, is de tweejaarstermijn op bepaalde punten onduidelijk en is de informatie-uitwisselingstermijn van 30 dagen potentieel onuitvoerbaar voor de belastingdienst.

---

<sup>66</sup> Vermeulen, *V-N* 2022/16.0.

<sup>67</sup> Zie o.a. HvJ 13 juli 1972, C- 48/71 (*Commissie/Italië*) en HvJ 6 september 2018, C-527/16 (*Alpenrind*).

ATAD3 is niet de eerste wijze waarop brievenbusvennootschappen worden aangepakt binnen de EU. Het Hof van Justitie heeft namelijk het misbruik van recht-begrip ontwikkeld, waarin twee routes kunnen worden onderscheiden binnen de directe belastingen. De eerste route is misbruik als (proportionele) rechtvaardigingsgrond, een route die blijkt uit de arresten X GmbH en Cadbury Schweppes. Uit deze route volgt dat de bepaling van misbruik dient te geschieden aan de hand van objectieve indicatoren van substance. De tweede route is het misbruik van recht-begrip als zelfstandig EU-rechtsbeginsel. Deze route volgt met name uit de Deense zaken en Deister & Juhler Holding. In tegenstelling tot de eerste route, spelen hier andere feiten en omstandigheden dan enkel substance een rol. Een van de elementen die naast de substance speelt, is de intentie van de belastingplichtige om een Unierechtelijk voordeel te verkrijgen. Ook wordt in deze tweede route de basis gelegd voor een doorkijkbenadering. Van beide routes kunnen elementen teruggevonden worden in vrijwel alle stappen van het stappenplan van ATAD3.

ATAD3 vereist een hoge mate van samenwerkingen tussen lidstaten. Hoewel uit de conceptrichtlijn niet expliciet blijkt dat andere lidstaten aan het oordeel van de vestigingslidstaat zijn gebonden, volgt dit wel uit het beginsel van Unietrouw.

Nu de werking van de conceptrichtlijn duidelijk is geworden, zullen in hoofdstuk 3 de gevolgen van ATAD3 voor het Nederlandse belastingstelsel aan bod komen.

# Hoofdstuk 3 – De implementatie van ATAD3

---

## 3.1. Inleiding

ATAD3 gaat brievenbusvennootschappen tegen door middel van een stappenplan bestaande uit zeven stappen, die in hoofdstuk 2 toegelicht zijn. Als conceptrichtlijn zal ATAD3 met zijn stappenplan uiteindelijk geïmplementeerd moeten worden in het Nederlandse belastingstelsel. Deze implementatie brengt vele gevolgen met zich mee voor het Nederlandse belastingstelsel. ATAD3 heeft invloed op onder andere de inkomstenbelasting, de vennootschapsbelasting, de bronbelastingen en het Nederlands verdragsstelsel. In dit hoofdstuk worden deze potentiële gevolgen besproken aan de hand van de volgende deelvraag:

*Welke gevolgen zal de implementatie van ATAD3 hebben op het Nederlandse belastingstelsel, waaronder de inkomstenbelasting, bronbelastingen, vennootschapsbelasting en het Nederlands verdragsstelsel?*

ATAD3 speelt met name in de vennootschapsbelasting. De gevolgen hiervan worden in paragraaf 3.2 besproken. Vervolgens komen in paragraaf 3.3 de verwachte gevolgen van ATAD3 op de bronbelastingen, namelijk de dividendbelasting en de conditionele bronbelasting, aan bod. In paragraaf 3.4 worden de gevolgen van ATAD3 op het Nederlands verdragsstelsel uiteengezet. In paragraaf 3.5 komt de implementatie van ATAD3 binnen de inkomstenbelasting aan bod. Hierbij worden zowel box 1, box 2 als box 3 besproken. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie.

## 3.2. De gevolgen voor de vennootschapsbelasting

### 3.2.1. Algemene gevolgen voor de vennootschapsbelasting

ATAD3 heeft in Nederland voornamelijk gevolgen op de vennootschapsbelasting. De implementatie van ATAD3 in de vennootschapsbelasting is daarom zeer relevant. ATAD3 speelt ten aanzien van alle vennootschappen, die in Nederland voor het overgrote gedeelte in de vennootschapsbelasting betrokken zullen worden. Het stappenplan van ATAD3 zal dus zowel voor samenwerkingsverbanden met vennootschappen als participanten, als voor de ‘reguliere’ vennootschappen in de

vennootschapsbelasting geïmplementeerd moeten worden. Ik zal bijzondere aandacht besteden aan stap 6 van ATAD3, de fiscale gevolgen.

Zoals in hoofdstuk 2 is besproken, zien de fiscale consequenties van ATAD3 op verschillende niveaus. Ten eerste is het niveau van de betaler van belang (dit zal veelal de dochteronderneming van de brievenbusvennootschap zijn). Op het niveau van de betaler (indien deze in Nederland is gevestigd), zullen de MD-richtlijn en de RR-richtlijn niet langer van toepassing zijn in verhouding tot de brievenbusvennootschap. Dit volgt uit artikel 11 van ATAD3, waarin staat de andere lidstaten dan de lidstaat van de brievenbusvennootschap geen rekening houden met de belastingvoordelen uit de MD-richtlijn. De Nederlandse vennootschapsbelasting heft niet over uitgaande dividenden, rente en royalty. Heffing vindt immers plaats bij de verkrijger van de voordelen. Nederland hoeft op grond hiervan de vennootschapsbelasting niet te wijzigen ter implementatie van ATAD3 op niveau van de betaler. Voor de dividendbelasting, zal ATAD3 op dit niveau wel relevante gevolgen hebben. De gevolgen voor de dividendbelasting zullen in paragraaf 3.4 aan bod komen.

Ten tweede is de brievenbusvennootschap zelf van belang. Op het niveau de lidstaat waar de brievenbusvennootschap gevestigd is, wordt afgifte van de woonplaatsverklaring geweigerd of een woonplaatsverklaring met waarschuwingsverklaring afgegeven. Dit vormt enkel een administratieve procedure voor Nederland en heeft geen implicaties voor de vennootschapsbelasting. Op het niveau van de brievenbusvennootschap wordt belasting geheven volgens het reguliere nationale systeem. Hiervoor hoeven in de vennootschapsbelasting geen wijzigingen plaats te vinden. Zoals Doeleman beargumenteert, zal op grond van het huidige systeem van de vennootschapsbelasting de deelnemingsvrijstelling reeds niet van toepassing zijn op niveau van de brievenbusvennootschap.<sup>68</sup> Immers volgt uit de in hoofdstuk 2 besproken misbruik van recht jurisprudentie, dat een entiteit met onvoldoende substance niet in aanmerking komt voor belastingvoordelen die uit het EU-recht volgen. Daarom zal bij brievenbusvennootschappen de deelnemingsvrijstelling geweigerd worden volgens het bestaande systeem van de vennootschapsbelasting in combinatie met EU-recht.

Ten derde zijn de participanten van de brievenbusvennootschap van belang. Hiervoor wordt transparantie van de brievenbusvennootschap geïntroduceerd, waardoor het inkomen wordt toegerekend aan de achterliggende participanten. Het inkomen wordt vervolgens in de vestigingsstaat van de participanten in de nationale wetgeving betrokken alsof het inkomen direct van de betaler kwam (zonder tussenkomst van de brievenbusvennootschap). De MD-richtlijn is op grond van ATAD3 niet van toepassing op dit inkomen. Andere lidstaten dan de lidstaat van vestiging van de

---

<sup>68</sup> Doeleman, *NLFW 2022/17*.

brievenbusvennootschap dienen immers de MD-richtlijn niet toe te passen op grond van art. 11 lid 1 van ATAD3. In de literatuur is aan bod gekomen in hoeverre de deelnemingsvrijstelling een implementatie van de MD-richtlijn is en in hoeverre de deelnemingsvrijstelling derhalve buiten toepassing moet blijven ten aanzien van brievenbusvennootschappen. Indien de deelnemingsvrijstelling buiten toepassing dient te blijven, zullen de voordelen uit deelneming verkregen door de brievenbusvennootschap, belast moeten worden in de vennootschapsbelasting. Deze problematiek zal besproken worden in paragraaf 3.3.1.

Op het niveau van de participanten van de brievenbusvennootschap heeft het achterwege blijven van de RR-richtlijn geen gevolgen voor de vennootschapsbelasting. De RR-richtlijn voorziet immers in een vrijstelling op uitgaande rente- en royaltybetalingen in EU-situaties.<sup>69</sup> Bij de participanten is de betaling niet uitgaand en daarmee de RR-richtlijn niet relevant. De vennootschapsbelasting zal daarvoor dus niet aangepast hoeven te worden. Het laatste relevante element in de lidstaat van de participanten van de brievenbusvennootschap, is dat de op het niveau van de brievenbusvennootschap geheven belasting wordt verrekend met de verschuldigde belasting in de lidstaat van de participanten. Hiervoor zal in de Nederland een bepaling opgenomen moeten worden die dit mogelijk maakt.

### **3.2.2. Deelnemingsvrijstelling**

Op 1 januari 1992 is de MD-richtlijn in werking getreden. De MD-richtlijn beoogt de fiscale belemmeringen weg te nemen in de verhouding tussen moedermaatschappijen en hun dochterondernemingen, gevestigd in verschillende lidstaten. Om dit te bereiken, bevat de MD-richtlijn regels die bepalen dat door een moedermaatschappij ontvangen winstuitkeringen van een in een andere lidstaat gevestigde dochtermaatschappij, onder bepaalde voorwaarden worden vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Ook bepaalt de MD-richtlijn dat winstuitkeringen betaald door een dochtermaatschappij aan een moedermaatschappij, onder bepaalde voorwaarden vrijgesteld worden van bronbelasting.<sup>70</sup> In art. 4 van de MD-richtlijn wordt bepaald op welke wijze de lidstaten invulling dienen te geven aan de vrijstelling voor uitgekeerde winsten die een moedermaatschappij ontvangt van haar dochterondernemingen. Het begrip uitgekeerde winsten dient ruim te worden opgevat, maar uitkeringen bij liquidatie van dochtermaatschappijen vallen niet onder het begrip. De lidstaat van de moedermaatschappij dient de winstuitkeringen ofwel vrij te stellen, ofwel te belasten met aftrekmogelijkheid voor de vennootschapsbelasting die ten aanzien van de winstuitkering bij de dochtermaatschappij of enig kleindochtermaatschappij verschuldigd was. Om in aanmerking te komen voor de vrijstelling, dient aan een aantal voorwaarden te worden voldaan. Ten eerste dient zowel de

---

<sup>69</sup> Art. 1 Richtlijn 2003/49/EG (RR-richtlijn).

<sup>70</sup> Art. 4 en 5 Richtlijn 2011/96/EU (MD-richtlijn).

moeder- als de dochtervennootschap een bepaalde rechtsvorm te hebben zoals genoemd in bijlage I, onderdeel A van de richtlijn. Ten tweede dient de vennootschap haar fiscale woonplaats te hebben binnen de EU en dient de vennootschap onderworpen te zijn aan een specifieke vennootschapsbelasting zoals opgenomen in bijlage I, onderdeel B van de richtlijn.<sup>71</sup> Daarnaast dient de moedermaatschappij een belang van minimaal 10% te hebben in de dochtermaatschappij.<sup>72</sup> Sinds 1992 heeft de MD-richtlijn een aantal aanpassingen ondergaan. Zo is in 2005 het toepassingsbereik uitgebreid naar vaste inrichtingen.<sup>73</sup> Daarnaast dienden lidstaten per 1 januari 2016 twee aanpassingen in nationale wetgeving te implementeren. De belangrijkste aanpassing daarvan dient ter bestrijding van kunstmatig opgezette bedrijfsstructuren met als hoofddoel het ontgaan van belasting.<sup>74</sup>

Nederland kende haar deelnemingsvrijstelling al voor de invoering van de MD-richtlijn.<sup>75</sup> Door middel van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling kunnen inkomsten uit hoofde van deelneming onbelast worden genoten. Onder inkomsten uit hoofde van deelneming worden bijvoorbeeld dividenduitkeringen en winst bij verkoop van een deelneming verstaan. Om voor de deelnemingsvrijstelling in aanmerking te komen, dient de moedervennootschap een belang van minimaal 5% te hebben in de dochtervennootschap.<sup>76</sup> Deze 5% is breder dan de MD-richtlijn, die een belang van 10% hanteert. Een stemrecht van 5% vormt voldoet ook aan de voorwaarden voor de deelnemingsvrijstelling onder bepaalde aanvullende voorwaarden.<sup>77</sup> Om misbruik te voorkomen, is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op inkomsten uit niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen. Van een beleggingsdeelneming is sprake indien de deelneming gehouden wordt met een beleggingsoogmerk. Indien sprake is van een beleggingsdeelneming, kan de deelnemingsvrijstelling toch nog van toepassing zijn wanneer voldaan wordt aan de onderworpenheidstoets of de bezittingentoets. Een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming komt niet in aanmerking voor de deelnemingsvrijstelling, de inkomsten van een dergelijke deelneming worden tegen het reguliere vennootschapsbelastingtarief belast. De buitenlandse belastingdruk op de inkomsten kan hierbij verrekend worden volgens de deelnemingsverrekening.<sup>78</sup>

---

<sup>71</sup> Art. 2 Richtlijn 2011/96/EU (MD-richtlijn).

<sup>72</sup> Art. 3 Richtlijn 2011/96/EU (MD-richtlijn).

<sup>73</sup> Art. 2 onderdeel b Richtlijn 2011/96/EU (MD-richtlijn).

<sup>74</sup> Art. 1 lid 2 Richtlijn 2011/96/EU (MD-richtlijn).

<sup>75</sup> *Kamerstukken II*, 1991/1992, 22 334, nr. 3, p. 1-4.

<sup>76</sup> Art. 13 lid 2 Wet Vpb.

<sup>77</sup> Art. 13 lid 3 Wet Vpb.

<sup>78</sup> Art. 23c Wet Vpb.



Toen de MD-richtlijn in werking trad, kende Nederland al de deelnemingsvrijstelling. Om de MD-richtlijn in de vennootschapsbelasting te implementeren, heeft Nederland aanpassingen gemaakt aan de deelnemingsvrijstelling.<sup>79</sup> Ook de latere aanpassingen aan de MD-richtlijn heeft Nederland geïmplementeerd in de deelnemingsvrijstelling, zoals de aanpassing ter bestrijding van kunstmatig opgezette bedrijfsstructuren met als hoofddoel het ontgaan van belasting.<sup>80</sup> Volgens De Groot is het dan ook duidelijk dat de deelnemingsvrijstelling dient ter implementatie van de MD-richtlijn, voor de gevallen die onder het bereik van de MD-richtlijn vallen. Een extra argument hiervoor vormt dat de aard en doelstelling van de beide bepalingen overeenkomen, namelijk de voorkoming van economisch dubbele belasting.<sup>81</sup> Ook Doeleman stelt dat de deelnemingsvrijstelling ter implementatie van de MD-richtlijn dient. De wetgever heeft benoemd dat de deelnemingsvrijstelling op bepaalde punten een ruimere werking heeft dan de MD-richtlijn, maar voerde geen wijzigingen toe om de deelnemingsvrijstelling minder ruim te doen werken. Volgens Doeleman is dit echter geen teken dat de deelnemingsvrijstelling slecht een implementatie van de MD-richtlijn vormt voor zover het de strengere richtlijn volgt. Indien het past binnen het EU-recht, zijn lidstaten immers vrij om richtlijnen strikter te implementeren dan vereist.<sup>82</sup> In de Nederlandse deelnemingsvrijstelling is gekozen voor een wereldwijde reikwijdte, dus ook ten opzichte van landen buiten de EU. Destijds is aangegeven dat deze ruime reikwijdte past binnen het wereldwijd geldende karakter van de deelnemingsvrijstelling, zonder daarbij onderscheid te maken tussen deelnemingen binnen de EU en deelnemingen daarbuiten.<sup>83</sup> De Groot stelt dat hieruit kan worden afgeleid dat de deelnemingsvrijstelling beoogt om non-EU situaties gelijk te behandelen met situaties binnen de EU.<sup>84</sup> Toch houdt dit niet in dat de deelnemingsvrijstelling ten opzichte van derde landen een implementatie vormt van de MD-richtlijn. Derde landen vallen niet onder het bereik van de MD-richtlijn. Ten aanzien van derde landen, vormt de deelnemingsvrijstelling derhalve geen implementatie van de MD-richtlijn. ATAD3 schrijft enkel voor om de voordelen die voortvloeien uit de MD-richtlijn te weigeren. Dit gaat dus niet op ten opzichte van derde landen, aldus Doeleman.<sup>85</sup> Een andere gedachtegang is ook mogelijk ten aanzien van derde landen. Aangezien Nederland geen verschil maakt tussen intra-EU en niet-EU situaties, zou geconcludeerd kunnen worden dat de deelnemingsvrijstelling ook een implementatie is van de MD-richtlijn ten aanzien van derde landen. Mijns inziens zal dit echter niet het geval zijn. Ik sluit me aan bij de redenering van

---

<sup>79</sup> *Kamerstukken II, 1991/1992, 22 3334, nr. 3, p. 1-3.*

<sup>80</sup> *Zie Kamerstukken II, 2004/2005, 30 031, nr. 3 en Kamerstukken II, 2015/2016, 34 306, nr. 3.*

<sup>81</sup> De Groot, *WFR 2022/108*.

<sup>82</sup> Doeleman, *NLFW 2022/17*.

<sup>83</sup> *Kamerstukken II, 1991/1992, 22 338, nr. 3.*

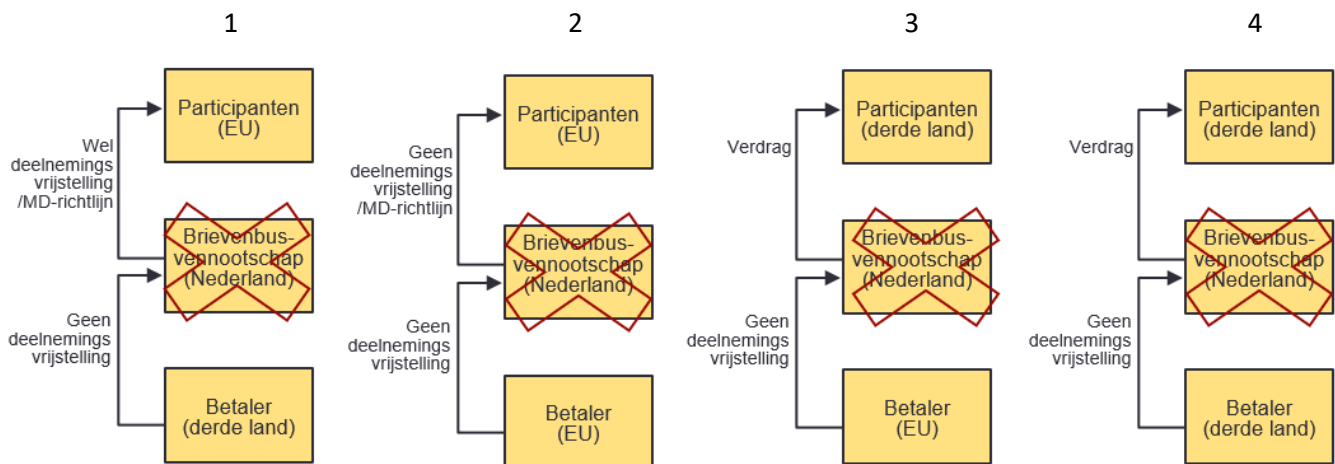
<sup>84</sup> De Groot, *WFR 2022/108*.

<sup>85</sup> Doeleman, *NLFW 2022/17*.

Doelman en ben dus van mening dat de deelnemingsvrijstelling ten aanzien van derde landen geen implementatie vormt van de MD-richtlijn.

Om de concrete gevolgen van ATAD3 voor de Nederlandse deelnemingsvrijstelling te bekijken, zal ik de vier mogelijke situaties doorlopen die zijn genoemd in hoofdstuk 2. De situaties zijn hieronder kort schematisch weergegeven.

*Figuur 2: gevolgen van ATAD3 op de deelnemingsvrijstelling*



1. In scenario één is de staat van de betaler (bronstaat) een derde land, stroomt de betaling door een Nederlandse brievenbusvennootschap en zijn de participanten<sup>86</sup> van deze brievenbusvennootschap gevestigd in een EU-lidstaat (Nederland of een andere lidstaat). In dit geval is de bronstaat niet aan de richtlijn gebonden, terwijl de staten van de brievenbusvennootschap en van de participanten dat wel zijn. De bronstaat kan een binnenlandse belasting heffen op de uitgaande betaling of kan besluiten om een bilateraal belastingverdrag toe te passen dat van kracht is met de staat van de participant. Indien de brievenbusvennootschap in Nederland gevestigd is, blijft deze in Nederland inwoner voor belastingdoeleinden en zal deze hier vennootschapsbelasting verschuldigd zijn. De deelnemingsvrijstelling zal, zoals besproken, geweigerd worden volgens het bestaande systeem van de vennootschapsbelasting in combinatie met EU-recht. Indien Nederland de staat van de participanten is, dient hier belasting geheven te worden overeenkomstig de nationale wetgeving, met een vermindering voor het belastingbedrag dat de bronstaat heeft geheven en het belastingbedrag dat in de staat van de brievenbusvennootschap is geheven. In dit geval komt de betaling door de

<sup>86</sup> Ik ga in deze analyse uit van vennootschappelijke participanten. Zoals in paragraaf 3.2 besproken, zullen de gevallen van natuurlijk personen als participanten immers zeer beperkt zijn.

doorkijkbenadering uit de derde staat. De deelnemingsvrijstelling vormt in deze situatie geen implementatie van de MD-richtlijn, dus deze is in beginsel van toepassing bij de participanten (indien voldaan is aan de overige voorwaarden van de deelnemingsvrijstelling).

2. In scenario twee is de staat van de betaler (bronstaat) een EU-lidstaat, stroomt de betaling door een Nederlandse brievenbusvennootschap en zijn de participanten van de brievenbusvennootschap in een EU-lidstaat gevestigd. In dit scenario zijn alle betrokken staten gebonden aan de conceptrichtlijn. Op het niveau van de bronstaat is de deelnemingsvrijstelling niet relevant, immers is er een uitgaande betaling en geen sprake van inkomsten. Indien de brievenbusvennootschap in Nederland gevestigd is, blijft deze in Nederland inwoner voor belastingdoeleinden en zal deze hier vennootschapsbelasting verschuldigd zijn. De deelnemingsvrijstelling zal, zoals besproken, geweigerd worden volgens het bestaande systeem van de vennootschapsbelasting in combinatie met EU-recht. Indien Nederland de staat van de participanten is, dient hier belasting geheven te worden overeenkomstig de nationale wetgeving, met een vermindering voor het belastingbedrag dat de bronstaat heeft geheven en het belastingbedrag dat in de staat van de brievenbusvennootschap is geheven. In dit geval komt de betaling door de doorkijkbenadering uit een EU-land. De deelnemingsvrijstelling vormt in deze situatie een implementatie van de MD-richtlijn. Dan moet de deelnemingsvrijstelling buiten toepassing blijven op het niveau van de participanten.
3. Bij scenario drie is de staat van de betaler (bronstaat) een EU-lidstaat, stroomt de betaling door een Nederlandse brievenbusvennootschap en zijn de participanten van de brievenbusvennootschap in een derde land gevestigd. Op het niveau van de bronstaat is de deelnemingsvrijstelling niet relevant, immers is er een uitgaande betaling en geen inkomsten. Indien de brievenbusvennootschap in Nederland gevestigd is, blijft deze in Nederland inwoner voor belastingdoeleinden en zal deze hier vennootschapsbelasting verschuldigd zijn. De deelnemingsvrijstelling zal, zoals besproken, geweigerd worden volgens het bestaande systeem van de vennootschapsbelasting in combinatie met EU-recht. De staat van de participanten is in dit scenario een derde land, dat niet verplicht is om de betalingen in het belastbaar inkomen te betrekken. Wel kan een belastingverdrag met de bronstaat van toepassing zijn. Of een verdrag van toepassing is, zal afhangen van het concrete verdrag. Indien in het concrete verdrag een PPT is opgenomen, zouden verdragsvoordelen ontzegt kunnen worden aan de brievenbusvennootschap. Op de PPT zal verder ingegaan worden in paragraaf 3.4.
4. In het laatste scenario is de staat van de betaler (bronstaat) een derde land, stroomt de betaling door een Nederlandse brievenbusvennootschap en zijn de participanten van de brievenbusvennootschap in een derde land gevestigd. In dit geval is alleen de vestigingsstaat

van de brievenbusvennootschap aan de richtlijn gebonden. De bronstaat kan een binnenlandse belasting heffen op de uitgaande betaling of kan besluiten een eventueel belastingverdrag toe te passen met het derde land van de participant, indien de bronstaat de entiteit als transparant beschouwt. Indien de brievenbusvennootschap in Nederland gevestigd is, blijft deze in Nederland inwoner voor belastingdoeleinden en zal deze hier vennootschapsbelasting verschuldigd zijn. De deelnemingsvrijstelling zal, zoals besproken, geweigerd worden volgens het bestaande systeem van de vennootschapsbelasting in combinatie met EU-recht. De staat van de participanten is in dit scenario een derde land, dat niet verplicht is om de betalingen in het belastbaar inkomen te betrekken. Wel kan een belastingverdrag met de bronstaat van toepassing zijn.

