

Substance en de Nederlandse houdstervereniging

Substance en de Nederlandse houdstervennootschap

Met een introductie van:

mr. J. Gooijer

en bijdragen van:

Prof. mr. J.W. Bellingwout

Prof. mr. A.F. Verdam

mr. J. Gooijer

mr. E.B. van der Stok

mr. F. van Horzen

Claus Jochimsen and Eric Schiffer

Prof. mr. F.P.G. Pötgens en mr. M.J.E. Straathof

Ontwerp omslag: Hans Roenhorst, www.H2Rplus.nl

ISBN 978 90 13 12759 1