5. Andere scenario's, waarin de brievenbusvennootschap buiten de EU gevestigd is, zijn uiteraard ook mogelijk. Deze vallen echter buiten het toepassingsgebied van ATAD3. Een maatschappij in een derde land had, indien deze in de EU gevestigd was, gekwalificeerd kunnen worden als brievenbusvennootschap. In situaties dat een Nederlandse moedervernootschap een belang heeft in een dergelijk maatschappij, hoeft de deelnemingsvrijstelling niet buiten toepassing te blijven op grond van ATAD3.

Op de bovengenoemde effecten geldt een aantal kanttekeningen. De eerste kanttekening wordt belicht door Doeleman, namelijk dat de gevolgen van ATAD3 op de deelnemingsvrijstelling waarschijnlijk beperkt zullen zijn.<sup>87</sup> De deelnemingsvrijstelling kent momenteel al een antimisbruikbepaling in de vorm van de niet-kwalificerende beleggingsdeelneming. Veel brievenbusvennootschappen zullen een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming vormen. Mede vanwege deze bepaling, is de invloed van ATAD3 op de deelnemingsvrijstelling waarschijnlijk beperkt. Een tweede reden dat de invloed van ATAD3 op de deelnemingsvrijstelling waarschijnlijk beperkt zal zijn, ziet op situatie 2, waarbij alle relevante entiteit binnen de EU gevestigd zijn. In dit geval zal ATAD3 mijns inziens vrijwel nooit van toepassing zijn. Immers, voor de vrijstelling van ATAD3 dient op grond van de wegdenkgedachte bepaald te worden of de onderneming invloed heeft op de belastinglast van de groep. In EU-situaties, is de MD-richtlijn ook van toepassing zonder tussenkomst van de brievenbusvennootschap, waardoor de brievenbusvennootschap geen invloed heeft op de belastinglast van de groep. ATAD3 kan wel van toepassing zijn in de situatie dat de ruimere deelnemingsvrijstelling van Nederland toegepast kan worden, terwijl in een andere EU-lidstaat de minder ruime implementatie van de MD-richtlijn niet van toepassing is.

---

<sup>87</sup> Doeleman, *NLFW 2022/17*.

Een andere kanttekening die ik van belang acht, ziet op de toepassing van de deelnemingsvrijstelling in verhouding tot derde landen. In situatie 1, zal op basis van mijn bovenstaande analyse, de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn in de situatie dat de betaler in een derde land is gevestigd en de participanten in Nederland zijn gevestigd. Ik acht het echter goed mogelijk dat Nederland ervoor zal kiezen om ATAD3 mede van toepassing te verklaren op derde landen. Nederland is immers al jaren bezig om haar reputatie als belastingparadijs tegen te gaan.<sup>88</sup> In dat geval is in situatie 1 de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing bij de participanten. De Groot belicht dat, indien Nederland ervoor kiest om de fiscale consequenties van ATAD3 toe te passen ten opzichte van derde landen, dit richtlijnconform uitgelegd zal moeten worden.<sup>89</sup>

### **3.3. De gevolgen voor de bronbelastingen**

#### **3.3.1. Inleiding**

Nederland kent, in tegenstelling tot veel andere landen, geen reguliere bronbelasting op rente en royalty's. Nederland kent echter wel de Wet bronbelasting 2021 (hierna: Wet BB), een conditionele heffing op rente en royalty's. Deze zal per 1 januari 2024 aangepast worden met de Wet invoering conditionele bronbelasting op dividenden. ATAD3 heeft op de Wet bronbelasting geen directe gevolgen, maar kan wel interessante overwegingen met zich meebrengen. Deze zal ik bespreken in paragraaf 3.4.2. Op de dividendbelasting zal ATAD3 wel directe gevolgen hebben, die hieronder besproken worden.

#### **3.3.2. Dividendbelasting**

##### **3.3.2.1. Algemene gevolgen voor de dividendbelasting**

In de literatuur zijn de gevolgen van ATAD3 op de vennootschapsbelasting, en dan met name de deelnemingsvrijstelling, door meerdere auteurs belicht.<sup>90</sup> Over de gevolgen door de dividendbelasting is echter nog weinig geschreven. Daarom zal ik de mijns inziens relevante aspecten van ATAD3 voor de Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB) uitlichten.

Zoals in hoofdstuk 2 besproken, zien de fiscale consequenties van ATAD3 op verschillende niveaus. Ten eerste is het niveau van de betaler van belang (dit zal veelal de dochteronderneming van de brievenbusvennootschap zijn). Op het niveau van de betaler (indien deze in Nederland is gevestigd), zullen de MD-richtlijn en de RR-richtlijn niet langer van toepassing in verhouding tot de brievenbus-

---

<sup>88</sup> *Kamerstukken II, 2018/2019, 25 087, nr. 223, p. 1.*

<sup>89</sup> De Groot, *WFR 2022/108*.

<sup>90</sup> Zie o.a. Doeleman, *NLFW 2022/17* en De Groot, *WFR 2022/108*.

vennootschap. Dit volgt uit artikel 11 van ATAD3, waarin staat de andere lidstaten dan de lidstaat van de brievenbusvennootschap geen rekening houden met de belastingvoordelen uit de MD-richtlijn. Dit heeft gevolgen voor de dividendbelasting. In paragraaf 3.3.1 heb ik besproken in hoeverre de deelnemingsvrijstelling een implementatie van de MD-richtlijn is en in hoeverre de deelnemingsvrijstelling derhalve buiten toepassing moet blijven ten aanzien van brievenbusvennootschappen. Voor de inhoudingsvrijstelling van de dividendbelasting zal ik deze analyse maken in paragraaf 3.4.1.1.

Ten tweede is de brievenbusvennootschap zelf van belang. Op het niveau van de lidstaat waar de brievenbusvennootschap gevestigd is, wordt afgifte van de woonplaatsverklaring geweigerd of een woonplaatsverklaring met waarschuwingsverklaring afgegeven. Dit vormt enkel een administratieve procedure voor Nederland en heeft geen implicaties voor de dividendbelasting. Hiervoor zullen dus in de dividendbelasting geen wijzigingen doorgevoerd te hoeven worden. Zoals in paragraaf 3.3 beargumenteerd, zal de deelnemingsvrijstelling ten aanzien van entiteiten met onvoldoende substance, in veel gevallen reeds niet van toepassing zijn. Dit betekent dat de inhoudingsvrijstelling van de dividendbelasting, die verwijst naar de deelnemingsvrijstelling, ook zonder aanpassingen niet van toepassing zal zijn.

Ten derde zijn de participanten van de brievenbusvennootschap van belang. Hiervoor wordt transparantie van de brievenbusvennootschap geïntroduceerd, waardoor het inkomen wordt toegerekend aan de achterliggende participanten. Het inkomen wordt vervolgens in de vestigingsstaat van de participanten in de nationale wetgeving betrokken alsof het inkomen direct van de betaler kwam (zonder tussenkomst van de brievenbusvennootschap). De MD-richtlijn is op grond van ATAD3 niet van toepassing op dit inkomen. Voor de dividendbelasting zal dit geen relevante gevolgen met zich meebrengen. De inhoudingsvrijstelling is immers van toepassing op dividenduitkeringen, niet op de ontvangst daarvan.<sup>91</sup>

### 3.3.2.2. Inhoudingsvrijstelling

Evenals de deelnemingsvrijstelling, vormt de inhoudingsvrijstelling (deels) een implementatie van de MD-richtlijn. De MD-richtlijn bepaalt dat winstuitkeringen betaald door een dochtermaatschappij aan een moedermaatschappij, onder bepaalde voorwaarden vrijgesteld worden van bronbelasting.<sup>92</sup> Om in aanmerking te komen voor de vrijstelling, dient aan een aantal voorwaarden te worden voldaan. Ten eerste dient zowel de moeder- als de dochtervennootschap een rechtsvorm te hebben zoals genoemd in bijlage I, onderdeel A van de richtlijn. Ten tweede dient de vennootschap haar fiscale woonplaats te hebben binnen de EU en dient de vennootschap onderworpen te zijn aan een specifieke

---

<sup>91</sup> Art. 4 Wet DB.

<sup>92</sup> Art. 5 Richtlijn 2011/96/EU (MD-richtlijn).

vennootschapsbelasting zoals opgenomen in bijlage I, onderdeel B van de richtlijn.<sup>93</sup> Daarnaast dient de moedermaatschappij een belang van minimaal 10% te hebben in de dochtermaatschappij.<sup>94</sup>

Wanneer een Nederlandse vennootschap dividend uitkeert, moet in principe dividendbelasting ingehouden worden. Deze kan echter achterwege blijven als de vennootschap in aanmerking komt voor de inhoudingsvrijstelling. De inhoudingsvrijstelling is in beginsel van toepassing indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is bij de opbrengstgerechtigde van de dividendumuitkering<sup>95</sup>, of wanneer de deelnemingsvrijstelling van toepassing zou zijn geweest indien de opbrengstgerechtigde in Nederland was gevestigd en de opbrengstgerechtigde gevestigd is in de Europese Economische Ruimte (hierna: EER) of in een staat waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten.<sup>96</sup> De inhoudingsvrijstelling verwijst dus naar de deelnemingsvrijstelling. De inhoudingsvrijstelling blijft echter buiten toepassing indien de opbrengstgerechtigde is gevestigd in een staat die met een andere staat een belastingverdrag heeft gesloten dat de gerechtigde aanwijst als inwoner van een niet-verdragsstaat, indien de opbrengstgerechtigde een vergelijkbare functie vervult als een vrijgestelde of fiscale beleggingsinstelling, of indien de opbrengstgerechtigde het desbetreffende belang houdt met als (een van de) hoofddoel(en) de heffing van belasting bij een ander te ontgaan en er sprake is van een kunstmatige constructie of transactie.<sup>97</sup>

Zoals in paragraaf 3.3.1 besproken, vormt de deelnemingsvrijstelling de Nederlandse implementatie van de MD-richtlijn voor de gevallen die onder de MD-richtlijn vallen. De ruimere implementatie van de deelnemingsvrijstelling valt grotendeels aan te merken als implementatie van de MD-richtlijn. Enkel de toepassing van de deelnemingsvrijstelling ten aanzien van derde landen, vormt geen implementatie van de MD-richtlijn. Mijns inziens is deze logica door te trekken naar de inhoudingsvrijstelling van de dividendbelasting. De inhoudingsvrijstelling verwijst immers expliciet naar de deelnemingsvrijstelling, waardoor deze twee vrijstellingen in belangrijke mate een gelijke invulling hebben. Hierdoor kan geconcludeerd worden dat de inhoudingsvrijstelling de implementatie vormt van de MD-richtlijn binnen de bronbelastingen. De inhoudingsvrijstelling is ook van toepassing op derde landen, indien Nederland een belastingverdrag met deze landen heeft gesloten. Ten aanzien van deze derde landen, zal de inhoudingsvrijstelling mijns inziens geen implementatie vormen van de MD-richtlijn (dit komt overeen met mijn conclusie ten aanzien van de deelnemingsvrijstelling).

---

<sup>93</sup> Art. 2 Richtlijn 2011/96/EU (MD-richtlijn).

<sup>94</sup> Art. 3 Richtlijn 2011/96/EU (MD-richtlijn).

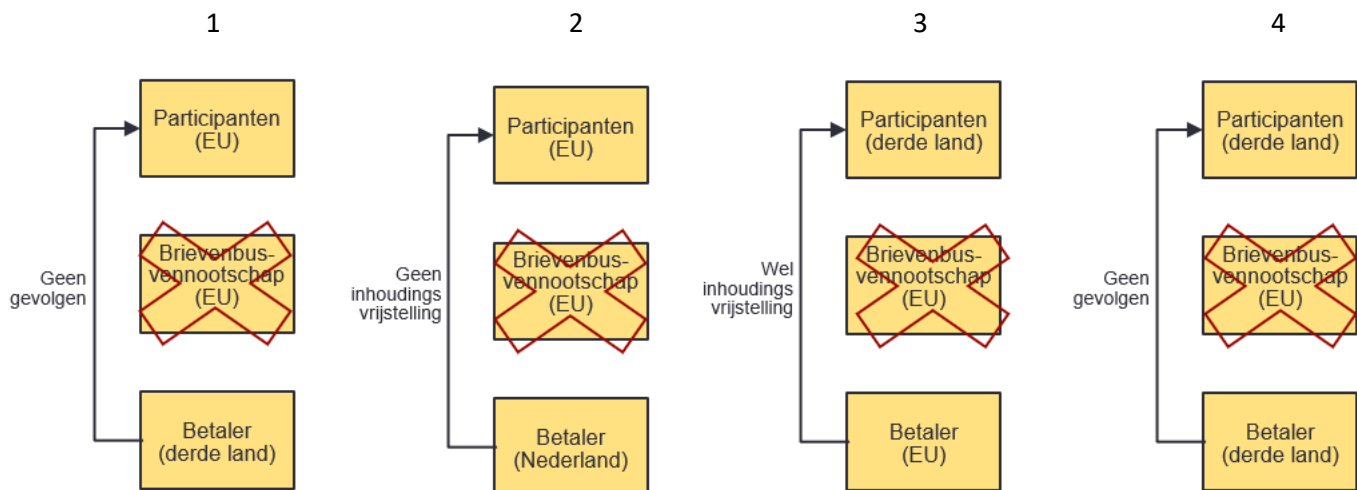
<sup>95</sup> Art. 4 lid 1 Wet DB.

<sup>96</sup> Art. 4 lid 2 Wet DB.

<sup>97</sup> Art. 4 lid 3 Wet DB.

Om de gevolgen van ATAD3 voor de Nederlandse inhoudingsvrijstelling te bekijken, zal ik nogmaals beknopt de vier mogelijke situaties doorlopen die zijn genoemd in hoofdstuk 2. De situaties zijn hieronder kort schematisch weergegeven.

*Figuur 3: gevolgen van ATAD3 op de inhoudingsvrijstelling*



1. In scenario één is de staat van de betaler (bronstaat) een derde land, stroomt het dividend door een EU-brievenbusvennootschap en zijn de participanten van deze brievenbusvennootschap gevestigd in een EU-lidstaat (Nederland of een andere lidstaat). In dit geval is de dividendbelasting niet van toepassing, omdat de bronstaat een derde land is. Door de doorkijkbenadering die ATAD3 hanteert, stroomt de betaling van de betaler in het derde land direct naar de participanten in de EU. Derhalve heeft ATAD3 in deze situatie geen relevante gevolgen voor de dividendbelasting.
2. In scenario twee is de staat van de betaler (bronstaat) Nederland, stroomt het dividend door een EU-brievenbusvennootschap en zijn de participanten van de brievenbusvennootschap in een EU-lidstaat gevestigd. In dit scenario zijn alle betrokken staten gebonden aan de conceptrichtlijn. De inhoudingsvrijstelling vormt in deze situatie een implementatie van de MD-richtlijn. Dan moet de inhoudingsvrijstelling dus buiten toepassing blijven in de bronstaat, en zal de betaler dividendbelasting af moet dragen. Een belangrijke kanttekening hierbij is dat de bronstaat enkel bronbelasting mag heffen, voor zover niet vastgesteld kan worden dat de participanten in een EU-lidstaat zijn gevestigd.
3. In scenario drie is de staat van de betaler (bronstaat) Nederland, stroomt het dividend door een EU-brievenbusvennootschap en zijn de participanten van de brievenbusvennootschap in een derde land gevestigd. In dit scenario vormt de inhoudingsvrijstelling geen implementatie van de MD-richtlijn. Immers is sprake van de doorkijkbenadering ten aanzien van de



brievenbusvennootschap, waardoor de opbrengstgerechtigde van het dividend in een derde land is gevestigd. De inhoudingsvrijstelling is dus van toepassing in de verhouding tussen de bronstaat en de staat van de participanten, mits voldaan is aan de overige voorwaarden van de inhoudingsvrijstelling.

4. In het laatste scenario is de staat van de betaler (bronstaat) een derde land, stroomt het dividend door een EU-brievenbusvennootschap en zijn de participanten van de brievenbusvennootschap in een derde land gevestigd. In dit geval is de dividendbelasting niet van toepassing, omdat de bronstaat een derde land is. Derhalve heeft ATAD3 in deze situatie geen relevante gevolgen voor de dividendbelasting.
5. Andere scenario's, waarin de brievenbusvennootschap buiten de EU gevestigd is, zijn uiteraard ook mogelijk. Deze vallen echter buiten het toepassingsgebied van ATAD3. Een maatschappij in een derde land had, indien deze in de EU gevestigd was, gekwalificeerd kunnen worden als brievenbusvennootschap. In situaties dat een Nederlandse vennootschap dividend uitkeert aan een dergelijke maatschappij, hoeft de inhoudingsvrijstelling niet buiten toepassing te blijven op grond van ATAD3.

Ook ten aanzien van de inhoudingsvrijstelling, gelden de kanttekeningen die ik genoemd heb ten aanzien van de deelnemingsvrijstelling. Veel brievenbusvennootschappen vormen een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming en komen daarom reeds niet in aanmerking voor de deelnemingsvrijstelling en daarmee ook niet voor de inhoudingsvrijstelling. Daarnaast zal de vrijstelling van ATAD3 veelal van toepassing zijn op situatie 2, waarbij alle relevante entiteiten binnen de EU gevestigd zijn. Door deze redenen zal de invloed van ATAD3 op de inhoudingsvrijstelling waarschijnlijk beperkt zijn. Ten derde zou het zomaar kunnen dat Nederland ervoor kiest om ATAD3 ook toe te passen ten aanzien van derde landen. In dit geval, zal ook in situatie drie de inhoudingsvrijstelling buiten toepassing moeten blijven.

### **3.3.3. Wet Bronbelasting 2021**

De Wet Bronbelasting 2021 is op 1 januari 2021 in werking getreden. De wet richt zich voornamelijk op rechtstreekse rente- en royaltybetalingen aan gelieerde lichamen die zijn gevestigd in een laagbelastende jurisdictie. Van gelieerde lichamen is sprake wanneer een zodanige invloed op de besluiten van een lichaam kan worden uitgeoefend, dat de activiteiten van het lichaam kunnen worden bepaald. Een laagbelastende jurisdictie is een bij ministeriële regeling aangewezen jurisdictie die een winstbelasting-tarief van lager dan 9% heft, of die is opgenomen op de EU-lijst van niet-coöperatieve jurisdicties.<sup>98</sup> Naast de bovengenoemde situatie, bestaat belastingplicht in een aantal situaties die

---

<sup>98</sup> Art. 1.2 Wet BB.

vergelijkbaar zijn met de bovenstaande situatie. Dat geldt bijvoorbeeld wanneer de voordelen toegerekend worden aan een laagbelastende jurisdictie, wanneer de voordelen lopen via een tussenschakel om belasting bij een ander te ontgaan, of bij hybride lichamen.<sup>99</sup> Per 1 januari 2024, zal de Wet BB uitgebreid gaan worden met dividenden op grond van de Wet invoering conditionele bronbelasting op dividenden. Dividenden zullen onder het reguliere systeem van de Wet BB gaan vallen. Daar wordt een regeling aan toegevoegd die het gestorte kapitaal bepaalt in situaties waarbij zich een (grensoverschrijdende) aandelenruil, fusie of splitsing voordoet. Hiermee wordt voorkomen dat de claim op de nog niet uitgekeerde winstreserves verloren gaat als gevolg van een aandelenruil, fusie of splitsing.<sup>100</sup>

ATAD3 heeft niet direct effect op de heffingen ingevolge de Wet BB. De bronbelasting heeft immers enkel betrekking op laagbelastende jurisdicties (hetgeen geen EU-landen zijn) of op misbruiksituaties, waarbij momenteel al geen EU-rechtelijke voordelen verkregen kunnen worden. Een vraag die bij mij opkomt in dit kader, is of de bronbelasting door een aantal aanpassingen een breder toepassingsbereik kan krijgen met het oog op ATAD3. Indien een maatschappij kwalificeert als een brievenbusvennootschap in de zin van ATAD3, worden immers de EU-rechtelijke belastingvoordelen van de MD-richtlijn en de RR-richtlijn uitgeschakeld en kan bronbelasting geheven worden in de bronstaat. In de Wet BB zou de belastingplicht aangepast kunnen worden naar entiteiten die rente-, dividend- en/of royaltybetalingen doen aan een brievenbusvennootschap. Dit zou mijns inziens een aantal voordelen met zich meebrengen. Ten eerste, dient de toets of sprake is van een brievenbusvennootschap reeds uitgevoerd te worden voor de vennootschapsbelasting. Door dezelfde toets in de bronbelasting te introduceren, zouden belastingplichtigen minder verschillende toetsen uit hoeven te voeren. Dit scheelt in uitvoeringslasten van belastingwetgeving. Ook voor de fiscus zal dit een voordeel met zich meebrengen. Ten tweede is de Wet BB ingevoerd om een einde te maken aan de ontvankelijkheid van het Nederlandse belastingstelsel voor structuren die gericht zijn op het voorkomen van buitenlandse bronbelasting.<sup>101</sup> Dit doel zal mijns inziens beter bereikt worden, wanneer de belastingplicht van de Wet BB uitgebreid wordt naar meer landen dan onder de huidige vorm van de bronbelasting vallen.

Zal het mogelijk zijn om de belastingplicht voor de Wet BB te vervangen door entiteiten die rente-, dividend- en/of royaltybetalingen doen aan brievenbusvennootschappen in de zin van ATAD3? Op grond van ATAD3 lijkt dit wel het geval. Zowel de voordelen die voortvloeien uit de MD-richtlijn als de voordelen die voortvloeien uit de RR-richtlijn, worden immers ontzegd aan brievenbus-

---

<sup>99</sup> Art. 2.1 lid 2 Wet BB.

<sup>100</sup> *Kamerstukken II*, 2019/2020, 35 523, nr. 1.

<sup>101</sup> *Kamerstukken II*, 2019/2020, 35 305, nr. 3, p. 1 en p. 2.

vennootschappen door stap 6 van ATAD3. De bronstaat mag dan bronbelasting heffen, indien niet kan worden vastgesteld dat de participanten van de brievenbusvennootschap binnen de EU zijn gevestigd. ATAD3 vormt secundair EU-recht, immers is het een richtlijn. Primair EU-recht gaat voor op het secundaire EU-recht.<sup>102</sup> Het is daarom de vraag of het invoeren van belastingplicht voor entiteiten die betalingen doen aan brievenbusvennootschappen potentieel strijdig kan zijn met het primaire EU-recht. Art. 18 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) verbiedt elke discriminatie op grond van nationaliteit. Indien de invoering van belastingplicht voor brievenbusvennootschappen in de Wet BB discriminatie vormt, is dit dus verboden op grond van het primaire EU-recht. Om te bepalen of sprake is van een belemmering, zal ik nogmaals de vier situaties van hoofdstuk 2 aflopen.

1. In scenario één is de staat van de betaler (bronstaat) een derde land, stroomt de betaling door een Nederlandse brievenbusvennootschap en zijn de participanten van deze brievenbusvennootschap gevestigd in een EU-lidstaat (Nederland of een andere lidstaat). In dit geval is de bronstaat, waar bronbelasting geheven wordt, een derde land. Dit zal geen relevante gevolgen hebben voor de Nederlandse bronbelasting en zal dus ook geen sprake zijn van een belemmering.
2. In scenario twee is de staat van de betaler (bronstaat) Nederland, stroomt de betaling door een EU-brievenbusvennootschap en zijn de participanten van de brievenbusvennootschap in een EU-lidstaat gevestigd. In dit scenario zijn alle betrokken staten gebonden aan de conceptrichtlijn. Nederland zou een bronbelasting kunnen heffen, indien niet vastgesteld kan worden dat de participanten in een lidstaat zijn gevestigd. Potentieel zou hier sprake kunnen zijn van een belemmering, indien de bronbelasting wél geheven wordt bij een brievenbusvennootschap in een andere lidstaat, maar niet bij een brievenbusvennootschap in Nederland. Echter, zoals besproken bij de kanttekeningen in paragraaf 3.3.1, zal in EU-situaties vrijwel altijd voldaan zijn aan de vrijstelling van ATAD3. Dit maakt een ongelijke behandeling mijns inziens onwaarschijnlijk. Indien wél sprake is van een belemmering, is een rechtvaardigingsgrond van toepassing. Dit ziet op de eerste route die besproken is in hoofdstuk 2, namelijk misbruik van recht als proportionele rechtvaardigingsgrond. In hoofdstuk 2 heb ik ook besproken dat ATAD3 vele overeenkomsten vertoont met de misbruik van recht jurisprudentie van het HvJ. Aangezien ATAD3 vele overeenkomsten met deze jurisprudentie vertoont, kan het worden gelezen als een codificatie van de misbruik van recht jurisprudentie.

---

<sup>102</sup> Korving, *TFO* 2022/182.1.

Bij brievenbusvennootschappen is er dus sprake van misbruik van recht, waardoor een ongelijke behandeling gerechtvaardigd is.

3. Bij scenario drie is de staat van de betaler (bronstaat) Nederland, stroomt de betaling door een EU-brievenbusvennootschap en zijn de participanten van de brievenbusvennootschap in een derde land gevestigd. In dit scenario loopt de betaling van de bronstaat naar de participanten in een derde land als gevolg van de doorkijkbenadering. De heffing van bronbelasting zal hier in de verhouding tot een derde land plaatsvinden. In deze situatie gaat het vrij verkeer van kapitaal een rol spelen. Het heffen van bronbelasting voor betalingen die naar een derde land stromen, vormt in principe een belemmering. In hoofdstuk 2 heb ik besproken dat misbruik van recht een proportionele rechtvaardigingsgrond vormt. Dit betekent dat een belemmering geen discriminatie oplevert in misbruiksituaties. In hoofdstuk 2 heb ik ook besproken dat ATAD3 vele overeenkomsten vertoont met de misbruik van recht jurisprudentie van het HvJ. Bij brievenbusvennootschappen in de zin van ATAD3, is dus sprake van misbruik van recht. In deze situatie zal dan ook geen sprake zijn van discriminatie, omdat er een proportionele rechtvaardigingsgrond aanwezig is.
4. In het laatste scenario is de staat van de betaler (bronstaat) een derde land, stroomt de betaling door een EU-brievenbusvennootschap en zijn de participanten van de brievenbusvennootschap in een derde land gevestigd. In dit geval is de bronstaat, waar bronbelasting geheven wordt, een derde land. Dit zal geen relevante gevolgen hebben voor de Nederlandse bronbelasting en derhalve zal ook geen sprake zijn van een belemmering.

Op basis van bovenstaande overwegingen, concludeer ik dat het belastingplichtig maken van entiteiten die rente-, dividend- en/of royaltybetalingen doen aan brievenbusvennootschappen, geen discriminatie op zal leveren. Het zal dus mijns inziens mogelijk zijn om de belastingplicht van de Wet BB te vervangen door deze entiteiten.

### **3.4. De gevolgen voor het Nederlands verdragstelsel**

Zoals in hoofdstuk 1 besproken, is het verdragennetwerk van Nederland een van de redenen om een brievenbusvennootschap in Nederland te plaatsen. Nederland heeft met een groot aantal landen belastingverdragen afgesloten. Dit verdragennetwerk is gunstig voor in Nederland gevestigde bedrijven, omdat het voorkomt dat dezelfde inkomsten dubbel worden belast. Indien ATAD3 van toepassing is op de brievenbusvennootschap, wordt afgifte van de woonplaatsverklaring geweigerd of een woonplaatsverklaring met waarschuwingsverklaring afgegeven. Het doel hiervan is dat de onderneming niet langer een beroep kan doen op de voordelen van bilaterale belastingverdragen. Het is echter de vraag of het richtlijnvoorstel voldoende is om verdragsvoordelen te kunnen ontzeggen. De

staatssecretaris noemt dat de voordelen uit belastingverdragen niet zonder meer door de bronstaat ontzegd kunnen worden als gevolg van het niet afgeven of afgeven met waarschuwingsverklaring van een woonplaatsverklaring. Het concrete belastingverdrag dient een mogelijkheid te bevatten om de verdragsvoordelen te weigeren. Het kabinet is dan ook van mening dat bij implementatie van de richtlijn bepaald zal moeten worden of de bestaande bepalingen in bilaterale belastingverdragen tussen EU-lidstaten, voldoende grond bevatten om de verdragsvoordelen te weigeren. De staatssecretaris noemt daarbij een Principal Purpose Test als mogelijke bepaling op grond waarvan de verdragsvoordelen reeds geweigerd kunnen worden.<sup>103</sup>

De principal purpose test (hierna: PPT) is opgenomen in art. 29 lid 9 van het OESO-modelverdrag 2017 (hierna: OESO-modelverdrag). De PPT houdt in dat een verdragsvoordeel wordt geweigerd wanneer een van de hoofddoelen van een constructie of transactie eruit bestaat om een verdragsvoordeel te verkrijgen. Een tegenbewijsmogelijkheid bestaat, indien de belastingplichtige kan bewijzen dat het verkrijgen van het verdragsvoordeel in overeenstemming zou zijn met het doel van strekking van de relevante bepalingen van het belastingverdrag. De formulering van 'een van de hoofddoelen' houdt in dat de constructie of transactie direct of indirect geresulteerd zou moeten hebben in het verkrijgen van de verdragsvoordelen. Volgens het OESO-commentaar is de zin bewust zeer breed geformuleerd. Om dit te illustreren, wordt een voorbeeld genoemd. In het voorbeeld wordt een lening onzakelijk omgeleid via land 1, om zo gebruik te kunnen maken van verdragsvoordelen in land 1. Zelfs als aan de oorspronkelijk lening zakelijke motieven ten grondslag gelegen hebben, is de omleiding een transactie die direct of indirect kan leiden tot het onterecht verkrijgen van verdragsvoordelen. In dat geval is een van hoofddoelen om een verdragsvoordeel te verkrijgen, en kan het verdragsvoordeel worden ontzegd.<sup>104</sup> In eerste instantie lijkt de PPT niet op het toetsingskader van ATAD3, maar ik meen dat deze wel degelijk raakvlakken hebben. Een brievenbusvennootschap in de zin van ATAD3 heeft immers geen of weinig substance, dit wordt vastgesteld in stap 2 en 3 van de conceptrichtlijn. Als een brievenbusvennootschap daarnaast niet aan de vrijstelling van stap 5 van ATAD3 voldoet, heeft de vennootschap invloed op de belastinglast van de groep. In combinatie met de ontbrekende substance, zou dan mijns inziens gesteld kunnen worden dat de constructie met de brievenbusvennootschap direct of indirect heeft geresulteerd in het verkrijgen van de verdragsvoordelen. Naar mijn mening zouden brievenbusvennootschappen dus onder de PPT vallen, waardoor de verdragsvoordelen ontzegd kunnen worden op grond van de PPT. Aanvullende afspraken inzake het ontzeggen van verdragsvoordelen zijn mijns inziens dan ook niet nodig, omdat de PPT ingezet kan worden om verdragsvoordelen te ontzeggen aan brievenbusvennootschappen. Vergouwen merkt echter wel,

---

<sup>103</sup> *Kamerstukken II, 2021/22, 22 112, nr. 3349, p. 6.*

<sup>104</sup> Paragraaf 176 van het OESO-modelverdrag.

terecht, op dat een aantal belastingverdragen die Nederland heeft gesloten met andere EU-lidstaten, (nog) geen PPT bevatten. Voor deze verdragen zijn aanvullende afspraken noodzakelijk.<sup>105</sup>

Vergouwen oppert ook een alternatief op de PPT, die landen toe zouden kunnen passen in hun belastingverdragen. In belastingverdragen kan een bepaling opgenomen worden die vaststelt dat de toepassing van het gehele belastingverdrag onderhevig is aan verplichtingen op grond van het EU-recht. Dit heet een subordinationbepaling. In het belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland, is reeds een bepaling opgenomen die het EU-recht voorrang geeft boven de bepalingen van het verdrag.<sup>106</sup> Een voordeel van een dergelijke subordinationbepaling, is dat het breder kan werken dan de PPT. In het geval van brievenbusvennootschappen volstaat de PPT mijns inziens, maar met het oog op potentiële toekomstige EU-regelgeving (zoals Pillar 2), zou de PPT wellicht niet meer volstaan. Een subordinationbepaling is dan een meer toekomstbestendig alternatief. Met een dergelijke bepaling wordt immers verzekerd dat elke richtlijn kan worden geïmplementeerd, zonder dat verdragsbepalingen daaraan in de weg staan.

### 3.5. De gevolgen voor de inkomstenbelasting

Hoewel ik in deze scriptie spreek van brievenbusvennootschappen, heeft ATAD3 mede gevolgen op de inkomstenbelasting. ATAD3 is namelijk van toepassing op iedere vennootschap die gevestigd is in de EU, ongeacht de rechtsvorm.<sup>107</sup> Dit houdt in dat naast kapitaalvennootschappen, ook personenvennootschappen binnen het bereik van ATAD3 vallen. Personenvennootschappen worden in Nederland binnen de fiscale winstsfeer als transparant gezien en aldus bij de achterliggende participanten belast. De achterliggende participanten kunnen zowel natuurlijke personen als niet-natuurlijke personen zijn. Indien de participanten natuurlijke personen zijn, worden zij in de inkomstenbelasting belast voor hun winstaandeel in de personenvennootschap. Indien de achterliggende participanten van de personenvennootschap natuurlijk personen woonachtig in Nederland zijn, zal in de inkomstenbelasting bij de participant getoetst moeten worden of de personenvennootschap een brievenbusvennootschap vormt in de zin van ATAD3. Daarom zal het stappenplan van ATAD3 mijns inziens mede geïmplementeerd moeten worden in de inkomstenbelasting. De situatie dat de participanten van de personenvennootschap die kwalificeert als brievenbusvennootschap natuurlijk personen zijn, zal echter weinig voorkomen. Ook de fiscale gevolgen van ATAD3 zijn voor samenwerkingsverbanden minder relevant. Immers zijn de MD-richtlijn en de RR-richtlijn slechts van toepassing op rechtspersonen. Daarmee heeft het achterwege blijven

---

<sup>105</sup> Vergouwen, *NLFO 2022/23*.

<sup>106</sup> Vergouwen, *NLFO 2022/23*.

<sup>107</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 9.

van deze richtlijnen op grond van ATAD3 voor natuurlijk personen geen gevolgen. Een relevant gevolg dat ATAD3 voor personenvennootschappen (en de achterliggende participanten) kan hebben, is echter het buiten toepassing blijven van belastingverdragen als gevolg van het niet afgeven van een woonplaatsverklaring.

Het verschil tussen box 2 en box 3 van de inkomstenbelasting, kan interessante gevolgen opleveren ten aanzien van stap 5 van ATAD3. Stap 5 van ATAD3 bevat een vrijstelling het ontbreken van fiscale motieven. Wanneer een onderneming de gateway passeert en niet voldoet aan de minimale substance, kan de onderneming toch nog onder de gevolgen van ATAD3 uitkomen indien zij voldoen aan de vrijstelling. Om aan te tonen dat wordt voldaan aan de vrijstelling, dient de onderneming aan de vestigingsstaat documenten aan te leveren waaruit de belastinglasten blijken van de groep of structuur waar zij deel van uitmaakt, met of zonder tussenkomst van de onderneming. Ten aanzien van de vrijstelling van stap 5, speelt de naar mijn mening interessante vraag of zich een belastingvoordeel voor kan doen in de situatie dat een box 2 aandeelhouder door middel van een brievenbusvennootschap vermogensbestanddelen houdt welke zonder tussenkomst van de vennootschap onder box 3 zouden vallen. Boer heeft aandacht besteed aan deze situatie.<sup>108</sup> Bij de brievenbusvennootschap zal in deze situatie in beginsel geen belastingheffing plaatsvinden, tenzij reguliere voordelen of vervreemdingsvoordelen worden genoten. Indien in box 2 inderdaad geen belastingheffing plaatsvindt, is de aandeelhouder van de brievenbusvennootschap fiscaal gezien gunstiger af dan in de situatie zonder brievenbusvennootschap. Als de vermogensbestanddelen rechtstreeks gehouden worden, zouden deze immers tegen een fictief rendement belast worden in box 3. In dat geval levert de brievenbusvennootschap een fiscaal voordeel op, en wordt niet aan de vrijstelling van stap 5 van ATAD3 voldaan.<sup>109</sup> ATAD3 heeft in deze situatie als gevolg dat de box 2-heffing zoals voorheen plaatsvindt, en voegt daaraantoe dat het vermogen van de brievenbusvennootschap moet worden toegerekend aan de aandeelhouder(s). In de toekomst zal van de bovenstaande situatie echter geen sprake meer zijn. Na het zogenoemde Kerstavond-arrest is het niet langer toegestaan om meer te heffen dan het daadwerkelijk behaalde rendement.<sup>110</sup> Met Boer deel ik de mening dat hierdoor niet langer sprake kan zijn van een fiscaal voordeel door tussenschuiving van de brievenbusvennootschap. Bij de brievenbusvennootschap gaat in de toekomst immers het daadwerkelijke rendement belast worden. Ongeacht de nieuwe vorm van box 3, die in deze scriptie niet behandeld zal worden, kan in box 3 niet langer meer belast worden dan het daadwerkelijk

---

<sup>108</sup> Boer, *WFR* 2022/36.

<sup>109</sup> Boer, *WFR* 2022/36.

<sup>110</sup> HR 24 januari 2021, nr. 21/01243, ECLI:NL:HR:2021:1963 (*Kerstavond-arrest*).

behaalde rendement. Na het Kerstavond-arrest, zal de omschreven situatie daarom voldoen aan de vrijstelling van stap 5 van ATAD3.<sup>111</sup>

Ten aanzien van box 2 en 3 van de inkomstenbelasting zal stap 6 van ATAD3 spelen. Indien de participanten van een brievenbusvennootschap natuurlijk personen zijn die in Nederland wonen, dienen in Nederland de betalingen aan de brievenbusvennootschap in het belastbaar inkomen van de participanten te worden betrokken. Hiervoor zullen in box 2 en 3 van de inkomstenbelasting bepalingen opgenomen moeten worden. In box 1 zal een bepaling opgenomen moeten worden op grond waarvan de natuurlijk persoon participanten van samenwerkingsverbanden die als brievenvennootschap kwalificeren, nogmaals in de heffing worden betrokken. Zowel in box 1, box 2 als box 3 zullen echter niet veel participanten van brievenbusvennootschappen voorkomen. Daarom zullen de gevolgen van ATAD3 binnen de inkomstenbelasting beperkt blijven.

### 3.6. Deelconclusie

De implementatie van ATAD3 zal vele gevolgen met zich meebrengen voor het Nederlandse belastingstelsel. Zo zal de conceptrichtlijn invloed hebben op onder andere de inkomstenbelasting, bronbelastingen, vennootschapsbelasting en het Nederlands verdragsstelsel. In dit hoofdstuk zijn deze potentiële gevolgen besproken aan de hand van de volgende deelvraag: welke gevolgen zal de implementatie van ATAD3 hebben op het Nederlandse belastingstelsel, waaronder de inkomstenbelasting, bronbelastingen, vennootschapsbelasting en het Nederlands verdragsstelsel?

ATAD3 zal in Nederland voornamelijk gevolgen hebben op de vennootschapsbelasting. Op het niveau van de betaler, zullen de MD-richtlijn en de RR-richtlijn niet langer van toepassing zijn in verhouding tot de brievenbusvennootschap. Voor de Nederlandse vennootschapsbelasting heeft dit geen gevolgen. Op het niveau van de lidstaat waar de brievenbusvennootschap gevestigd is, wordt afgifte van de woonplaatsverklaring geweigerd of wordt een woonplaatsverklaring met waarschuwingsverklaring afgegeven. Dit vormt enkel een administratieve procedure voor Nederland en heeft geen implicaties voor de vennootschapsbelasting. Op grond van het huidige systeem van de vennootschapsbelasting, zal de deelnemingsvrijstelling reeds niet van toepassing zijn op niveau van de brievenbusvennootschap. Op het niveau van de participanten van de brievenbusvennootschap, wordt het inkomen toegerekend door het introduceren van transparantie van de brievenbusvennootschap. Het inkomen wordt vervolgens in de vestigingsstaat van de participanten in de nationale wetgeving betrokken alsof het inkomen direct van de betaler kwam. De MD-richtlijn is op grond van ATAD3 niet

---

<sup>111</sup> Boer, *WFR* 2022/36.



van toepassing op dit inkomen. De deelnemingsvrijstelling vormt de Nederlandse implementatie van de MD-richtlijn. Ten opzichte van derde landen, vormt de deelnemingsvrijstelling geen implementatie van de MD-richtlijn. Op de gevolgen van ATAD3 voor de deelnemingsvrijstelling, geldt een aantal belangrijke kanttekeningen. Ten eerste zullen de gevolgen van ATAD3 op de deelnemingsvrijstelling waarschijnlijk beperkt zijn. Ten tweede zou het goed mogelijk zijn dat Nederland kiest om ATAD3 mede van toepassing te verklaren op derde landen.

ATAD3 zal ook gevolgen hebben op de dividendbelasting. Op het niveau van de betaler (indien deze in Nederland is gevestigd), zullen de MD-richtlijn en de RR-richtlijn niet langer van toepassing zijn in verhouding tot de brievenbusvennootschap. Evenals de deelnemingsvrijstelling, vormt de inhoudingsvrijstelling (deels) een implementatie van de MD-richtlijn. Enkel ten aanzien van derde landen, zal de inhoudingsvrijstelling mijns inziens geen implementatie vormen van de MD-richtlijn. Ten tweede is de brievenbusvennootschap zelf van belang. Op het niveau de lidstaat waar de brievenbusvennootschap gevestigd is, wordt afgifte van de woonplaatsverklaring geweigerd of een woonplaatsverklaring met waarschuwingsverklaring afgegeven. Op het niveau van de brievenbusvennootschap wordt belasting geheven volgens het reguliere nationale systeem. De inhoudingsvrijstelling zal op brievenbusvennootschappen reeds niet van toepassing zijn. Ten derde zijn de participanten van de brievenbusvennootschap van belang. Hiervoor wordt transparantie van de brievenbusvennootschap geïntroduceerd, waardoor het inkomen wordt toegerekend aan de achterliggende participanten. Voor de dividendbelasting zal dit geen relevante gevolgen met zich meebrengen.

ATAD3 heeft niet direct effect op de Wet BB. Eventueel zou ATAD3 wel gebruikt kunnen worden om de belastingplicht voor de Wet BB te vervangen door entiteiten die rente-, dividend- en/of royaltybetalingen doen aan een brievenbusvennootschap. Het invoeren van een dergelijke belastingplicht, levert mijns inziens geen verboden discriminatie op.

Indien ATAD3 van toepassing is op de brievenbusvennootschap, wordt afgifte van de woonplaatsverklaring geweigerd of wordt een woonplaatsverklaring met waarschuwingsverklaring afgegeven met het doel om verdragsvoordelen te ontzeggen aan brievenbusvennootschappen. Het concrete belastingverdrag dient hiervoor een mogelijkheid te bevatten om de verdragsvoordelen te weigeren. Op grond van de PPT of een subordinationbepaling kunnen verdragsvoordelen worden ontzegd aan brievenbusvennootschappen.

Binnen de inkomstenbelasting kan ATAD3 verschillende gevolgen hebben. Deze gevolgen zullen echter in slechts zeer beperkte situaties opgaan.

Uit bovenstaande overwegingen, valt te concluderen dat de implementatie van ATAD3 flinke wijzigingen van het Nederlandse belastingstelsel met zich mee zal brengen. Nederland neemt zelf reeds maatregelen tegen brievenbusvennootschappen. In hoofdstuk 4 zullen deze besproken worden, en zal worden bepaald in hoeverre ATAD3 een toegevoegde waarde heeft aan deze bestaande aanpak van brievenbusvennootschappen.

# Hoofdstuk 4 – De bestaande aanpak van brievenbusvennootschappen en ATAD3

---

## 4.1. Inleiding

In Nederland worden brievenbusvennootschappen gebruikt om verschillende fiscale voordelen te behalen, zoals besproken in hoofdstuk 1. Enkele van deze fiscale voordelen zijn dat Nederland een zeer brede deelnemingsvrijstelling heeft en het grote verdragennetwerk van Nederland. Om brievenbusvennootschappen tegen te gaan, worden door Nederland verschillende acties ondernomen, zowel nationaal als internationaal. In dit hoofdstuk bespreek ik de verschillende maatregelen die Nederland heeft genomen tegen brievenbusvennootschappen en de verhouding van deze maatregelen tot ATAD3. ATAD3 heeft, zoals in hoofdstuk 3 is besproken, vele gevolgen voor het Nederlandse belastingstelsel. Het is daarom relevant om te bepalen in hoeverre ATAD3 binnen het bestaande en het voorziene toekomstige Nederlandse belastingstelsel past. Daarom wordt in dit hoofdstuk ook aandacht besteed in hoeverre ATAD3 een toegevoegde waarde heeft aan de huidige regelgeving. Dat zal ik doen aan de hand van de volgende deelvraag:

*Hoe verhouden de bestaande aanpak van brievenbusvennootschappen en het rapport commissie doorstroomvennootschappen zich tot ATAD3?*

Om deze deelvraag te beantwoorden, bespreek ik in paragraaf 4.2 de werking van art. 8c Wet Vpb. In paragraaf 4.3 wordt het Nederlandse rulingbeleid besproken. Vervolgens wordt in paragraaf 4.4 ATAD1 behandeld, waarbij fraus legis en CFC-regelgeving aan bod zullen komen. In hoofdstuk 3 heb ik de PPT in belastingverdragen behandeld. Voor de volledigheid, wordt deze nogmaals kort benoemd in paragraaf 4.5. In paragraaf 4.6 worden de maatregelen binnen de bronbelastingen behandeld. Ook deze worden beknopt besproken, omdat deze in hoofdstuk 3 reeds aan bod zijn gekomen. In paragraaf 4.7 behandel ik DAC6. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 4.8 het rapport van de commissie doorstroomvennootschappen. In 4.9 bepaal ik aan de hand van bovenstaande maatregelen in hoeverre ATAD3 een toegevoegde waarde heeft aan de bestaande maatregelen tegen brievenbusvennootschappen. Het hoofdstuk zal afgesloten worden met een deelconclusie.

## 4.2. Artikel 8c Wet Vpb

Artikel 8c bepaalt wanneer ontvangen en betaalde renten en royalty's buiten aanmerking blijven voor het bepalen van de winst binnen de vennootschapsbelasting. Dit is het geval wanneer het eigen vermogen van de vennootschap minder dan 1 procent van het bedrag van de uitstaande geldleningen of minder dan 2 miljoen euro bedraagt.<sup>112</sup> Dit wordt ook wel de 'safe harbour' genoemd. In de vennootschap voldoet aan de safe harbour, wordt verondersteld dat de vennootschap geen reëel risico loopt ten aanzien van de renten en royalty's die zij ontvangt en betaalt en mogen deze niet in aanmerking genomen worden bij de bepaling van de fiscale winst.<sup>113</sup> Dit leidt ertoe dat in het buitenland geheven bronbelasting niet te verrekenen is met de Nederlandse vennootschapsbelasting. In het buitenland geheven bronbelasting is immers enkel te verrekenen met de Nederlandse vennootschapsbelasting indien de inkomsten en uitgaven meegenomen worden bij de bepaling van de fiscale winst.<sup>114</sup> Daarbovenop kan het bronland de vennootschap niet langer als uiteindelijk gerechtigde tot de voordelen zien, omdat de renten en/of royalty's niet in Nederland in de heffing worden betrokken. In dat geval bestaat geen recht op het lagere bronbelastingtarief in het bronland dat veelal in de belastingverdragen van Nederland opgenomen is.<sup>115</sup> Deze consequentie heeft echter enkel effect indien het bronland ook daadwerkelijk overgaat tot het heffen van bronbelasting over de betalingen. Een ander nadeel van deze maatregel, is dat er makkelijk om de grenzen van de safe harbour heen gestructureerd kan worden. De commissie doorstroomvennootschappen heeft dan ook geadviseerd om art. 8c aan te passen. Met deze aanpassing zal geen concrete wettelijke invulling meer gegeven worden aan het eigen vermogen door middel van afschaffing van de safe harbour, waardoor er minder makkelijk omheen gestructureerd zal kunnen worden.<sup>116</sup> De aanbeveling van de commissie doorstroomvennootschappen wordt verder besproken in paragraaf 4.8.

De safe harbour van artikel 8c Wet Vpb, is iets dat niet terug lijkt te komen in ATAD3. Ik meen echter dat de in hoofdstuk 2 besproken tegenbewijsmogelijkheid van stap 4 van ATAD3 overlap vertoont met artikel 8c. Om in aanmerking te komen voor de tegenbewijsmogelijkheid van ATAD3, dient de vennootschap die door de gateway heen is gekomen, bewijsmateriaal aan te leveren dat informatie bevat over de commerciële redenen voor de oprichting en instandhouding van de onderneming die geen eigen bedrijfsruimten en/of bankrekening en/of het vereiste management of werknemers heeft. Ook dient informatie verstrekt te worden over de middelen die de onderneming gebruikt om haar

---

<sup>112</sup> Art. 8c lid 2 Wet Vpb.

<sup>113</sup> Art. 8c lid 1 Wet Vpb.

<sup>114</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën van 21 december 2000, *Stb.* 2000, 642.

<sup>115</sup> Zie de formulering 'uiteindelijk gerechtigde' in art. 11 en 12 van het OESO-MV.

<sup>116</sup> *Rapport commissie doorstroomvennootschappen* 2021, p. 53.

bedrijfsactiviteiten uit te oefenen en over de band tussen de onderneming en de lidstaat, waaruit kan worden geverifieerd waar zij haar daadwerkelijke fiscale vestigingsplaats heeft. De vennootschap voldoet aan de tegenbewijsregeling indien uit de verstrekte informatie blijkt dat de vennootschap voortdurend zeggenschap heeft gehad over en de risico's heeft gedragen van de bedrijfsactiviteiten die de relevante opbrengsten hebben gegenereerd of, bij gebrek aan opbrengsten, van haar activa. De lidstaat waarin de vennootschap is gevestigd, kijkt dus of de vennootschap risico's draagt. Op grond hiervan concludeer ik dat de tegenbewijsregeling van ATAD3 het reële risico toetst dat de vennootschap loopt. ATAD3 bevat hiertoe een betere toets dan art. 8c Wet Vpb. Zoals hierboven is vermeld, valt om de safe harbour van art. 8c Wet Vpb vrij gemakkelijk heen te structureren. De toets van ATAD3 is een open norm, zonder safe harbour. Dit maakt het moeilijker om onder de toets van ATAD3 uit te komen. Ik zie hier een mogelijkheid om art. 8c aan te passen naar de open norm die onder ATAD3 gehanteerd wordt. Deze toets biedt immers minder structureringmogelijkheden. Daarnaast zal de overlap met ATAD3 uitvoeringslasten verlichten. Art. 8c Wet Vpb is onder andere gericht op brievenbusvennootschappen. In elk geval een klein deel van de vennootschappen die voor art. 8c vast moeten stellen of zij reële risico's lopen, zullen ook vennootschappen zijn die de gateway van ATAD3 passeren en informatie verstrekken voor de tegenbewijsmogelijkheid. Bij een gelijke toets tussen ATAD3 en art. 8c, dalen de uitvoeringslasten voor zowel de belastingdienst als de belastingplichtige. Immers hoeft op deze manier, een vergelijkbare toets niet tweemaal uitgevoerd te worden bij dezelfde belastingplichtige.

### 4.3. Het Nederlandse rulingbeleid

Eén van de redenen waarom Nederland een reputatie als aantrekkelijk doorstroomland heeft opgebouwd, is het Nederlandse rulingbeleid. Een ruling is een afspraak tussen de belastingdienst en belastingplichtige over de toepassing van fiscale regelgeving in een specifieke situatie. Er bestaan twee soorten rulings, zijnde advance tax rulings (hierna: ATR) en advance pricing agreements (hierna: APA).<sup>117</sup> Het belangrijke voordeel van rulings, is dat de belastingplichtige zekerheid verkrijgt over de fiscale gevolgen van een bepaalde situatie. Door de jaren heen zijn de vereisten waar een belastingplichtige aan moet voldoen voor het verkrijgen van een ruling aanzienlijk gewijzigd. Momenteel dient een vennootschap aan het 'economische nexus' vereiste te voldoen om in aanmerking te komen voor een ruling.<sup>118</sup> Indien niet aan het economische nexus vereiste wordt

---

<sup>117</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, *Stb.* 2014, 15957.

<sup>118</sup> *Kamerstukken II*, 2018/2019, 25 087, nr. 223.

voldaan, wordt daarnaast spontaan informatie uitgewisseld met andere landen indien de vennootschap niet aan concrete substance-vereisten voldoet.<sup>119</sup>

Per 1 juli 2019 is het Nederlandse rulingbeleid aanzienlijk gewijzigd.<sup>120</sup> De concrete substance-vereisten om in aanmerking te komen voor een ruling, zijn vervangen door het vereiste van economische nexus. Om een ruling te verkrijgen, dient een vennootschap economische activiteiten te verrichten in Nederland, waarbij de Nederlandse vennootschap verantwoordelijk is voor de boekhouding en de risico's draagt. Om dit te bepalen, wordt gekeken naar het aantal personeelsleden en de hoogte van de bedrijfskosten. Daarnaast wordt gekeken naar de afkomst en bestemming van geldstromen. In situaties waarbij laagbelastende jurisdicties betrokken zijn en situaties waarbij de vennootschap een zuivere doorstroomvennootschap is, zullen geen rulings worden afgegeven.<sup>121</sup> De economische nexus is een open norm die niet terugkomt binnen ATAD3. ATAD3 ziet dan ook niet op rulings. De economische nexus is een maatregel die na de implementatie van ATAD3 mijns inziens zou moeten blijven bestaan. ATAD3 vormt immers een minimumbescherming en het economische nexus-vereiste voor het verkrijgen van een ruling, vormt een goede aanvulling in de maatregelen tegen brievenbusvennootschappen.

Indien niet aan de economische nexus wordt voldaan, dan kan de vennootschap dus niet in aanmerking komen voor een ruling. Daarnaast bestaan concrete substance vereisten. Indien vennootschappen niet voldoen aan deze vereisten, zullen zij niet in aanmerking komen voor een ruling. Voorts moeten zij een overzicht verstrekken van de ontvangen rente-, royalty-, huur- en leasebetalingen waarvoor de belastingplichtige om toepassing heeft verzocht of nog zou kunnen verzoeken van een bepaling ter voorkoming van dubbele belasting (bijvoorbeeld een belastingverdrag), de RR-richtlijn, of een nationale bepaling ter uitvoering van de RR-richtlijn (in Nederland zijn er geen dergelijke bepalingen).<sup>122</sup> De verstrekte informatie wordt door Nederland spontaan uitgewisseld met andere landen.<sup>123</sup> Het doel van deze informatieverstrekking, is het voorkomen van oneigenlijk gebruik van de bepalingen. Het bronland dat de informatie verkrijgt, kan antimisbruikbepalingen inzetten om de voordelen te ontzeggen aan de belastingplichtige.<sup>124</sup> Dit kan voor de RR-richtlijn op basis van de in hoofdstuk 2 besproken Denmark-arresten. Voor belastingverdragen kan dit op basis van de in hoofdstuk 3 besproken PPT. In het bronland zal dan de vrijstelling van bronbelasting (of de verlaagde

---

<sup>119</sup> Art. 3a Uitvoeringsbesluit internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen.

<sup>120</sup> *Kamerstukken II*, 2018/2019, 25 087, nr. 223.

<sup>121</sup> *Kamerstukken II*, 2018/2019, 25 087, nr. 223.

<sup>122</sup> Art. 3a Uitvoeringsbesluit internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen.

<sup>123</sup> Met andere landen doel ik op landen die tot het 'Inclusive Framework' van de OESO behoren.

<sup>124</sup> *Rapport commissie doorstroomvennootschappen* 2021, p. 22.

bronbelasting op grond van een belastingverdragen) geweigerd worden, waardoor misbruik wordt voorkomen.

De substancevereisten gelden ten aanzien van belastingplichtigen waarvan de activiteiten hoofdzakelijk (voor 70% of meer) bestaan uit het (in)direct ontvangen en betalen van renten, royalty's, huur of leasetermijnen. Momenteel zien de substance-eisen er als volgt uit:<sup>125</sup>

- Ten minste de helft van de statutaire bestuursleden met beslissingsbevoegdheid moet in Nederland wonen;
- Deze bestuursleden moeten, kort gezegd, over de vereiste kennis beschikken om hun taken uit te voeren;
- De bestuursbesluiten moeten in Nederland worden genomen;
- Er moet gekwalificeerd personeel zijn om de activiteiten van de belastingplichtigen uit te voeren en te registreren;
- De belangrijkste bankrekeningen moeten in Nederland worden aangehouden;
- De boekhouding moet in Nederland worden gevoerd;
- Er moet een bedrag van ten minste € 100.000 aan loonkosten gemaakt worden;
- De belastingplichtige moet gedurende een periode van ten minste 24 maanden een in Nederland gelegen onroerende zaak hebben dat geschikt is voor het uitoefenen van bovenstaande activiteiten, en de activiteiten moeten daadwerkelijk in dat kantoor worden uitgeoefend;
- De belastingplichtige moet reële risico's dragen met betrekking tot de leningen of royalty/huur/leaseovereenkomsten; en
- De belastingplichtige moet een bedrag aan eigen vermogen aanhouden dat in verhouding staat tot het reële risico dat hij loopt.

Ook in ATAD3 komen substancevereisten voor. Vergelijkbaar met de Nederlandse substancevereisten, voorziet ATAD3 in informatie-uitwisseling. Het is daarom interessant om de substancevereisten van ATAD3 nader te bekijken. Wanneer een vennootschap de gateway van stap 1 van ATAD3 heeft gepasseerd, moeten zij op grond van stap 2 van ATAD3 in hun belastingaangifte verslag uitbrengen over hun substance. De verschaft informatie wordt inhoudelijk beoordeeld in de lidstaat van de vennootschap. Indien een onderneming de gateway heeft gepasseerd en uit de verschaft informatie vastgesteld kan worden dat ten minste één van de substance-elementen ontbreekt, wordt verondersteld dat de onderneming een brievenbusvennootschap is. Een onderneming die de gateway

---

<sup>125</sup> Art. 3a Uitvoeringsbesluit internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen.

passeert, maar waarvan uit de informatie blijkt dat aan alle substance-elementen voldaan is, wordt verondersteld geen brievenbusvennootschap te zijn. De substancevereisten van ATAD3 zijn als volgt:<sup>126</sup>

- De onderneming beschikt over eigen bedrijfsruimten in de lidstaat, of over bedrijfsruimten die uitsluitend door haar worden gebruikt;
- De onderneming heeft ten minste één eigen en actieve bankrekening in de Unie;
- Een van de volgende indicatoren:
  - Een of meer directeurs van de onderneming 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, zijn gekwalificeerd en gemachtigd om besluiten te nemen met betrekking tot de activiteiten of de activa van de onderneming, maken geregeld actief en onafhankelijk gebruik van die machtiging en zijn geen werknemers of bestuurders van een onderneming die geen verbonden onderneming is; of
  - De meerderheid van de werknemers van de onderneming 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 deze werknemers zijn gekwalificeerd om de activiteiten te verrichten die voor de onderneming relevante opbrengsten genereren.

De Nederlandse substancevereisten en de substancevereisten van ATAD3 komen voor een deel overeen. Onderstaande tabel bevat een vergelijking tussen substancevereisten van Nederland en ATAD3.

---

<sup>126</sup> Zie art. 7 van ATAD3.



Tabel 1: vergelijking substancevereisten tussen Nederland en ATAD3

Categorie	Nederlandse vereisten	ATAD3 vereisten
<i>Bestuursleden</i>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Ten minste de helft van de bestuursleden met beslissingsbevoegdheid moet in Nederland wonen;</li> <li>2. De bestuursleden moeten over de vereiste kennis beschikken om hun taken uit te voeren;</li> <li>3. De bestuursbesluiten moeten in Nederland worden genomen.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Ten minste een van de bestuursleden moet in de vestigingsstaat wonen;</li> <li>2. De bestuursleden zijn gekwalificeerd en gemachtigd om besluiten te nemen;</li> <li>3. De bestuursleden maken geregeld actief en onafhankelijk gebruik van die machtiging;</li> <li>4. De bestuursleden zijn geen werknemers/ bestuurders van een onderneming die geen verbonden onderneming is.</li> </ol>
<i>Werknemers</i>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Er moet gekwalificeerd personeel zijn om de activiteiten uit te voeren en te registreren;</li> <li>2. Er moet een bedrag van ten minste € 100.000 aan loonkosten gemaakt worden.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. De meerderheid van de werknemers zijn fiscaal inwoner van de vestigingsstaat;</li> <li>2. Deze werknemers zijn gekwalificeerd om activiteiten te verrichten die relevante opbrengsten genereren.</li> </ol>
<i>Bankrekening</i>	De belangrijkste bankrekeningen zitten in Nederland.	Ten minste één eigen en actieve bankrekening in de Unie.
<i>Bedrijfsruimte</i>	Gedurende ten minste 24 maanden een in Nederland gelegen onroerende zaak die geschikt is voor het uitoefenen van de activiteiten, en de activiteiten moet in dat kantoor worden uitgeoefend.	Eigen bedrijfsruimten in de vestigingsstaat, of bedrijfsruimten die uitsluitend door haar worden gebruikt.
<i>Boekhouding</i>	De boekhouding moet in Nederland worden gevoerd.	Geen.
<i>Reëel risico</i>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. De belastingplichtige moet reële risico's dragen;</li> <li>2. De belastingplichtige moet een bedrag aan eigen vermogen aanhouden dat in verhouding staat tot het reële risico.</li> </ol>	Geen.

Op een aantal punten, verschillen de substancevereisten van Nederland en ATAD3. Mijns inziens, is het meest opvallende verschil dat Nederland een stuk zwaardere eisen stelt aan bestuurders en werknemers. Zo hoeft onder ATAD3 slechts één bestuurder aan de substancevereisten te voldoen, terwijl in Nederland de meerderheid van de bestuurders aan de vereisten dient te voldoen. Voorts dient bij de werknemers in Nederland een loonkostensom van minimaal 100.000 euro te bestaan. Bovendien moet in Nederland aan zowel de vereisten ten aanzien van de bestuurders, als aan de

vereisten ten aanzien van de werknemers voldaan worden. Op grond van ATAD3 hoeft enkel aan één van deze vereisten voldaan te worden. Een ander punt waar Nederland strenger is, is de Nederlandse eis dat het pand 24 maanden beschikbaar moet zijn. ATAD3 bevat ten aanzien van het bedrijfspand echter wel een strengere formulering op het gebied van exclusiviteit. Onder ATAD3 dient het bedrijfspand uitsluitend door de onderneming gebruikt te worden. Deze eis kent Nederland niet.

Met een aantal kleine aanpassingen aan de substancevereisten, denk ik dat Nederland de huidige substancevereisten mede kan gaan gebruiken in het kader van ATAD3. ATAD3 is immers een richtlijn die voorziet in een minimumbescherming. De lidstaten kunnen derhalve kiezen om strengere eisen te stellen.<sup>127</sup> De Nederlandse substancevereisten zouden aangepast moeten worden op het vereiste van de bedrijfsruimte. Hier zal Nederland een exclusiviteitseis aan toe moeten voegen, op grond waarvan het bedrijfspand uitsluitend door de onderneming gebruikt kan worden. Wanneer de Nederlandse substancevereisten op dat punt gewijzigd worden, kunnen de eisen ook gebruikt worden ter implementatie van ATAD3. De Nederlandse substancevereisten worden dan zowel gebruikt bij het spontaan uitwisselen van informatie van ontvangen rente-, royalty-, huur- en leasebetalingen, als ter implementatie van de tegenbewijsmogelijkheid van ATAD3. Bij gelijkstelling van deze substancevereisten, zullen de uitvoeringskosten van ATAD3 dalen. Immers hoeft op deze manier, een vergelijkbare toets niet tweemaal uitgevoerd te worden. Daarnaast kan Nederland ATAD3 inzetten ter vervangingen van de spontane informatie-uitwisseling ten aanzien van EU-lidstaten.

#### 4.4. ATAD1

ATAD1 bevat de Europese invulling van een aantal OESO BEPS-actiepunten die belastingontwijking tegen gaan. Daartoe bevat ATAD1 vier maatregelen. Ten eerste bevat het een renteaftrekbeperking in de vorm van een earningsstrippingregeling. Ten tweede voorziet ATAD1 in een regeling voor exitheffingen. Ten derde bevat ATAD1 een algemene antimisbruikmaatregel. Als laatste voorziet ATAD1 in een maatregel voor gecontroleerde buitenlandse vennootschappen en vaste inrichtingen (CFC's).<sup>128</sup>

Zoals is voorgeschreven door ATAD1, heeft Nederland per 2019 een aantal antimisbruikmaatregelen in werking doen treden. Ter implementatie van ATAD1, is in Nederland een earningsstrippingmaatregel ingevoerd in art. 15b Wet Vpb en een CFC-maatregel in art. 13ab Wet Vpb. Ten aanzien van de exitheffingen, zijn in art. 25b van de Invorderingswet de voorwaarden voor het verkrijgen van uitstel van betaling van de exitheffing gewijzigd. Voor 2019, kende Nederland al een algemene

---

<sup>127</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 5.

<sup>128</sup> Richtlijn 2016/1164/EU (ATAD1).

antimisbruikbepaling door middel van *fraus legis*. De earningsstrippingmaatregel van art. 15b Wet Vpb bevat een algemene renteaftrekbeperking om grondslaguitholling en winstverschuiving door middel van rentebetalingen tegen te gaan.<sup>129</sup> Deze maatregel ziet niet specifiek op brievenbusvennootschappen. Daarom zal ik afzien van een verdere analyse van deze maatregel. Ook de wijziging van de Invorderingswet ten aanzien van de exitheffingen, is niet gericht tegen brievenbusvennootschappen. Daarom zal ik deze niet verder behandelen.

De CFC-regels van ATAD1 zijn gericht op het tegengaan van het verschuiven van winsten (en uitstel van belastingheffing) via buitenlandse lichamen die gecontroleerd worden door een binnenlands belastingplichtig lichaam. Bij de implementatie van ATAD1, konden lidstaat kiezen tussen twee benaderingen ten aanzien van het in de heffing betrekken van het inkomen van CFC's. Het eerste model ziet op bepaalde inkomensstromen, zoals rente, royalty's en dividenden. Indien sprake is van wezenlijke economische activiteiten, gaat het eerste model in dat geval niet op. Het tweede model betreft inkomen in de belastinggrondslag via het *arm's-length* beginsel. Het tweede model gaat op wanneer het inkomen via kunstmatige structuren naar de CFC wordt geleid.<sup>130</sup> Nederland heeft bij de implementatie van ATAD1 gekozen voor het eerste model. Bij CFC's worden op grond van art. 13a Vpb bepaalde 'besmette voordelen' direct opgenomen in de Nederlandse belastinggrondslag. Er is sprake van een CFC wanneer het Nederlandse lichaam (in)direct een belang van meer dan 50% heeft in een buitenlands lichaam of sprake is van een vaste inrichting, én het buitenlandse lichaam of de vaste inrichting gevestigd is in een land met een statutair winstbelastingtarief van minder dan 9% of in een land dat is opgenomen op de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden. Een uitzondering geldt wanneer de CFC een wezenlijke economische activiteit uitoefent. Onder wezenlijke economische activiteit wordt bijvoorbeeld de situatie verstaan waarin de belastingplichtige voldoende substance heeft en de inspecteur niet aannemelijk maakt dat sprake is van misbruik. Indien een uitzondering van toepassing is, worden de besmette voordelen niet in aanmerking genomen bij het Nederlandse lichaam.<sup>131</sup>

ATAD3 en de CFC-maatregel, hebben geen gelijke reikwijdte. De CFC-maatregel gaat enkel op ten aanzien van landen met een statutair winstbelastingtarief van minder dan 9% of die zijn opgenomen op de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden, terwijl ATAD3 opgaat ten aanzien van alle landen. De gevolgen van ATAD3 en de CFC-maatregel, zijn in de lidstaat van de aandeelhouders echter wel ongeveer gelijk. Bij de CFC-maatregel, wordt immers ook het inkomen rechtstreeks in de heffing betrokken bij de aandeelhouders van een entiteit. De CFC-maatregel gaat op wanneer een Nederlands

---

<sup>129</sup> *Kamerstukken II*, 2018/2019, 35 030, nr. 3.

<sup>130</sup> Richtlijn 2016/1164/EU (ATAD1).

<sup>131</sup> Art. 13a Wet Vpb.

lichaam een (in)direct belang heeft van meer dan 50%. De gevolgen van ATAD3 gelden voor brievenbusvennootschappen, die een strengere definitie kennen dan de 50% die in de CFC-regel is opgenomen. Daarom zal ATAD3 mijns inziens de CFC-maatregel niet overbodig maken. Wel kan de reikwijdte van de CFC-maatregel uitgebreid worden met brievenbusvennootschappen ter implementatie van de fiscale gevolgen van ATAD3 ten aanzien van de aandeelhouders.

ATAD1 schrijft een algemene antimisbruikmaatregel voor op grond waarvan een constructie of reeks van constructies voor de berekening van de verschuldigde vennootschapsbelasting, buiten beschouwing dienen te blijven indien de constructie is opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om een belastingvoordeel te verkrijgen die de toepassing van het belastingrecht ondermijnt en die, alle relevante feiten en omstandigheden in acht genomen, kunstmatig is.<sup>132</sup> Nederland kende met het leerstuk van *fraus legis* al langere tijd een algemene antimisbruikbepaling. Het leerstuk van *fraus legis* is ontwikkeld in de jurisprudentie, waarbij twee elementen van belang blijken bij de beoordeling of sprake is van *fraus legis*.<sup>133</sup> Het eerste element vereist dat de handelingen als doorslaggevend doel het verijdelen van belasting hebben. Dit lijkt sterk op het vereiste van hoofddoel of een van de hoofdstuk van ATAD1. Het tweede element vereist dat de belastingverijdeling in strijd is met doel en strekking van de wet. Ook dit element wordt omhelst door ATAD1, waarbij vereist is dat het belastingvoordeel de toepassing van het belastingrecht ondermijnt. *Fraus legis* kent geen kunstmatigheidsvereiste, echter zijn de elementen die van belang zijn voor de vaststelling van kunstmatigheid eveneens relevant bij de beoordeling of sprake is van *fraus legis*. Volgens de wetgever, was het om die redenen niet nodig om de algemene antimisbruikmaatregel van ATAD1 specifiek te implementeren in de Nederlandse wet- en regelgeving.<sup>134</sup> ATAD3 bevat geen algemene antimisbruikmaatregel. *Fraus legis* blijft daarom een goede algemene antimisbruikbepaling en toevoeging op ATAD3.

#### 4.5. De PPT in belastingverdragen

Nederland voert sinds 2013 het beleid om antimisbruikbepalingen op te nemen in belastingverdragen. In het grootste deel van de verdragen, nemen deze antimisbruikbepalingen de vorm aan van een PPT. Nederland heeft immers onder het multilateraal instrument geopteerd voor de PPT.<sup>135</sup> Zoals in hoofdstuk 3 is besproken, houdt de PPT in dat een verdragsvoordeel wordt geweigerd wanneer een van de hoofddoelen van een constructie of transactie eruit bestaat om een

---

<sup>132</sup> Art. 6 Richtlijn 2016/1164/EU (ATAD1).

<sup>133</sup> *Kamerstukken II*, 2018/2019, 35 030, nr. 3, MvT, p. 14-15.

<sup>134</sup> *Kamerstukken II*, 2018/2019, 35 030, nr. 3, MvT, p. 14-15.

<sup>135</sup> *Kamerstukken II*, 2016/2017, 25 087, nr. 135.

verdragsvoordeel te verkrijgen. Een tegenbewijsmogelijkheid bestaat, indien de belastingplichtige kan bewijzen dat het verkrijgen van het verdragsvoordeel in overeenstemming zou zijn met het doel van strekking van de relevante bepalingen van het belastingverdrag. De formulering van ‘een van de hoofddoelen’ houdt in dat de constructie of transactie direct of indirect geresulteerd zou moeten hebben in het verkrijgen van de verdragsvoordelen. Volgens het OESO-commentaar is de zin bewust zeer breed geformuleerd.<sup>136</sup> In hoofdstuk 3 heb ik besproken dat de PPT in belastingverdragen ingezet kan worden om verdragsvoordelen te ontzeggen aan de brievenbusvennootschap. ATAD3 sluit derhalve goed aan bij de PPT. De PPT geldt niet enkel in de situatie van ATAD3, maar heeft een breder toepassingsbereik.

#### 4.6. Maatregelen in de bronbelastingen

Ook in de bronbelastingen, neemt Nederland maatregelen tegen brievenbusvennootschappen. In de dividendbelasting waren coöperaties tot 2018 in principe uitgezonderd van de inhoudingsplicht van dividendbelasting. Dit was gericht op het vrijstellen van de agrarische sector, waar coöperaties voornamelijk werden aangegaan. Echter werden door de uitzondering van inhoudingsplicht coöperaties ingezet in internationale structuren om de heffing van dividendbelasting in Nederland te ontgaan.<sup>137</sup> Daarom is per 1 januari 2018 een inhoudingsplicht ingevoerd voor zogenoemde houdstercoöperaties. Er is sprake van een houdstercoöperatie wanneer de feitelijke werkzaamheden hoofdzakelijk bestaan uit het houden van deelnemingen of het direct of indirect financieren van met haar verbonden lichamen of natuurlijke personen.<sup>138</sup> ATAD3 staat los van de inhoudingsplicht van houdstercoöperaties. De inhoudingsplicht van houdstercoöperaties zal daarom mijns inziens in de huidige vorm dienen te blijven bestaan na implementatie van ATAD3.

Naast de inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties, is een conditionele bronbelasting ingevoerd die ook niet-houdstercoöperaties onder bepaalde voorwaarden aan een bronbelasting onderwerpt. In hoofdstuk 3 is besproken dat de Wet bronbelasting 2021 zich voornamelijk richt op rechtstreekse rente- en royaltybetalingen aan gelieerde lichamen die zijn gevestigd in een laagbelastende jurisdictie. Van gelieerde lichamen is sprake wanneer een zodanige invloed op de besluiten van een lichaam kan worden uitgeoefend, dat de activiteiten van het lichaam kunnen worden bepaald. Een laagbelastende jurisdictie is een bij ministeriële regeling aangewezen jurisdictie die een winstbelasting-tarief van lager dan 9% heft, of die is opgenomen op de EU-lijst van niet-coöperatieve

---

<sup>136</sup> Paragraaf 176 van het OESO-modelverdrag.

<sup>137</sup> *Rapport commissie doorstroomvennootschappen 2021*, p. 54.

<sup>138</sup> Art. 1 lid 2 en 7 Wet DB.

jurisdicties voor belastingdoeleinden.<sup>139</sup> Naast de bovengenoemde situatie, bestaat belastingplicht in een aantal situaties die vergelijkbaar zijn met de bovenstaande situatie. Dat geldt bijvoorbeeld wanneer de voordelen toegerekend worden aan een laagbelastende jurisdictie, wanneer de voordelen lopen via een tussenschakel om belasting bij een ander te ontgaan, of bij hybride lichamen.<sup>140</sup> Per 1 januari 2024 zal de Wet BB uitgebreid gaan worden met dividenden.<sup>141</sup> Zoals in hoofdstuk 3 is besproken, denk ik dat ATAD3 een kans biedt voor de Wet BB. Door de belastingplicht voor de Wet BB te vervangen door entiteiten die rente-, dividend- en/of royaltybetalingen doen aan brievenbusvennootschappen in de zin van ATAD3, kan de werking van de bronbelasting worden uitgebreid. De uitbreiding van de belastingplicht, levert mijns inziens geen discriminatie op en is daardoor mogelijk. De uitbreiding is in lijn met de doelstelling van de Wet BB en zal de uitvoeringskosten van ATAD3 doen dalen. Immers hoeven belastingplichtigen op deze manier minder verschillende toetsen uit te voeren.

#### 4.7. DAC6

DAC6 bevat een plicht om potentieel agressieve grensoverschrijdende constructies te melden. Door middel van DAC6, verkrijgen belastingdiensten vroegtijdig informatie over potentieel schadelijke structuren. Hierdoor kan sneller gereageerd worden, bijvoorbeeld door het invoeren nieuwe wet- en regelgeving of door het instellen van belastingcontroles.<sup>142</sup> De meldingsplicht van DAC6 ligt in principe bij de intermediair. Dit is de persoon die de grensoverschrijdende constructie bedenkt, aanbiedt, opzet of de implementatie ervan beheert. Intermediairs zijn bijvoorbeeld belastingadviseurs, advocaten, accountants en financieel adviseurs.<sup>143</sup> Indien geen intermediair betrokken is bij de grensoverschrijdende constructie, is de belastingplichtige zelf meldingsplichtig.<sup>144</sup> De melding dient gedaan te worden binnen 30 dagen nadat de transactie heeft plaatsgevonden.<sup>145</sup> Grensoverschrijdende constructies die voldoen aan één of meer zogenoemde wezenskenmerken moeten gemeld worden.<sup>146</sup> De lijst met wezenskenmerken is onderverdeeld in vijf verschillende categorieën. Voor sommige transacties geldt pas een meldingsplicht als ook aan de main benefit test wordt voldaan. Om te voldoen aan de main benefit test, dient aangetoond te kunnen worden dat het belangrijkste voordeel of een van de belangrijkste voordelen die, gelet op alle relevante feiten en omstandigheden, redelijkerwijs te

---

<sup>139</sup> Art. 1.2 Wet BB.

<sup>140</sup> Art. 2.1 lid 2 Wet BB.

<sup>141</sup> *Kamerstukken II*, 2019/2020, 35 523, nr. 1.

<sup>142</sup> Overweging 2 Richtlijn 2018/822/EU (DAC6).

<sup>143</sup> Art. 3 punt 21 Richtlijn 2018/822/EU (DAC6).

<sup>144</sup> Art. 8bis ter lid 6 Richtlijn 2018/822/EU (DAC6).

<sup>145</sup> Art. 8bis ter lid 1 Richtlijn 2018/822/EU (DAC6).

<sup>146</sup> Art. 3 punt 19 Richtlijn 2018/822/EU (DAC6).

verwachten valt van een transactie het verkrijgen van een belastingvoordeel is. Eén van de vijf wezenskenmerken richt zich op circulaire transacties waarbij middelen worden rondgepompt. Dit wezenskenmerk kan zich richten op zuivere doorstroomvennootschappen, die hoofdzakelijk ter belastingbesparing worden tussengeschoven.<sup>147</sup> Om meer zekerheid te bieden over de meldingsplicht, heeft de Nederlandse belastingdienst een leidraad opgesteld met voorbeelden van grensoverschrijdende constructies die bepaalde wezenskenmerken bezitten.<sup>148</sup>

ATAD3 voorziet overeenkomstig DAC6 in informatie-uitwisseling. De structuren die op grond van DAC6 gemeld dienen te worden, zijn echter een stuk breder dan de situaties waar ATAD3 op ziet. Ten aanzien van brievenbusvennootschappen, bevat DAC6 enkel een meldingsplicht bij circulaire transacties waarbij middelen worden rondgepompt. ATAD3 ziet niet enkel op situaties waarin middelen worden rondgepompt. Daarom zal door middel van ATAD3 informatie over meer brievenbusvennootschappen verkregen worden, dan dat dat op grond van DAC6 gebeurt. ATAD3 vormt daarom mijns inziens een goede toevoeging op DAC6.

#### **4.8. Rapport commissie doorstroomvennootschappen**

De commissie doorstroomvennootschappen, onder leiding van Ter Haar, heeft op 31 oktober 2021 een rapport gepubliceerd over doorstroomvennootschappen. In het rapport is onderzoek gedaan naar doorstroomvennootschappen en zijn naar aanleiding van het onderzoek, adviezen uitgebracht over beleidsopties. Het onderzoek is benaderd vanuit nationaal en internationaal perspectief. Het eerste aspect van een doorstroomvennootschap dat de commissie belicht, is de definitie ervan. De huidige definities in wet- en regelgeving hebben volgens de commissie een beperkte reikwijdte. Daarom hanteert de commissie een aantal andere kenmerken om een brievenbusvennootschap te definiëren. Doorstroomvennootschappen zijn volgens de commissie naar Nederlands recht opgerichte entiteiten die doorgaans worden gebruikt in internationale structuren voor transacties met verbonden partijen. Bovendien is de werkelijke aanwezigheid in Nederland beperkt (bijvoorbeeld door het ontbreken van een eigen kantoor) of is slechts een beperkt aantal werknemers aanwezig. Van de Nederlandse entiteit in de structuur wordt gebruik gemaakt met het oog op het verkrijgen van vaak fiscale, financiële of juridische motieven. Het gaat doorgaans om grote internationale geldstromen bestaande uit dividenden, rente, royalty's, huur- en leasebetalingen van en naar andere landen of balansposities, zoals deelnemingen in buitenlandse dochterondernemingen met een hoge boekwaarde.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> Bijlage IV Richtlijn 2018/822/EU (DAC6).

<sup>148</sup> Leidraad meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies, 24 februari 2020, *Stb.* 2020, 34991.

<sup>149</sup> *Rapport commissie doorstroomvennootschappen* 2021, p. 24.

Per 2019, kende Nederland nog een groot aantal doorstroomvennootschappen. Dat waren er toen circa 12.400 met een balanstotaal van circa 4.500 miljard euro, zijnde 550% van het Nederlandse bruto binnenlands product. De rente-, royalty- en dividendbetalingen die via die entiteiten lopen, bedroegen in de periode tussen 2015 en 2019 gemiddeld 170 miljoen euro per jaar. De commissie concludeert dat het merendeel van deze bedragen naar belastingparadijzen stroomt, terwijl de uiteindelijke topholding vaak in de Verenigde Staten was gevestigd. Gelet op het aantal werknemers en de belastinginkomsten zijn doorstroomvennootschappen van beperkt belang voor de Nederlandse economie. Het bedrag aan belastingen dat door stroomvennootschappen in 2019 werd betaald, bedroeg slechts ongeveer 0,2% van de totale belastinginkomsten. Deze belastinginkomsten wegen niet op tegen de impact van doorstroomvennootschappen op de belastinginkomsten van ontwikkelingslanden en kan daarnaast leiden tot treaty shopping via het Nederlandse verdragennetwerk. Een belangrijke kanttekening op deze cijfers, is dat de statistieken waarop de analyse gebaseerd is uit 2019 komen. Sinds 2019 zijn verschillende extra maatregelen in werking getreden, zoals strengere substance-vereisten en de invoering van de Wet bronbelasting 2021.<sup>150</sup> Daarom zal het aantal brievenbusvennootschappen in Nederland momenteel lager liggen.

Per 2019 was Nederland in elk geval nog aantrekkelijk genoeg voor circa 12.400 doorstroomvennootschappen. Volgens de commissie komt dit onder andere door de deelnemingsvrijstelling, het omvangrijke verdragennetwerk, de afwezigheid van een bronbelasting op renten en royalty's en de rulingpraktijk.<sup>151</sup> De Wet BB maakt volgens de commissie naar verwachting een (gedeeltelijk) einde aan rente- en royaltystromen door Nederland waar een fiscaal motief aan ten grondslag ligt. Toch zal er nog een grote groep doorstroomvennootschappen zijn die gebruik maakt van het Nederlandse stelsel om fiscale voordelen te behalen.<sup>152</sup> Daarom doet de commissie een aantal fiscale en niet-fiscale aanbevelingen.<sup>153</sup> Ten eerste wordt geadviseerd om het minimumrisicovereiste van art. 8c Wet Vpb af te schaffen. Zoals in paragraaf 4.2 is besproken, kan immers gemakkelijk om de grens van 2 miljoen heen gestructureerd worden. In plaats van het huidige minimumrisicovereiste, wordt aanbevolen om een open norm in te voeren op grond waarvan per situatie bepaald wordt of een vennootschap voldoende risico's draagt.<sup>154</sup> Daarop voortbordurend, pleit de commissie voor een uitbreiding van spontane uitwisseling van informatie ten aanzien van de vennootschappen die onvoldoende risico's dragen.<sup>155</sup> Een verdere uitbreidingsmogelijkheid van de spontane informatie-uitwisseling, betreft de

---

<sup>150</sup> *Rapport commissie doorstroomvennootschappen 2021*, p. 28 – 36.

<sup>151</sup> *Rapport commissie doorstroomvennootschappen 2021*, p. 37.

<sup>152</sup> *Rapport commissie doorstroomvennootschappen 2021*, p. 78.

<sup>153</sup> Ik zal niet ingaan op de niet-fiscale aspecten in dit onderzoek.

<sup>154</sup> *Rapport commissie doorstroomvennootschappen 2021*, p. 88.

<sup>155</sup> *Rapport commissie doorstroomvennootschappen 2021*, p. 88.



situatie waarin een vennootschap vrijgesteld vermogenswinst behaalt bij de overdracht van aandelen. Op grond van de meeste belastingverdragen, heeft immers de woonstaat het heffingsrecht (tenzij de bronstaat een antimisbruikbepaling toe kan passen). Echter zijn in Nederland dergelijke winsten veelal vrijgesteld van belasting. Een uitbreiding van informatie-uitwisseling, zou de bronstaat in staat moeten stellen om een antimisbruikbepaling toe te passen.<sup>156</sup>

Op internationaal gebied, heeft de commissie ook verschillende aanbevelingen. De eerste aanbevelingen ziet op de toepassing van de PPT. Nederland zou moeten streven naar het opnemen van de PPT in elk belastingverdrag, ook wanneer het multilateraal instrument (hierna: MLI) niet van toepassing is. Wanneer het MLI niet van toepassing is, dient het concrete belastingverdrag aangepast te worden om de PPT in dat verdrag op te nemen. Daarnaast raadt de commissie een positieve houding richting (de toe nog niet gepubliceerde) conceptrichtlijn ATAD3 aan. Als laatste internationale aanbeveling, zou Nederland in moeten zetten op een duidelijke invulling van het EU-rechtelijke antimisbruikbeginsel. Nederland zou hierbij moeten pleiten voor maatregelen die zien op het beperken van de voordelen van de RR-richtlijn en de MD-richtlijn, alsmede op gerichte informatie-uitwisseling.<sup>157</sup>

Mijns inziens brengt ATAD3 direct of indirect mogelijkheden met zich mee op grond waarvan voldaan kan worden aan de aanbevelingen van de commissie. De eerste aanbeveling van de commissie is het invoeren van een open norm in artikel 8c Wet Vpb, op grond waarvan per situatie bepaald wordt of een vennootschap voldoende risico's draagt. Ik meen dat de tegenbewijsregeling uit stap 4 van ATAD3 een dergelijke open norm bevat. Een vennootschap voldoet aan de tegenbewijsregeling indien uit de verstrekte informatie blijkt dat de vennootschap voortdurend zeggenschap heeft gehad over en de risico's heeft gedragen van de bedrijfsactiviteiten die de relevante opbrengsten hebben gegenereerd of, bij gebrek aan opbrengsten, van haar activa. Door deze toets in te voeren in artikel 8c, zal voldaan worden aan de aanbeveling van de commissie. De tweede aanbeveling van de commissie, is het uitbreiden van spontane uitwisseling van informatie ten aanzien van de vennootschappen die onvoldoende risico's dragen. Op grond van ATAD3 wordt de verstrekte informatie bij de tegenbewijsregeling automatisch uitgewisseld. Indien de open norm van ATAD3 inderdaad wordt ingevoerd in art. 8c, zal in veel gevallen deze informatie reeds uitgewisseld zijn. Dat scheelt uitvoeringslasten voor de belastingdienst, die anders de informatie spontaan uit moet wisselen.

Op internationaal gebied, zou Nederland volgens de commissie moeten streven naar het opnemen van de PPT in elk belastingverdrag, ook wanneer het MLI niet van toepassing is. De PPT kan gebruikt

---

<sup>156</sup> *Rapport commissie doorstroomvennootschappen 2021*, p. 88.

<sup>157</sup> *Rapport commissie doorstroomvennootschappen 2021*, p. 89.

worden om verdragsvoordelen te ontzeggen aan ATAD3-brievenbusvennootschappen. Dit vormt een extra reden om de PPT in elk belastingverdrag op te nemen. Zoals in hoofdstuk 3 is besproken, is een subordinationbepaling een andere methode om verdragsvoordelen te ontzeggen op grond van ATAD3. Een subordinationbepaling geeft het EU-recht voorrang boven de verdragsbepalingen. Dit is een meer toekomstbestendig alternatief met het oog op toekomstige EU-wetgeving. Echter is het geen antimisbruiktoets. Los van de implementatie van ATAD3, lijkt het mij daarom een goede aanbeveling om de PPT in zoveel mogelijk belastingverdragen op te nemen.

De laatste aanbeveling van de commissie is dat Nederland zich in zou moeten zetten voor een duidelijke invulling van het misbruik van recht-begrip, waarbij maatregelen zouden moeten zien op het beperken van de voordelen van de RR-richtlijn en de MD-richtlijn, alsmede op gerichte informatie-uitwisseling. ATAD3 voorziet goed in deze aanbeveling. Zoals in hoofdstuk 2 is besproken, vertoont ATAD3 veel overeenkomsten met het in de jurisprudentie ontwikkelde misbruik van recht-begrip. ATAD3 kan mijns inziens dan ook gezien worden als een concrete invulling van het antimisbruikbeginsel. De gevolgen van ATAD3 zijn gericht op het ontzeggen van de voordelen die voortvloeien uit de RR-richtlijn en MD-richtlijn. Daarnaast bevat ATAD3 de verplichting tot automatische informatie-uitwisseling. Daarmee voldoet ATAD3 aan alle internationale aanbevelingen die de commissie doet.

#### **4.9. ATAD3: toegevoegde waarde?**

Nederland neemt nationaal en internationaal maatregelen tegen brievenbusvennootschappen. ATAD3 overlapt voor een deel met deze maatregelen, maar biedt ook kansen en goede toevoegingen aan de bestaande wet- en regelgeving. ATAD3 biedt een kans voor artikel 8c. Door het toetsingskader van de tegenbewijsregeling van ATAD3 in te voeren voor ATAD3, zullen minder structureringmogelijkheden ontstaan. Ook zullen de uitvoeringslasten dalen voor zowel de belastingdienst als voor de belastingplichtige. Voorts zal aan de eerste aanbeveling van de commissie doorstroomvennootschappen voldaan worden door de open norm van de tegenbewijsregeling van ATAD3 in te voeren. Een tweede regeling waar ATAD3 een kans biedt, is bij de Nederlandse substancevereisten. Met een aantal kleine aanpassingen aan de substancevereisten, denk ik dat Nederland de huidige substancevereisten mede kan gaan gebruiken in het kader van ATAD3. ATAD3 is immers een richtlijn die voorziet in een minimumbescherming. De lidstaten kunnen derhalve kiezen om strengere eisen te stellen. Hiervan is inderdaad sprake bij de Nederlandse substancevereisten. Een derde regeling, biedt juist mogelijkheden voor ATAD3. De PPT kan ingezet worden om verdragsvoordelen te ontzeggen aan de brievenbusvennootschap. ATAD3 sluit derhalve goed aan bij de PPT. Een vierde regeling waarvoor ATAD3 goed ingezet kan worden, is de Wet BB. Door de belastingplicht voor de Wet BB te vervangen

door entiteiten die rente-, dividend- en/of royaltybetalingen doen aan brievenbusvennootschappen in de zin van ATAD3, kan de werking van de bronbelasting worden uitgebreid.

Een aantal van de bestaande maatregelen, vertonen weinig overlap met ATAD3. De economische nexus is een maatregel die na de implementatie van ATAD3 mijns inziens zou moeten blijven bestaan in de huidige vorm. ATAD3 vormt immers een minimumbescherming en het economische nexus-vereiste voor het verkrijgen van een ruling, vormt een goede aanvulling in de maatregelen tegen brievenbusvennootschappen. Een andere maatregel die in de huidige vorm moet blijven bestaan, is de CFC-maatregel. De reikwijdte van de CFC-maatregel zou wel uitgebreid kunnen worden met brievenbusvennootschappen ter implementatie van de fiscale gevolgen van ATAD3 ten aanzien van de aandeelhouders. Een derde regeling die in de huidige vorm een goede toevoeging vormt op ATAD3, is *fraus legis*. ATAD3 staat los van de inhoudingsplicht van houdstercoöperaties. De inhoudingsplicht van houdstercoöperaties zal daarom mijns inziens in de huidige vorm dienen te blijven bestaan na implementatie van ATAD3. De laatste regeling die in de huidige vorm dient te blijven bestaan, is DAC6. Deze is immers veel breder van toepassing dan de situaties waar ATAD3 op ziet. Door middel van ATAD3 zal informatie over meer brievenbusvennootschappen verkregen worden, dan dat dat op grond van DAC6 gebeurt. Daarom meen ik dat ATAD3 een goede toevoeging vormt op DAC6, maar zeker geen vervanging ervan.

Al met al, ben ik van mening dat ATAD3 een goede toevoeging zal bieden aan de huidige maatregelen die genomen worden ten aanzien van brievenbusvennootschappen. Zoals besproken, voorziet ATAD3 in oplossingen die overlappen met vrijwel alle aanbevelingen die de commissie doorstroomvennootschappen doet. Hierin zie ik een bevestiging van de toegevoegde waarde van ATAD3 aan het huidige stelsel van maatregelen.

#### **4.10. Deelconclusie**

In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre ATAD3 binnen het bestaande Nederlandse belastingstelsel zal passen en in hoeverre ATAD3 een toegevoegde waarde heeft aan de huidige Nederlandse regelgeving aan de hand van de volgende deelvraag: Hoe verhouden de bestaande aanpak van brievenbusvennootschappen en het rapport commissie doorstroomvennootschappen zich tot ATAD3?

Art. 8c Wet Vpb bepaalt wanneer ontvangen en betaalde renten en royalty's buiten aanmerking blijven voor het bepalen van de winst binnen de vennootschapsbelasting door middel van een *safe harbour*. De toets van ATAD3 is een open norm, zonder *safe harbour*. Ik zie hier een mogelijkheid om art. 8c aan te passen naar de open norm die onder ATAD3 gehanteerd wordt.

Om voor een ruling in aanmerking te komen, dient een vennootschap aan het 'economische nexus' vereiste te voldoen om in aanmerking te komen voor een ruling. De economische nexus is een maatregel die na de implementatie van ATAD3 mijns inziens zou moeten blijven bestaan. Naast de economische nexus, wordt spontaan informatie uitgewisseld met andere landen indien de vennootschap niet aan concrete substance-vereisten voldoet. ATAD3 bevat ook substancevereisten. De Nederlandse substancevereisten en de substancevereisten van ATAD3 komen voor een deel overeen. Met een aantal kleine aanpassingen aan de substancevereisten, denk ik dat Nederland de huidige substancevereisten mede kan gaan gebruiken in het kader van ATAD3.

Onder andere de CFC-maatregel en fraus legis vormen de Nederlandse implementatie van ATAD1. Mijns inziens zal ATAD3 de CFC-maatregel niet overbodig maken. Wel kan de reikwijdte van de CFC-maatregel uitgebreid worden met brievenbusvennootschappen ter implementatie van de fiscale gevolgen van ATAD3 ten aanzien van de aandeelhouders. ATAD3 bevat geen algemene misbruikmaatregel. Fraus legis blijft daarom een goede antimisbruikbepaling en toevoeging op ATAD3. Ook de inhoudingsplicht van houdstercoöperaties in de dividendbelasting en DAC6 vormen een goede toevoeging op ATAD3. De PPT kan ingezet worden om verdragsvoordelen te ontzeggen aan de brievenbusvennootschap. ATAD3 sluit derhalve goed aan bij de PPT.

ATAD3 biedt een kans voor de Wet BB. Door de belastingplicht voor de Wet BB te vervangen door entiteiten die rente-, dividend- en/of royaltybetalingen doen aan brievenbusvennootschappen in de zin van ATAD3, kan de werking van de bronbelasting worden uitgebreid.

De commissie doorstroomvennootschappen, onder leiding van Ter Haar, heeft op 31 oktober 2021 een rapport gepubliceerd over doorstroomvennootschappen. De commissie doet in het rapport een aantal aanbevelingen. Mijns inziens brengt ATAD3 direct en indirect mogelijkheden met zich mee op grond waarvan voldaan kan worden aan de aanbevelingen van de commissie.

Al met al, geloof ik dat ATAD3 een goede toevoeging vormt aan de huidige maatregelen die tegen brievenbusvennootschappen genomen worden. Tot nu toe zijn de gevolgen van ATAD3 op het Nederlandse belastingstelsel, inclusief de huidige maatregelen tegen brievenbusvennootschappen, aan bod gekomen. In hoofdstuk 5 zal ik uitwerken of deze gevolgen van ATAD3 op het Nederlandse belastingstelsel, passend zijn aan de hand van een aantal criteria uit de Nota Zicht op Wetgeving.

# Hoofdstuk 5 – ATAD3 en de nota Zicht op wetgeving

---

## 5.1. Inleiding

Het doel van dit onderzoek is om inzicht te verkrijgen in het passen van ATAD3 binnen het Nederlandse belastingstelsel. In de vorige hoofdstukken heb ik daartoe bepaald welke invloed ATAD3 heeft op het Nederlandse belastingstelsel, inclusief de huidige maatregelen die tegen brievenbusvennootschappen genomen worden. ATAD3 heeft, zoals in hoofdstuk 3 en 4 is besproken, vele gevolgen voor het Nederlandse belastingstelsel. Het is daarom relevant om te bepalen in hoeverre ATAD3 kwalitatief goede wetgeving is. Mede door deze vraag te beantwoorden, kan bepaald worden in hoeverre ATAD3 binnen het Nederlandse belastingstelsel past. Nederland kent een aantal criteria die de kwaliteit van wetgeving dienen te waarborgen. Deze criteria zijn vastgelegd in de nota Zicht op wetgeving. Daarom wordt in dit hoofdstuk aandacht besteed aan de vraag in hoeverre ATAD3 aan de criteria uit de nota Zicht op wetgeving voldoet. Hiervoor wordt aandacht besteed aan de conceptrichtlijn zelf en de uitwerking hiervan binnen het Nederlandse belastingstelsel. Dat zal ik doen aan de hand van de volgende deelvraag:

*In hoeverre voldoet ATAD3 aan de criteria uit de nota Zicht op wetgeving?*

Om deze deelvraag te beantwoorden, bespreek ik een aantal criteria uit de nota Zicht op wetgeving. Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen komen in paragraaf 5.2 aan bod. In paragraaf 5.3 wordt doeltreffendheid besproken. In paragraaf 5.4 komt doelmatigheid aan bod. Vervolgens wordt in paragraaf 5.5 de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van ATAD3 besproken. In paragraaf 5.6 wordt de eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid van ATAD3 besproken. Het hoofdstuk zal afgesloten worden met een deelconclusie in paragraaf 5.7.

## 5.2. Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen

Volgens de nota Zicht op wetgeving, dient een rechtsregel te voldoen aan het internationale recht, het EU-recht, de Grondwet en algemene rechtsbeginselen. Voorbeelden van algemene rechtsbeginselen zijn het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het neutraliteitsbeginsel.<sup>158</sup>

---

<sup>158</sup> *Kamerstukken II, 1990/1991, 22 008, nr. 2.*

Ten aanzien van het internationale recht kan de vraag spelen of het rechtmatig is dat ATAD3 verdragsvoordelen ontzegt aan de brievenbusvennootschap. Op het niveau van de brievenbusvennootschap, schrijft ATAD3 immers voor dat geen woonplaatsverklaring wordt afgegeven (of de woonplaatsverklaring wordt afgegeven met waarschuwingsverklaring). Het doel hiervan is dat de onderneming niet langer een beroep kan doen op de voordelen van bilaterale belastingverdragen.<sup>159</sup> In hoofdstuk 3 heb ik besproken dat verdragsvoordelen niet zomaar ontzegt kunnen worden op grond van het EU-recht. Het concrete verdrag dat van toepassing is, dient een concrete bepaling te bevatten op grond waarvan de verdragsvoordelen ontzegt kunnen worden.<sup>160</sup> In hoofdstuk 3 heb ik twee soorten bepalingen besproken op grond waarvan verdragsvoordelen ontzegt kunnen worden aan brievenbusvennootschappen. De eerste van die bepalingen is een PPT, op grond waarvan verdragsvoordelen geweigerd kunnen worden wanneer een van de hoofddoelen van een constructie of transactie eruit bestaat om een verdragsvoordeel te verkrijgen.<sup>161</sup> Brievenbusvennootschappen in de zin van ATAD3 zullen onder deze definitie vallen, waardoor verdragsvoordelen ontzegt kunnen worden aan dergelijke entiteiten. De tweede bepaling op grond waarvan verdragsvoordelen ontzegt kunnen worden aan brievenbusvennootschappen is een subordinationbepaling. Een dergelijke bepaling stelt vast dat de toepassing van het belastingverdrag onderhevig is aan verplichtingen op grond van het EU-recht.<sup>162</sup> Een probleem kan zich voordoen indien een verdrag zowel geen PPT, als geen subordinationbepaling bevat. Dan bevat het concrete verdrag geen bepaling op grond waarvan verdragsvoordelen geweigerd kunnen worden aan een brievenbusvennootschap. In dat geval zou het dan ook strijdig zijn met internationaal belastingrecht om verdragsvoordelen te weigeren aan een brievenbusvennootschap.

Indien een verdrag geen PPT of subordinationbepaling bevat, kan het ontzeggen van verdragsvoordelen daarnaast strijdig zijn met de Nederlandse Grondwet. Artikel 94 van de Grondwet bevat het zogeheten voorrangstandpunt, dat bepaalt dat verdragen boven nationale wetgeving staan. De staatssecretaris van Financiën stelt zich op het standpunt dat uit de voorrangsbepaling van art. 94 Grondwet volgt dat verdragen ook voorrang hebben op Nederlandse wetgeving die de implementatie vormt van EU-richtlijnen.<sup>163</sup> Het is daarom strijdig met de Nederlandse Grondwet om verdragsvoordelen te weigeren op grond van EU-recht, indien het concrete belastingverdrag geen bepaling bevat die dit mogelijk maakt. Vergouwen stelt dan ook dat nadere verduidelijking van het

---

<sup>159</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 12.

<sup>160</sup> *Kamerstukken II, 2021/2022, 22 112, 3349*, p. 6.

<sup>161</sup> Zie art. 29 lid 9 OESO-modelverdrag.

<sup>162</sup> Vergouwen, *NLFO 2022/23*.

<sup>163</sup> *Kamerstukken II, 2020/2021, 25 087, 260*, p. 28.

voorrangsstandpunt nodig is voor ATAD3.<sup>164</sup> Ik ben van mening dat nadere verduidelijking niet nodig is, omdat het standpunt al zeer helder is. Het voorrangsstandpunt is duidelijk in het bepalen dat verdragen voorrang hebben boven de nationale wetgeving (inclusief implementatie van EU-richtlijnen). Het ontzeggen van verdragsvoordelen op grond van ATAD3, is dus niet mogelijk indien het concrete verdrag daar geen ruimte voor biedt. Deze problematiek zal in steeds beperktere situaties spelen. Zoals in hoofdstuk 4 is besproken zou Nederland volgens de commissie doorstroomvennootschappen moeten streven naar het opnemen van de PPT in elk belastingverdrag, ook wanneer het MLI niet van toepassing is.<sup>165</sup> De situaties waarin een verdragsvoordeel niet kan worden ontzegd op grond van een verdragsbepaling, zullen dan ook steeds minder voorkomen.

Al met al kunnen twee factoren afbreuk doen aan de rechtmatigheid van ATAD3. Ik meen echter dat deze situaties beperkt voorkomen en ook steeds minder zullen voorkomen. Daarnaast gaan de twee factoren die potentieel afbreuk kunnen doen aan de rechtmatigheid enkel op ten aanzien van belastingverdragen, terwijl het ontzeggen van voordelen van belastingverdragen slechts één van de fiscale gevolgen van ATAD3 vormt. Daarom concludeer ik dat ATAD3 voldoet aan rechtmatigheid en verwezenlijking van rechtsbeginselen.

### 5.3. Doeltreffendheid

Een wet moet de door de wetgever beoogde doelstellingen in belangrijke mate verwezenlijken. De uitwerking van de regelgeving, dient te sporen met het doel van de regelgeving. Om het doel te kunnen verwezenlijken, is het vereist dat de doelstelling helder, volledig en concreet geformuleerd is.<sup>166</sup>

ATAD3 is een middel om het huidige belastingstelsel te verbeteren en te zorgen voor een eerlijke en doeltreffende belastingheffing. Momenteel bestaat nog een risico dat entiteiten zonder substance worden gebruikt voor belastingontwijking en belastingontduiking. In dat geval wordt de belastingdruk van de brievenbusvennootschap verschoven naar 'eerlijke' belastingplichtigen, waardoor de interne markt wordt verstoord.<sup>167</sup> ATAD3 bestrijdt belastingontwijking en belastingontduiking die de werking van de interne markt verstoren en bevat daartoe bepalingen die belastingontwijking en belastingontduiking tegen gaan op een specifiek gebied.<sup>168</sup> Om dat doel te bereiken, bevat ATAD3 bepalingen die fiscaal misbruik van brievenbusvennootschappen binnen de EU tegen gaan.<sup>169</sup> De

---

<sup>164</sup> Vergouwen, *NLFO 2022/7*.

<sup>165</sup> *Rapport commissie doorstroomvennootschappen 2021*, p. 89.

<sup>166</sup> *Kamerstukken II, 1990/1991, 22 008, nr. 2*.

<sup>167</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 2.

<sup>168</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 2.

<sup>169</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 2.

doelstelling van ATAD3 is helder en zeer volledig, maar mijns inziens is deze niet erg concreet. In de context van deze regelgeving is dat echter logisch. ATAD3 bevat immers een minimumharmonisatie.<sup>170</sup> Lidstaten kunnen zelf deze minimumharmonisatie verder concretiseren.

De uitwerking van ATAD3 dient te sporen met het doel om belastingontwijking en belastingontduiking tegen te gaan. Daarom is het van belang om te bepalen in hoeverre het een toevoeging vormt op huidige wet- en regelgeving. In hoofdstuk 4 heb ik besproken dat momenteel verschillende maatregelen genomen worden tegen belastingontwijking en belastingontduiking door brievenbusvennootschappen. Art. 8c Wet Vpb bepaalt wanneer ontvangen en betaalde renten en royalty's buiten aanmerking blijven voor het bepalen van de winst binnen de vennootschapsbelasting. Om voor een ruling in aanmerking te komen, dient een vennootschap aan het 'economische nexus' vereiste te voldoen.<sup>171</sup> Naast de economische nexus, wordt spontaan informatie uitgewisseld met andere landen indien de vennootschap niet aan concrete substance-vereisten voldoet.<sup>172</sup> Onder andere de CFC-maatregel en fraus legis vormen de Nederlandse implementatie van ATAD1.<sup>173</sup> De PPT in bilaterale belastingverdragen kan ingezet worden om verdragsvoordelen te ontzeggen aan de brievenbusvennootschap. Al met al, heb ik in hoofdstuk 4 beargumenteerd dat ATAD3 een goede toevoeging vormt aan de huidige maatregelen die tegen brievenbusvennootschappen genomen worden. ATAD3 is dan ook consistent met het bestaande stelsel ter bestrijding van belastingontwijking en belastingontduiking door brievenbusvennootschappen, en vormt daar een toegevoegde waarde op.

De volgende vraag is in hoeverre ATAD3 de doelstelling realiseert. Roumen, Pancham en Drijer menen dat ATAD3 twee tekortkomingen vertoont.<sup>174</sup> Deze tekortkomingen kunnen afbreuk doen aan de realisatie van de doelstelling van ATAD3. De eerste tekortkoming is dat ATAD3 een zogenoemde 'separate entity approach' hanteert. Deze benadering houdt in dat geen rekening gehouden wordt met het feit dat een entiteit deel uitmaakt van een concern. De separate entity approach kan mogelijk leiden tot disproportionele effecten. Het is mogelijk dat een bepaalde entiteit niet voldoende substance heeft in een lidstaat, waardoor het als brievenbusvennootschap kwalificeert, terwijl het gehele concern wel voldoende substance heeft in de lidstaat. In dat geval zou de separate entity approach disproportioneel uitwerken.<sup>175</sup> In de situatie dat het concern in de lidstaat voldoende substance heeft, zal mijns inziens echter veelal voldaan worden aan de vrijstelling van stap 5 van ATAD3. Stap 5 van ATAD3 bevat een vrijstelling het ontbreken van fiscale motieven. Wanneer een

---

<sup>170</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 5.

<sup>171</sup> *Kamerstukken II*, 2018/2019, 25 087, nr. 223.

<sup>172</sup> Art. 3a Uitvoeringsbesluit internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen.

<sup>173</sup> *Kamerstukken II*, 2018/2019, 35 030, nr. 3.

<sup>174</sup> Roumen, Pancham en Drijer, *WFR* 2022/132.

<sup>175</sup> Roumen, Pancham en Drijer, *WFR* 2022/132.



onderneming de gateway passeert en niet voldoet aan de minimale substance, kan de onderneming nog onder de gevolgen van ATAD3 uitkomen indien zij voldoen aan de vrijstelling. Om aan te tonen dat wordt voldaan aan de vrijstelling, dient de onderneming aan de vestigingsstaat documenten aan te leveren waaruit de belastinglasten blijken van de groep of structuur waar zij deel van uitmaakt, met of zonder tussenkomst van de onderneming.<sup>176</sup> Indien het concern andere entiteiten met substance in dezelfde lidstaat heeft, is het de vraag of de brievenbusvennootschap invloed heeft op de belastinglasten van de groep. Zelf denk ik dat de vrijstelling slechts in uitzonderlijke gevallen niet van toepassing zal zijn. Daarom doet deze tekortkoming van ATAD3 mijns inziens geen afbreuk aan het bereiken van de doelstelling van ATAD3. De tweede tekortkoming die omschreven wordt, is dat ATAD3 geen volledige garantie tegen misbruik biedt. Een entiteit die niet aan de gateway-criteria voldoet, zou bijvoorbeeld nog gebruikt kunnen worden voor financieringsactiviteiten die geen verband houden met de overige activiteiten in de lidstaat.<sup>177</sup> Ik sluit me aan bij de mening van Roumen, Pancham en Drijer wat betreft de tweede tekortkoming. Ik meen echter dat dit geen afbreuk doet aan de doelstelling van ATAD3. ATAD3 bestrijdt belastingontwijking en belastingontduiking door brievenbusvennootschappen. Het doel is niet om deze volledig te elimineren.

In de vorige hoofdstukken, is een aantal andere tekortkomingen van ATAD3 aan bod gekomen. Ook deze tekortkomingen, doen mogelijk afbreuk aan de doelstelling van ATAD3. Rondom het timingsmoment van de gateway-criteria, spelen verschillende onduidelijkheden. ATAD3 kent drie gateway-criteria. Het wel of niet voldoen aan de criteria wordt bepaald op basis van de voorgaande twee belastingjaren.<sup>178</sup> De onzekerheid rondom de datum van inwerkingtreding van ATAD3, creëert onzekerheid over de bepaling van de twee voorafgaande belastingjaren. Indien 1 januari 2024 wordt aangehouden, valt het belastingjaar 2022 onder de relevante periode voor de gateway-criteria. Indien echter de inwerkingtreding uitgesteld wordt naar 1 januari 2025, is het belastingjaar 2023 in beginsel het eerste relevante jaar voor de gateway-criteria. Daarnaast vloeit mijns inziens onzekerheid voort uit de definitie van het belastingjaar. In artikel 3 lid 2 van de conceptrichtlijn, wordt een belastingjaar gedefinieerd als een belastingjaar, kalenderjaar of een andere relevante periode voor belastingdoeleinden. Bij mij doet zich de vraag voor hoe dit criterium ingevuld gaat worden indien de vorige twee belastingjaren (nog) niet beschikbaar zijn. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer een belastingplichtige uitstel van aangifte heeft gehad. Een andere belangrijke situatie waarbij de invulling van de tweejaarstermijn onduidelijk is, is in de relatief veelvoorkomende situatie van een nieuw opgerichte onderneming. Nieuw opgerichte ondernemingen hebben nog geen twee

---

<sup>176</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 14.

<sup>177</sup> Roumen, Pancham en Drijer, *WFR* 2022/132.

<sup>178</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 29.

voorgaande belastingjaren om aan de gateway-criteria te toetsen. Zoals het er nu naar uitziet, kan een dergelijke onderneming pas als brievenbusvennootschap kwalificeren na drie jaar, wanneer de nieuwe onderneming hun derde belastingaangifte indient. Dit doet afbreuk aan het doel van ATAD3 om belastingontwijking tegen te gaan.

Een laatste belangrijke tekortkoming van ATAD3 is in dit hoofdstuk al aan bod gekomen en ziet op belastingverdragen. Door het voorrangstandpunt van artikel 94 Grondwet, geniet het verdragenrecht voorrang op de Nederlandse nationale wetgeving (inclusief de nationale implementatie van EU-recht). Stap 6 van ATAD3 ziet op het ontzeggen van verdragsvoordelen bij de brievenbusvennootschap. Door het voorrangstandpunt, is dit niet mogelijk indien het concrete verdrag daar geen ruimte toe biedt. Indien een verdrag geen PPT, subordinationbepaling of een andere bepaling bevat op grond waarvan verdragsvoordelen ontzegt kunnen worden aan de brievenbusvennootschap, is het dus niet mogelijk om de verdragsvoordelen te ontzeggen. Dit kan afbreuk doen aan de doelstelling van ATAD3 om belastingontwijking en belastingontduiking door brievenbusvennootschappen tegen te gaan. Immers kan de belastingontwijking ontstaan door de toepassing van verdragsbepalingen. Indien de verdragsbepaling niet kan worden geweigerd, blijft het belastingvoordeel bestaan dat door de brievenbusvennootschap verkregen wordt.

Aan de doelstelling van ATAD3, kunnen dus drie factoren afbreuk doen. Ik meen echter dat deze factoren slechts in beperkte situaties spelen. Daarom zal ATAD3 in belangrijke mate de doelstelling om belastingontwijking en belastingontduiking tegen te gaan, verwezenlijken. Ik concludeer dan ook dat ATAD3 voldoet aan doeltreffendheid.

## 5.4. Doelmatigheid

Wanneer een wet voldoet aan doeltreffendheid, dient de wet ook doelmatig te zijn. Bij doelmatigheid wordt getoetst of de kosten van de wet, in verhouding staan tot de opbrengsten die de wet oplevert.<sup>179</sup>

ATAD3 zal volgens de Europese Commissie verschillende baten met zich meebrengen. Daarbij wordt de kanttekening gemaakt dat de analyse hiertoe gebaseerd is op beperkte cijfers, omdat geen algemene definitie bestaat voor brievenbusvennootschappen.<sup>180</sup> Op basis van de wel beschikbare cijfers, verwacht de Europese Commissie dat ATAD3 een positief economisch effect zal hebben.<sup>181</sup> De voornaamste bate die ATAD3 met zich meebrengt, is een vermindering van belastingontwijking en belastingontduiking door substanceloze entiteiten. Geschat wordt dat het belastingverlies door

---

<sup>179</sup> *Kamerstukken II*, 1990/1991, 22 008, nr. 2.

<sup>180</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 9.

<sup>181</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 9.

belastingontwijking en belastingontduiking ongeveer 20 miljard euro per jaar betreft in de EU. Zelfs als ATAD3 slechts een klein effect heeft op dit bedrag, zal het volgens de Europese Commissie voor aanzienlijk meer overheidsmiddelen zorgen.<sup>182</sup> De informatie-uitwisseling waar ATAD3 in voorziet, versterkt dit effect. Ook kunnen de lidstaten op grond van de sancties extra belasting heffen, waar anderzijds een vrijstelling opging.<sup>183</sup> Ik vraag me af of de Europe Commissie bij deze overwegingen heeft meegenomen dat een hoop brievenbusvennootschappen zich zullen verplaatsen naar een derde land. In dat geval verplaatst het probleem zich en worden geen extra belastinginkomsten verkregen door EU-lidstaten. Dit werd wel voorzien bij de invoering van de Wet BB. De verwachte opbrengst van deze belasting is nihil, omdat de verwachting is dat entiteiten die aan de definitie voldoen verdwijnen.<sup>184</sup> De Wet BB ziet enkel op Nederland, waardoor het makkelijker is om de entiteit te verplaatsen. De entiteit kan in dat geval zowel verplaatst worden naar een derde land, als naar een ander EU-land. Bij ATAD3 kan mijns inziens een vergelijkbaar effect optreden, hoewel in mindere mate.

Een andere bate die ATAD3 met zich mee kan brengen, is niet monetair. Ik meen dat ATAD3 voor meer coherentie in het Nederlandse belastingsysteem kan zorgen met een aantal aanpassingen aan de huidige Nederlandse regelgeving. De substancevereisten van Nederland kunnen mede gebruikt gaan worden voor de implementatie van ATAD3. Daarnaast kan de belastingplicht in de Wet BB vervangen worden door entiteiten die rente-, dividend- en/of royaltybetalingen doen aan brievenbusvennootschappen. Dit bevordert de coherentie van het belastingstelsel en vermindert de totale uitvoeringskosten van wetgeving, zowel voor de belastingdienst als voor belastingplichtigen.

Naast de baten, leidt ATAD3 ook tot verschillende kosten. Volgens de Europese Commissie zullen de voornaamste kosten een stijging van nalevingskosten zijn voor belastingdiensten en belastingplichtigen. Over het geheel, zullen nalevingskosten slechts in beperkte mate stijgen. De kostenstijging zal beperkt moeten zijn, doordat het aantal entiteiten dat onder ATAD3 valt, relatief laag is. De Europe Commissie verwacht dat dit minder dan 0,3% van alle entiteiten in de EU zal zijn. De informatie die deze ondernemingen aan dienen te leveren, is relatief makkelijk te vinden en eenvoudig mee te delen.<sup>185</sup> Bij belastingdiensten, zullen systemen aangepast moeten worden om de informatie-uitwisseling van ATAD3 mogelijk te maken. Daarnaast zal de capaciteit van belastingdiensten uitgebreid moeten worden om de verkregen informatie te analyseren en de sancties van ATAD3 af te dwingen.<sup>186</sup> In Nederland is over de lasten van ATAD3 gezegd dat de uitvoeringslasten voor de

---

<sup>182</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 9.

<sup>183</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 9.

<sup>184</sup> *Kamerstukken II, 2019/2020, 35 305, nr. 3.*

<sup>185</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 9.

<sup>186</sup> Commissiedocument 565 van 2021, p. 9.

belastingdienst proportioneel dienen te blijven aan de doelstelling, waarbij verbeteringsruimte wordt gezien voor de uitvoeringslasten.<sup>187</sup> Als voorbeeld ter verbetering voor de uitvoeringslasten wordt genoemd dat het richtlijnvoorstel aangepast kan worden om meer verantwoordelijkheid te leggen bij belastingplichtigen, bijvoorbeeld door boetes bij niet-naleving van de conceptrichtlijn te verhogen.<sup>188</sup> Mijns inziens zullen de extra lasten voor de belastingdienst meevallen. Ten eerste zal het aantal brievenbusvennootschappen afnemen door de invoering van ATAD3. Ten tweede bestaat door DAC al een systeem voor automatische informatie-uitwisseling. Deze zal relatief eenvoudig uitgebreid kunnen worden om ATAD3 hieronder te brengen. Bij de belastingdienst zal wat extra capaciteit hiervoor nodig zijn, maar ik verwacht niet dat dit een enorme stijging in de uitvoeringslasten op zal leveren.

Al met al, zal ATAD3 beperkte baten met zich meebrengen. Voor een kleine groep belastingplichtigen, zal ATAD3 wel voor hogere uitvoeringslasten zorgen. Deze extra lasten voor belastingplichtigen zijn echter goed te overzien doordat de extra informatie die verstrekt dient te worden, relatief eenvoudig is. Voor belastingdiensten zullen de uitvoeringslasten ook stijgen, maar in beperkte mate. Ik concludeer daarmee dat de verwachte kosten van ATAD3 in redelijke verhouding staan tot de baten van ATAD3.

## 5.5. Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

Wetten moeten werkbaar zijn voor iedereen die ermee te maken heeft. Naleving van de wet moet afgedwongen kunnen worden, zowel met behulp van juridische reacties als door het treffen van feitelijke maatregelen.<sup>189</sup>

Nederland heeft aandacht besteed aan de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van ATAD3. In de huidige vorm van de richtlijn, meent de belastingdienst dat ATAD3 uitdagend, complexiteit verhogend en op onderdelen mogelijk niet uitvoerbaar is. De belastingdienst denkt dat de richtlijn zal leiden tot een forse uitvoeringslast met betrekking tot het toezicht en de informatie-uitwisseling.<sup>190</sup> Mijns inziens zal dit te overzien zijn, gezien het beperkte aantal entiteiten dat onder de conceptrichtlijn valt. De commissie doorstroomvennootschappen spreekt van 12.400 entiteiten, echter hanteren zij een bredere definitie dan ATAD3 ten aanzien van brievenbusvennootschappen. Daarnaast dateren de cijfers uit 2019 en is de verwachting dat het aantal doorstroomvennootschappen sindsdien is afgenomen.<sup>191</sup> Ook ATAD3 zelf zal zorgen voor een daling in het aantal brievenbusvennootschappen.

---

<sup>187</sup> *Kamerstukken II, 2021/2022, 22 112, p. 8.*

<sup>188</sup> *Kamerstukken II, 2021/2022, 22 112, nr. 3349, p. 8.*

<sup>189</sup> *Kamerstukken II, 1990/1991, 22 008, nr. 2.*

<sup>190</sup> *Kamerstukken II, 2021/2022, 22 112, nr. 3349, p. 11.*

<sup>191</sup> *Rapport commissie doorstroomvennootschappen 2021, p. 28 – 36.*

Het aantal Nederlandse entiteiten dat onder ATAD3 valt, zal derhalve in elk minder dan 12.400 bedragen.

De onzekerheden rondom ATAD3, maken dat de werkbaarheid momenteel lastig in te schatten is. De belastingdienst noemt dat de definities in ATAD3 nog niet volledig duidelijk zijn. Interpretatieverschillen hierover kunnen leiden tot extra uitvoeringslasten voor de belastingdienst en voor belastingplichtigen, door het ontstaan van discussies en wellicht ook tot procedures.<sup>192</sup> Interpretatieverschillen kunnen bijvoorbeeld ontstaan door een verschil van mening over de vraag wanneer sprake is van uitbesteding van de dagelijkse bedrijfsvoering en besluitvorming, of wanneer het personeel voldoende gekwalificeerd is. Daarnaast bestaat mogelijk tot discussie ten aanzien van de tegenbewijsregeling en de vrijstelling waarbij de belastingplichtige kan bewijzen dat geen sprake is van een fiscaal voordeel. Ook de in het richtlijnvoorstel opgenomen tegenbewijsregeling en de mogelijkheid voor belastingplichtige om te bewijzen dat geen sprake is van een fiscaal voordeel zou kunnen leiden tot veel arbeidsintensieve discussies met de belastingplichtige.<sup>193</sup> Mijns inziens verschilt ATAD3 hierin niet van andere nieuwe definities in belastingwetten. De conceptrichtlijn bevat nieuwe definities, waarvan het gebruikelijk is dat enige onzekerheden bestaan. Naar mijn mening doen interpretatieverschillen dan ook geen afbreuk aan de uitvoerbaarheid van ATAD3.

De richtlijn bevat een aantal elementen die aanpassingen vereisen aan het huidige systeem waar de belastingdienst volgens werkt. Zo zal het proces ter afgifte van woonplaatsverklaringen aangepast moeten worden. Op grond van de conceptrichtlijn, zal een woonplaatsverklaring pas afgegeven kunnen worden na het indienen van de aangifte door een belastingplichtige.<sup>194</sup> Dit brengt een wijziging van het huidige beleid met zich mee, maar zal mijns inziens enkel tot een timingsverschil leiden bij het afgeven van de woonplaatsverklaring (of tot het niet afgeven van een woonplaatsverklaring). Dit zal niet veel extra uitvoeringscapaciteit vergen van de belastingdienst.

Al met al, ziet de belastingdienst een hoop bezwaren tegen ATAD3 ten aanzien van de uitvoerbaarheid. Mijns inziens zal de uiteindelijke invloed van deze bezwaren op de uitvoerbaarheid echter beperkt zijn. Daarom voldoet ATAD3 naar mijn mening aan uitvoerbaarheid.

---

<sup>192</sup> *Kamerstukken II, 2021/2022, 22 112, nr. 3349, p. 12.*

<sup>193</sup> *Kamerstukken II, 2021/2022, 22 112, nr. 3349, p. 12.*

<sup>194</sup> *Kamerstukken II, 2021/2022, 22 112, nr. 3349, p. 12.*

## 5.6. Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid. Degenen die met de wet geconfronteerd worden en degenen die de wet toe moeten passen, dienen duidelijk voor ogen te hebben wat hun plichten zijn en wat de wetgever wil bereiken.<sup>195</sup>

ATAD3 is niet eenvoudig. Vooral de fiscale consequentie zijn erg ingewikkeld en zullen wellicht voor een gemiddeld persoon niet te begrijpen zijn. Een gemiddeld persoon wordt echter niet geconfronteerd met ATAD3. Brievenbusvennootschappen in de zin van ATAD3 bevatten weinig substance en worden (onder andere) gebruikt om fiscale voordelen te behalen.<sup>196</sup> Dit impliceert dat zij momenteel goed kunnen navigeren in het ingewikkelde internationale fiscale stelsel, in elk geval goed genoeg om de fiscale mogelijkheden te doorzien die het huidige stelsel biedt. Mijns inziens zullen brievenbusvennootschappen daarom de capaciteit hebben om ATAD3 te doorgronden, ook al is de conceptrichtlijn niet eenvoudig.

In paragraaf 5.5 is een aantal onduidelijkheden genoemd die rondom ATAD3 spelen. Onzekerheid speelt onder andere ten aanzien van een aantal definities in ATAD3, waaronder de vraag wanneer sprake is van uitbesteding van de dagelijkse bedrijfsvoering en besluitvorming, wanneer het personeel voldoende gekwalificeerd is en de vraag wanneer voldaan wordt aan de tegenbewijsregeling en de vrijstelling. Deze onzekerheden doen afbreuk aan de duidelijkheid van ATAD3. De onduidelijkheden die besproken zijn, spelen echter enkel op een aantal specifieke punten. Op de hoofdlijnen van ATAD3 spelen geen onzekerheden, waardoor ATAD3 mijns inziens in het algemeen duidelijk is.

Al met al is ATAD3 niet eenvoudig voor de gemiddelde belastingplichtige, maar zullen de brievenbusvennootschappen die onder ATAD3 vallen wel goed voor ogen hebben wat hun plichten zijn. Daarnaast is ATAD3 op een aantal specifieke punten niet duidelijk. Ik meen echter dat ATAD3 op de grote lijnen voldoet aan eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.

## 5.7. Deelconclusie

In dit hoofdstuk is bepaald in hoeverre ATAD3 kwalitatieve wetgeving is. Mede door deze vraag te beantwoorden, kan bepaald worden in hoeverre ATAD3 binnen het Nederlandse belastingstelsel past. Daarom is in dit hoofdstuk aandacht besteed aan de vraag in hoeverre ATAD3 aan de criteria uit de nota Zicht op wetgeving voldoet. Dat is gedaan aan de hand van de deelvraag: in hoeverre voldoet ATAD3 aan de criteria uit de nota Zicht op wetgeving?

---

<sup>195</sup> *Kamerstukken II*, 1990/1991, 22 008, nr. 2.

<sup>196</sup> Dit blijkt onder andere uit de tegenbewijsmogelijkheid en de vrijstelling van ATAD3.

Ten aanzien van rechtmatigheid, kunnen twee factoren afbreuk doen aan ATAD3. De eerste factor is dat verdragsvoordelen op grond van het internationale belastingrecht, niet zomaar ontzegd kunnen worden aan brievenbusvennootschappen. De tweede factor is het voorrangspunt in de Grondwet, op grond waarvan het strijdig is met de Grondwet om verdragsvoordelen te weigeren op grond van EU-recht indien het concrete belastingverdrag geen bepaling bevat die dit mogelijk maakt. Ik meen echter dat deze situaties beperkt voorkomen en ook steeds minder zullen voorkomen. Daarnaast gaan de twee factoren die potentieel afbreuk kunnen doen aan de rechtmatigheid enkel op ten aanzien van belastingverdragen, hetgeen slechts één van de meerdere fiscale gevolgen van ATAD3 vormt. Daarom concludeer ik dat ATAD3 voldoet aan rechtmatigheid en verwezenlijking van rechtsbeginselen.

Aan de doelstelling van ATAD3, kunnen drie factoren afbreuk doen. Deze zijn de onzekerheid rondom de datum van inwerkingtreding van ATAD3, de definitie van het belastingjaar voor de gateway-criteria en het ontzeggen van verdragsvoordelen aan de brievenbusvennootschap. Ik meen echter dat deze factoren slechts in beperkte situaties spelen. Daarom zal ATAD3 in belangrijke mate de doelstelling om belastingontwijking en belastingontduiking tegen te gaan, verwezenlijken. Ik concludeer dan ook dat ATAD3 voldoet aan doeltreffendheid.

Voor proportionaliteit, dienen de kosten van de wet in verhouding te staan tot de opbrengsten die de wet oplevert. ATAD3 brengt beperkte baten met zich mee. Voor een kleine groep belastingplichtigen, zal ATAD3 wel voor hogere uitvoeringslasten zorgen. Deze extra lasten voor belastingplichtigen zijn echter goed te overzien doordat de extra informatie die verstrekt dient te worden, relatief eenvoudig is. Voor belastingdiensten zullen de uitvoeringslasten ook stijgen, maar in beperkte mate. Daarom zullen de verwachte kosten van ATAD3 in redelijke verhouding staan tot de baten van ATAD3.

Nederland heeft aandacht besteed aan de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van ATAD3. De belastingdienst ziet veel bezwaren tegen ATAD3 ten aanzien van de uitvoerbaarheid. Deze bezwaren zien op onzekerheid rondom een aantal definities van ATAD3 en benodigde aanpassingen aan het huidige systeem waar de belastingdienst volgens werkt. Mijns inziens zal de uiteindelijke invloed van deze bezwaren op de uitvoerbaarheid echter beperkt zijn. Daarom voldoet ATAD3 naar mijn mening aan uitvoerbaarheid.

Al met al is ATAD3 niet eenvoudig, maar zullen brievenbusvennootschappen wel goed voor ogen hebben wat hun plichten zijn. Daarnaast is ATAD3 op een aantal specifieke punten niet duidelijk. Ik meen echter dat ATAD3 op de grote lijnen voldoet aan eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.

In dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat ATAD3 voldoet aan de criteria uit de nota Zicht op wetgeving. Ik meen daarom dat ATAD3 kwalitatief goede wetgeving is.



# Hoofdstuk 6 – Conclusie

---

## 6.1. Inleiding

Op 22 december 2021 is de conceptrichtlijn ATAD3 gepubliceerd. Het doel van de conceptrichtlijn is om misbruik van brievenbusvennootschappen voor belastingdoeleinden tegen te gaan. In dit onderzoek is geanalyseerd in hoeverre ATAD3 binnen het Nederlandse belastingstel past aan de hand van de volgende probleemstelling:

*Op welke wijze dient Nederland ATAD3 te implementeren en in hoeverre past ATAD3 binnen het Nederlandse belastingstelsel?*

De probleemstelling is beantwoord aan de hand van vier deelvragen. Deze deelvragen zien op de werking van ATAD3, de wijze waarop ATAD3 geïmplementeerd dient te worden, de verhouding van ATAD3 tot de huidige maatregelen ten aanzien van brievenbusvennootschappen en de mate waarin ATAD3 voldoet aan de criteria uit de nota Zicht op wetgeving. In deze conclusie wordt het onderzoek samengevat aan de hand van de vier deelvragen in paragraaf 6.2. In paragraaf 6.3 wordt de probleemstelling beantwoord. Afsluitend worden in paragraaf 6.4 aanbevelingen gedaan voor vervolgonderzoek.

## 6.2. Samenvatting

### 6.2.2. ATAD3 en het EU-recht

De eerste deelvraag die in dit onderzoek is beantwoord, ziet op de werking van ATAD3 en luidt: hoe is ATAD3 vormgegeven en hoe verhoudt het zich tot het overige EU-recht?

ATAD3 bestaat uit zeven stappen, waarin bepaald wordt of een onderneming voldoende substance heeft en welke gevolgen hieraan verbonden worden. In de eerste stap wordt bepaald welke ondernemingen zich dienen te melden aan de hand van een gateway met drie criteria. Indien een onderneming voldoet aan de drie gateway-criteria, moet de onderneming in de tweede stap een melding maken over economische substance in hun belastingaangifte. In de derde stap wordt de informatie die verstrekt is in de melding beoordeeld. Indien de onderneming voldoende substance heeft, kwalificeert de onderneming niet als brievenbusvennootschap. De vierde stap bevat een tegenbewijsmogelijkheid voor de onderneming om te bewijzen dat zij substance heeft of dat geen misbruik plaatsvindt voor belastingdoeleinden. De vijfde stap is een vrijstelling van melding wegens

het ontbreken van fiscale motieven. Om voor de vrijstelling in aanmerking te komen, moet de onderneming binnen de groep geen invloed hebben op de belastinglast van de groep. De zesde stap bevat de fiscale gevolgen van ATAD3. De vestigingsstaat van de brievenbusvennootschap zal geen woonplaatsverklaring afgeven, waardoor deze onderneming geen recht heeft op verdragsvoordelen of richtlijnvoordelen die voortvloeien uit de MD-richtlijn en de RR-richtlijn. De heffingsbevoegdheid wordt vervolgens verdeeld aan de hand van de doorkijkbenadering, waarbij de brievenbusvennootschap als transparant wordt beschouwd. Afsluitend voorziet de zevende stap in de automatische uitwisseling van informatie via het beschikbaar stellen van gegevens in een centraal repertorium, alsmede een mogelijk verzoek om een belastingcontrole uit te voeren.

ATAD3 kan gelezen worden als een codificatie van het misbruik van recht-begrip. Het Hof van Justitie heeft het misbruik van recht-begrip ontwikkeld, waarin twee routes kunnen worden onderscheiden. De eerste route is misbruik als (proportionele) rechtvaardigingsgrond, een route die blijkt uit de arresten X GmbH en Cadbury Schweppes. Uit deze route volgt dat de bepaling van misbruik dient te geschieden aan de hand van objectieve indicatoren van substance. De tweede route is het misbruik van recht-begrip als zelfstandig EU-rechtsbeginsel. Deze route volgt onder andere uit de Deense zaken en Deister & Juhler Holding. In tegenstelling tot de eerste route, spelen hier andere feiten en omstandigheden dan enkel substance een rol. Een van de elementen die naast de substance speelt, is de intentie van de belastingplichtige om een Unierechtelijk voordeel te verkrijgen. Ook wordt in deze tweede route de basis gelegd voor een doorkijkbenadering. Van beide routes kunnen elementen teruggevonden worden in het vrijwel alle stappen van het stappenplan van ATAD3.

### **6.2.3. De implementatie van ATAD3**

De implementatie van ATAD3 zal vele gevolgen met zich meebrengen voor het Nederlandse belastingstelsel. ATAD3 zal gevolgen hebben op de vennootschapsbelasting, de dividendbelasting, de inkomstenbelasting en het Nederlands verdragsstelsel. De tweede deelvraag die in dit onderzoek behandeld is, ziet op de implementatie van ATAD3 en luidt: welke gevolgen zal de implementatie van ATAD3 hebben op het Nederlandse belastingstelsel, waaronder de inkomstenbelasting, bronbelastingen, vennootschapsbelasting en het Nederlands verdragsstelsel?

ATAD3 zal in Nederland voornamelijk gevolgen hebben op de vennootschapsbelasting. Het stappenplan van ATAD3 zal zowel voor samenwerkingsverbanden met vennootschappen als participanten, als voor de 'reguliere' vennootschappen in de vennootschapsbelasting geïmplementeerd moeten worden. Op het niveau van de betaler, zullen de MD-richtlijn en de RR-richtlijn niet langer van toepassing zijn in verhouding tot de brievenbusvennootschap. Voor de Nederlandse vennootschapsbelasting heeft dit geen gevolgen. Op het niveau van de lidstaat waar de

brievenbusvennootschap gevestigd is, wordt afgifte van de woonplaatsverklaring geweigerd of een woonplaatsverklaring met waarschuwingsverklaring afgegeven. Dit vormt enkel een administratieve procedure voor Nederland en heeft geen implicaties voor de vennootschapsbelasting. Op grond van het huidige systeem van de vennootschapsbelasting, zal de deelnemingsvrijstelling reeds niet van toepassing zijn op niveau van de brievenbusvennootschap. Op het niveau van de participanten van de brievenbusvennootschap, wordt het inkomen toegerekend door het introduceren van transparantie van de brievenbusvennootschap. Het inkomen wordt vervolgens in de vestigingsstaat van de participanten in de nationale wetgeving betrokken alsof het inkomen direct van de betaler kwam. De MD-richtlijn is op grond van ATAD3 niet van toepassing op dit inkomen. De deelnemingsvrijstelling vormt de Nederlandse implementatie van de MD-richtlijn. Ten opzichte van derde landen, vormt de deelnemingsvrijstelling geen implementatie van de MD-richtlijn. Participanten van brievenbusvennootschappen hebben op grond van ATAD3 niet langer recht op de deelnemingsvrijstelling, tenzij de staat van de betaler een derde land is. Indien de staat van de betaler een EU-land is, worden de voordelen uit deelneming bij de participanten in de heffing betrokken worden. Op de gevolgen van ATAD3 voor de deelnemingsvrijstelling, gelden een aantal belangrijke kanttekeningen. Ten eerste zullen de gevolgen van ATAD3 op de deelnemingsvrijstelling waarschijnlijk beperkt zijn. Ten tweede zou het goed mogelijk zijn dat Nederland kiest om ATAD3 mede van toepassing te verklaren op derde landen.

ATAD3 zal ook gevolgen hebben op de dividendbelasting. Op het niveau de lidstaat waar de brievenbusvennootschap gevestigd is, wordt afgifte van de woonplaatsverklaring geweigerd of een woonplaatsverklaring met waarschuwingsverklaring afgegeven. Op het niveau van de brievenbusvennootschap wordt belasting geheven volgens het reguliere nationale systeem. De inhoudingsvrijstelling zal op brievenbusvennootschappen reeds niet van toepassing zijn. Ten derde zijn de participanten van de brievenbusvennootschap van belang. Hiervoor wordt transparantie van de brievenbusvennootschap geïntroduceerd, waardoor het inkomen wordt toegerekend aan de achterliggende participanten. Voor de dividendbelasting zal dit geen relevante gevolgen met zich meebrengen. Op het niveau van de betaler zullen de MD-richtlijn en de RR-richtlijn niet langer van toepassing zijn in verhouding tot de brievenbusvennootschap. De inhoudingsvrijstelling vormt de implementatie van de MD-richtlijn, met uitzondering van de verhouding tot derde landen. Bij betaling van dividenden aan brievenbusvennootschappen bestaat geen recht op de inhoudingsvrijstelling, tenzij de participanten in een derde land zijn gevestigd. In die situatie zal dividendbelasting verschuldigd zijn.

Indien ATAD3 van toepassing is op de brievenbusvennootschap, wordt afgifte van de woonplaatsverklaring geweigerd of een woonplaatsverklaring met waarschuwingsverklaring

afgegeven met het doel om verdragsvoordelen te ontzeggen aan brievenbusvennootschappen. Verdragsvoordelen kunnen echt niet zomaar ontzegd worden op grond van een richtlijn. Het concrete belastingverdrag dient een mogelijkheid te bevatten om de verdragsvoordelen te weigeren. Op grond van de PPT of een subordinationbepaling kunnen verdragsvoordelen worden ontzegd aan brievenbusvennootschappen.

De laatste belasting waarop ATAD3 gevolgen kan hebben, is de inkomstenbelasting. Personenvennootschappen kunnen brievenbusvennootschappen vormen voor ATAD3. Daarom zal in de IB een toetsingskader opgenomen moeten worden op grond waarvan bij de participanten getoetst wordt of de personenvennootschap een brievenbusvennootschap vormt. Dit zal echter slechts in zeer beperkte situaties voorkomen. Een ander aspect dat binnen de inkomstenbelasting relevant is, is het verschil tussen box 2 en box 3 voor de vrijstelling van ATAD3. Indien een box 2 aandeelhouder door middel van een brievenbusvennootschap vermogensbestanddelen houdt welke zonder tussenkomst van de vennootschap onder box 3 zouden vallen, kan dit invloed hebben op de belastinglast van de groep. In het voorziene nieuwe box 3, gaat dit echter niet op.

#### **6.2.4. De bestaande aanpak van brievenbusvennootschappen en ATAD3**

In hoofdstuk 4 is onderzocht in hoeverre ATAD3 binnen het bestaande en voorziene toekomstige Nederlandse belastingstelsel zal passen en in hoeverre ATAD3 een toegevoegde waarde heeft aan de huidige Nederlandse regelgeving aan de hand van de volgende deelvraag: Hoe verhouden de bestaande aanpak van brievenbusvennootschappen en het rapport commissie doorstroomvennootschappen zich tot ATAD3?

Nederland neemt, nationaal en internationaal, maatregelen ten aanzien van brievenbusvennootschappen. Art. 8c Wet Vpb bepaalt wanneer ontvangen en betaalde renten en royalty's buiten aanmerking blijven voor het bepalen van de winst binnen de vennootschapsbelasting door middel van een safe harbour. Om voor een ruling in aanmerking te komen, dient een vennootschap aan het 'economische nexus' vereiste te voldoen om in aanmerking te komen voor een ruling. Naast de economische nexus, wordt spontaan informatie uitgewisseld met andere landen indien de vennootschap niet aan concrete substance-vereisten voldoet. Ook bestaan een CFC-maatregel en fraus legis. ATAD3 vormt een goede toevoeging op de CFC-maatregel, fraus legis en het economische nexus vereiste voor rulings. Daarnaast biedt ATAD3 een kans om andere maatregelen te verbeteren. Deze aanbevelingen worden besproken in paragraaf 6.2.

In het rapport van de commissie doorstroomvennootschappen is onderzoek gedaan naar doorstroomvennootschappen en zijn naar aanleiding van het onderzoek een aantal adviezen

uitgebracht over beleidsopties om doorstroomvennootschappen nog verder aan te pakken. Deze adviezen bevatten het afschaffen van de safe harbour in art. 8c Wet Vpb, uitbreidingen van de spontane informatie-uitwisseling, het opnemen van de PPT in elk belastingverdrag en een internationaal duidelijke invulling van het misbruik van recht-begrip. ATAD3 brengt direct en indirect mogelijkheden met zich mee op grond waarvan voldaan kan worden aan de aanbevelingen van de commissie.

### 6.2.5. ATAD3 en de nota Zicht op wetgeving

De laatste deelvraag die in dit onderzoek behandeld is, ziet op de vraag in hoeverre ATAD3 kwalitatief goede wetgeving is. Mede door deze vraag te beantwoorden, kan bepaald worden in hoeverre ATAD3 binnen het Nederlandse belastingstelsel past. Daarom is in hoofdstuk 5 aandacht besteed aan de vraag in hoeverre ATAD3 aan de criteria uit de nota Zicht op wetgeving voldoet. Dat is gedaan aan de hand van de deelvraag: in hoeverre voldoet ATAD3 aan de criteria uit de nota Zicht op wetgeving? De criteria die aan bod komen zijn rechtmatigheid (het voldoen aan internationaal recht, EU-recht en algemene rechtsbeginselen), doeltreffendheid (verwezenlijking van de beoogde doelstelling), doelmatigheid (redelijke verhouding van kosten en baten), uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid (afdwingbaarheid van naleving) en eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.

Ten aanzien van rechtmatigheid, kunnen twee factoren afbreuk doen aan de rechtmatigheid van ATAD3. De eerste factor is dat verdragsvoordelen op grond van het internationale belastingrecht, niet zomaar ontzegt kunnen worden aan brievenbusvennootschappen. Het concrete belastingverdrag moet een bepaling bevatten die dat mogelijk maakt. Dergelijke bepalingen zijn een PPT of een subordinationbepaling. De tweede factor is het voorrangstandpunt in de Grondwet, op grond waarvan het strijdig is met de Nederlandse grondwet om verdragsvoordelen te weigeren op grond van EU-recht indien het concrete belastingverdrag geen bepaling bevat die dit mogelijk maakt. Ik meen echter dat deze situaties beperkt voorkomen en ook steeds minder zullen voorkomen, doordat in steeds meer belastingverdragen een PPT en/of subordinationbepaling opgenomen wordt. Daarnaast gaan de twee factoren die potentieel afbreuk kunnen doen aan de rechtmatigheid enkel op ten aanzien van belastingverdragen, hetgeen slechts één van de fiscale gevolgen van ATAD3 vormt. Daarom voldoet ATAD3 aan rechtmatigheid en verwezenlijking van rechtsbeginselen.

De doelstelling van ATAD3 is het bestrijden van belastingontwijking en belastingontduiking. Aan de doeltreffendheid van ATAD3, kunnen drie factoren afbreuk doen. Deze zien op onzekerheid rondom de datum van inwerkingtreding van ATAD3, de definitie van het belastingjaar voor de gateway-criteria en het ontzeggen van verdragsvoordelen aan de brievenbusvennootschap. Dit zijn een aantal vrij specifieke punten waar onzekerheid speelt, echter speelt random de grote lijnen van ATAD3 geen

onzekerheid. Daarom zal ATAD3 in belangrijke mate de doelstelling om belastingontwijking en belastingontduiking tegen te gaan, verwezenlijken. ATAD3 voldoet dan ook aan doeltreffendheid.

Voor doelmatigheid, dienen de kosten van de wet in verhouding te staan tot de opbrengsten die de wet oplevert. ATAD3 brengt beperkte baten met zich mee, namelijk een stukje extra belastinginkomsten als gevolg van het uitschakelen van verdrags- en richtlijnvoordelen. Voor een kleine groep belastingplichtigen zal ATAD3 voor hogere uitvoeringslasten zorgen. Deze extra lasten voor belastingplichtigen zijn echter goed te overzien doordat de extra informatie die verstrekt dient te worden, relatief eenvoudig is. Voor belastingdiensten zullen de uitvoeringslasten ook stijgen, maar in beperkte mate. Daarom zullen de verwachte kosten van ATAD3 in redelijke verhouding staan tot de baten. Daarmee voldoet ATAD3 aan doelmatigheid.

Nederland heeft aandacht besteed aan de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van ATAD3. De belastingdienst ziet veel bezwaren tegen ATAD3 ten aanzien van de uitvoerbaarheid. Deze bezwaren zien op onzekerheid rondom een aantal definities van ATAD3 en benodigde aanpassingen aan het huidige systeem waar de belastingdienst volgens werkt. Mijns inziens zal de uiteindelijke invloed van deze bezwaren op de uitvoerbaarheid echter beperkt zijn. Daarom voldoet ATAD3 naar mijn mening aan uitvoerbaarheid.

Ten aanzien van eenvoud, is ATAD3 voor een gemiddeld persoon niet eenvoudig, maar zullen brievenbusvennootschappen wel goed voor ogen hebben wat hun plichten zijn. ATAD3 is op een aantal specifieke punten, benoemd bij doeltreffendheid, niet duidelijk. Ik meen echter dat ATAD3 op de grote lijnen voldoet aan eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.

### **6.3. Conclusie**

In de samenvatting is de werking van ATAD3, de wijze waarop ATAD3 geïmplementeerd dient te worden, de verhouding van ATAD3 tot de huidige maatregelen ten aanzien van brievenbusvennootschappen en de mate waarin ATAD3 voldoet aan de criteria uit de nota Zicht op wetgeving besproken. Met de antwoorden op deze deelvragen, kan de probleemstelling van dit onderzoek worden beantwoord. De probleemstelling van dit onderzoek luidt: Op welke wijze dient Nederland ATAD3 te implementeren en in hoeverre past ATAD3 binnen het Nederlandse belastingstelsel?

ATAD3 dient geïmplementeerd te worden in de vennootschapsbelasting, dividendbelasting en de inkomstenbelasting. De wijzigingen in de vennootschapsbelasting spelen voornamelijk rondom de deelnemingsvrijstelling. Deze moet uitgeschakeld worden bij participanten van brievenbusvennootschappen wanneer de betaler in een EU-land is gevestigd. Binnen de dividendbelasting, is de

inhoudingsvrijstelling op grond van ATAD3 niet van toepassing bij dividenduitkeringen aan een brievenbusvennootschap wanneer de achterliggende participanten in een EU-land zijn gevestigd. Om de fiscale gevolgen van ATAD3 te implementeren, moet daarnaast een PPT of een subordinationbepaling opgenomen worden in bilaterale belastingverdragen.

Naast de implementatie van de conceptringlijn, brengt ATAD3 ook andere gevolgen met zich mee voor het Nederlandse belastingstelsel. Nederland kent momenteel al maatregelen tegen brievenbusvennootschappen, zoals art. 8c Wet Vpb, het economische nexus-vereiste voor rulings, substancevoorwaarden voor spontane informatie-uitwisseling, een CFC-maatregel en fraus legis. Daarnaast zijn in het rapport van de commissie doorstroomvennootschappen een aantal aanbevelingen gedaan om brievenbus-vennootschappen tegen te gaan. ATAD3 vormt een goede toevoeging op de huidige maatregelen en brengt daarnaast een aantal kansen met zich mee om de huidige maatregelen te verbeteren. Dat ATAD3 een goede toevoeging vormt op de huidige maatregelen, blijkt onder andere uit het rapport van de commissie doorstroomvennootschappen. ATAD3 bestrijkt namelijk het grootste deel van de aanbevelingen die in het rapport worden gedaan.

In dit onderzoek zijn een aantal aanbevelingen gedaan om ATAD3 zo optimaal mogelijk te implementeren en de bestaande maatregelen tegen brievenbusvennootschappen te verbeteren. Op deze manier, wordt aan ATAD3 optimaal vormgegeven binnen het Nederlandse belastingstelsel. De eerste suggestie is het vervangen van de belastingplicht in de Wet BB. ATAD3 heeft niet direct effect op de Wet BB, maar kan gebruikt worden om de belastingplicht voor de Wet BB te vervangen door entiteiten die rente-, dividend- en/of royaltybetalingen doen aan een brievenbusvennootschap. Het invoeren van een dergelijke belastingplicht levert geen verboden discriminatie op en doet de reikwijdte van de bronbelasting verbreden. De tweede aanbeveling is om de safe harbour in art. 8c Wet Vpb te vervangen door de open norm die gehanteerd wordt in de tegenbewijsmogelijkheid van ATAD3. Het afschaffen van de safe harbour zal het minder makkelijk maken om onder art. 8c uit te komen. De derde aanbeveling, ziet op de substancevereisten die Nederland hanteert bij het spontaan uitwisselen van informatie. De Nederlandse substancevereisten kunnen mede gebruikt gaan worden bij de implementatie van stap 2 van ATAD3. Dit zal de totale uitvoeringskosten voor zowel belastingdiensten als belastingplichtigen verminderen, doordat een vergelijkbare toets niet langer tweemaal uitgevoerd hoeft te worden.

Om te bepalen in hoeverre ATAD3 in het Nederlandse belastingstelsel past, is ATAD3 aan de criteria uit de nota Zicht op wetgeving getoetst. ATAD3 voldoet mijns inziens aan deze criteria, waardoor geconcludeerd kan worden dat ATAD3 kwalitatief goede wetgeving vormt volgens Nederlandse maatstaven. Ook in dit opzicht, past ATAD3 dus goed binnen het Nederlandse belastingstelsel.

Al met al zal ATAD3 veel gevolgen voor het Nederlandse belastingstelsel met zich meebrengen. De implementatie van de conceptrichtlijn heeft invloed op verschillende belastingen en het Nederlands verdragstelsel. ATAD3 past goed binnen het Nederlandse belastingstelsel. ATAD3 is kwalitatief goede wetgeving, die een toegevoegde waarde heeft op de huidige maatregelen die tegen brievenbusvennootschappen genomen worden en die daarom een goede toevoeging aan het Nederlandse belastingstelsel vormt.

#### **6.4. Aanbevelingen voor vervolgonderzoek**

In dit onderzoek is betoogd dat ATAD3 goed binnen het Nederlandse belastingstelsel past. Toch bestaat op bepaalde punten nog onduidelijkheid rondom de conceptrichtlijn. Nader onderzoek zal gedaan moeten worden naar het ontzeggen van verdragsvoordelen als gevolg van EU-richtlijnen. Immers is uit dit onderzoek gebleken dat het concrete belastingverdrag een bepaling dient te bevatten op grond waarvan verdragsvoordelen ontzegd kunnen worden. Dit zal niet alleen in Nederland spelen, maar ook in andere EU-lidstaten. Daarom is nader onderzoek nodig ten aanzien van het aantal belastingverdragen tussen EU-lidstaten die nog geen PPT of subordinationbepaling bevatten, en in hoeverre eventueel toch verdragsvoordelen ontzegd kunnen worden in die situatie.

Ten tweede is nader onderzoek nodig naar de concrete invulling van bepaalde definities in ATAD3, waar momenteel nog onduidelijkheid over bestaat. Dit geldt ten aanzien van bijvoorbeeld de definitie van het belastingjaar voor de gateway-criteria, wanneer het personeel voldoende gekwalificeerd is, wanneer voldaan wordt aan de tegenbewijsregeling en wanneer voldaan wordt aan de vrijstelling. Nader onderzoek zou een verduidelijking moeten geven aan deze definities en daarmee meer zekerheid moeten bieden aan belastingplichtigen.

De voorgestelde aanbevelingen zullen bijdragen aan het verder passen van ATAD3 in het Nederlandse belastingstelsel.



# Literatuurlijst

---

## Tijdschriften

### **Boer, WFR 2022/36**

K. Boer, 'ATAD3 en box 3: eind goed, al goed?', *WFR* 2022/39.

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

I.M. de Groot, 'De fiscale consequenties van ATAD3 bij dividendstromen en de gevolgen voor de Nederlandse deelnemingsvrijstelling', *WFR* 2022/108.

### **De Wilde, IBFD 2022/76/04**

De Wilde, 'OECD: Towards a "2020s Compromise" in International Business Taxation: Reflections on an Emerging New Tax Paradigm', *IBFD* 2022/76/04.

### **Doeleman, NLFW 2022/17**

R. Doeleman, 'ATAD3: substance-iële gevolgen voor de deelnemingsvrijstelling?', *NLFW* 2022/17.

### **Fullerton & Metcalf, Handbook of Public Economics Vol. 4 2002, pag. 1787-1987**

D. Fullerton & G.E. Metcalf, 'Tax Incidence', *Handbook of Public Economics* Vol. 4 2002, pag. 1787-1987.

### **Kiekebeld & van Eijdsen 2009**

B.J. Kiekebeld & J.A.R. van Eijdsen, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2009.

### **Korving, TFO 2022/182.1**

J.J.A.M. Korving, 'De Europese driehoek: over de verhouding tussen primair EU-recht, secundair EU-recht en nationaal recht', *TFO* 2022/182.1.

### **Lejour & Weyzig, MBB 2022/34**

A.M. Lejour & F. Weyzig, 'ATAD3 en de gevolgen voor Nederlandse brievenbusfirma's', *MBB* 2022/34.

**Niederer, WFR 2022/39**

N.D. Niederer, 'De Europeesrechtelijke (on)houdbaarheid van Nederlandse antimisbruikbepalingen', *WFR 2022/39*.

**Offermanns, IBFD 2022/62/06**

R.H.M.J. Offermanns, 'Luxembourg: The Proposed Unshell Directive – The Luxembourg and Netherlands Approach', *IBFD 2022/62/06*.

**Pancham, NTFR 2022/974**

S.R. Pancham, 'ATAD3 (en ATAD4) inzake shell-entiteiten: de deelnemingsvrijstelling verder onder druk?', *NTFR 2022/974*.

**Pistone, Nogueira, Pinto, Turina & Lazarov, IBFD 2022/14/02**

P. Pistone, J.F. Nogueira, A. Turina & I. Lazarov, 'European Union: Abuse, Shell Entities and Right of Establishment: A Plea for Refocusing Current Proposals and Achieving Deeper Coordination within the Internal Market', *IBFD 2022/14/02*.

**Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2022/3.11**

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Richtlijnvoorstel tegengaan misbruik doorstroomvennootschappen', *V-N 2022/23.8*.

**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*.

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

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

**Tolman & Molenaars, TA-tni 2022-8488**

C. Tolman & M. Molenaars, 'The Unsell Directive and its Impact on Dutch Holding Structures', *TA-tni 2022-8488*.

**Vergouwen, NLFO 2022/23**

M. Vergouwen, 'De implementatie van de Unshell-richtlijn door middel van aanpassing van belastingverdragen', *NLFO 2022/23*.

**Vergouwen, NLFO 2022/7**

M. Vergouwen, 'De (implementatie van het voorstel voor de) Unshell-richtlijn en artikel 94 Grondwet', *NLFO 2022/7*.

**Vermeulen, V-N 2022/16.0**

H. Vermeulen, 'Uitvergroot: ATAD3 en wederzijdse erkenning', *V-N 2022/16.0*.

**Vermeulen, NTFR 2022/1823**

H. Vermeulen, 'ATAD3: een nieuw wapen in de strijd tegen belastingontwijking en haar functionele benadering', *NTFR 2022/1823*.

**Vording, WFR 2022/181**

H. Vording, 'Het Belastingplan 2023 in een onzekere wereld', *WFR 2022/181*.

**Wisman, V-N 2022/10.0**

C. Wisman, 'Uitvergroot: Unravel 'Unshell': impact op de deelnemingsvrijstelling?', *V-N 2022/10.0*.

**Wetgeving en overige regelgevende documenten****Nederlandse regelgeving**

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 21 december 2000, *Stb. 2000, 642*.

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, *Stb. 2014, 15957*.

Grondwet, *BWBR0001840*.

Invorderingswet 1990, *BWBR0004770*.

*Kamerstukken II, 1990/1991, 22 008, nr. 2.*

*Kamerstukken II, 1991/1992, 22 334, nr. 3.*

*Kamerstukken II, 1991/1992, 22 338, nr. 3.*

*Kamerstukken II, 2004/2005, 30 031, nr. 3.*

*Kamerstukken II, 2015/2016, 34 306, nr. 3.*

*Kamerstukken II, 2016/2017, 25 087, nr. 135.*

*Kamerstukken II, 2018/2019, 25 087, nr. 223.*

*Kamerstukken II, 2018/2019, 35 030, nr. 3.*

*Kamerstukken II, 2021/2022, 22 112, nr. 2.*

*Kamerstukken II, 2019/2020, 35 523, nr. 1.*

*Kamerstukken II, 2019/2020, 35 305, nr. 3.*

*Kamerstukken II, 2020/2021, 25 087, nr. 260.*

*Kamerstukken II, 2021/2022, 22 112, nr. 3349.*

Leidraad meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies, 24 februari 2020, Stb. 2020, 34991.

Uitvoeringsbesluit internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen, 29 december 2011, Stb. 2011, 674.

Wet bronbelasting 2021, BWBR0042952

Wet op de dividendbelasting 1965, BWBR0002515.

Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking, BWBR0041756.

Wet op de vennootschapsbelasting 1969, BWBR0002672.

## **EU regelgeving**

### **Richtlijn 2003/49/EG (RR-richtlijn)**

Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten.

**Richtlijn 2011/96/EU (MD-richtlijn)**

Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (herschikking).

**Richtlijn 2016/1164/EU (ATAD1)**

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

**Richtlijn 2018/822/EU (DAC6)**

Richtlijn 2018/822/EU van de Raad van 25 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied met betrekking tot meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies.

**Commissiedocument 565 van 2021**

Commissiedocument 565 van 2021, Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter voorkoming van misbruik van lege entiteiten voor belastingdoeleinden en tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU.

**Commissiedocument 823 van 2021, finale versie**

Commissiedocument 823 van 2021, finale versie, Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot waarborging van een mondiaal minimumniveau van belastingheffing van multinationale groepen in de Unie.

**Europees Parlement, C-Serie, Gemeenschappelijk standpunt/Voorstel van de Commissie, nr. 0434 van 2021**

Europees Parlement, C-Serie, Gemeenschappelijk standpunt/Voorstel van de Commissie, nr. 0434 van 2021, Amendments 31 – 200, Draft report.

**Europees Parlement, A-Serie, Commissie-rapport, nr. 0293 van 2022**

Europees Parlement, A-Serie, Commissie-rapport, nr. 0293 van 2022, Verslag over het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter voorkoming van misbruik van lege entiteiten voor belastingdoeleinden en tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU.

## Internationale regelgeving

OESO, *Adressing Base Erosion and Profit Shifting*, Paris: OECD Publishing 2013.

OESO, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, Paris: OECD Publishing 2017.

## Jurisprudentie

HvJ 13 juli 1972, nr. C-48/71, ECLI:EU:C:1972:65 (*Commissie/Italië*)

HvJ 5 oktober 1995, nr. C-23/93, ECLI:EU:C:1994:362 (*TV 10 SA tegen Commissariaat voor de Media*)

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

HvJ 21 februari 2006, nr. C-255/02, ECLI:EU:C:2006:122 (*Halifax plc*)

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

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

HvJ 6 september 2018, nr. C-527/16, ECLI:EU:C:2018:669 (*Alpenrind*)

HvJ 26 februari 2019, nr. C-135/17, ECLI:EU:C:2019:136 (*X GmbH*)

HvJ 26 februari 2019, nr. C-116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135 (*T Danmark*)

HR 24 januari 2021, nr. 21/01243, ECLI:NL:HR:2021:1963 (*Kerstavond-arrest*)

## Overige literatuur

### **Bogaard, AD 22 december 2021**

F. Bogaard, 'Europa gruwet van belastingparadijs Nederland en zet jacht in op brievenbusfirma's', *AD* 22 december 2021.

### **Dekker, Volkskrant 22 december 2021**

W. Dekker, 'Brussel pakt brievenbusfirma's aan, belastingparadijs Nederland onder vuur', *Volkskrant* 22 december 2021.

**Global Alliance for Tax Justice 2020**

Global Alliance for Tax Justice 2020, 'The State of Tax Justice 2020: Tax Justice in the time of COVID-19', 2020.

**NOS Nieuws, 22 november 2022**

NOS Nieuws, 'Nederland nog altijd grote speler voor brievenbusfirma's', *NOS Nieuws* 22 november 2022.

***Rapport commissie doorstroomvennootschappen 2021***

*Rapport commissie doorstroomvennootschappen*, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2021-2022, 25 087, nr. 286.

**RTL Nieuws, 22 december 2021**

RTL Nieuws, 'Europese Commissie wil Nederlandse brievenbusfirma's aanpakken', *RTL Nieuws* 22 december 2021.

**Van Teeffelen, SOMO 8 februari 2017**

J. van Teeffelen, 'Belastingontwijking: alles wat je wilt weten', *SOMO* 8 februari 2017.

**Verbraak, ActionAid 8 maart 2019**

G. Verbraak, 'Belastingontwijking', *ActionAid* 8 maart 2019.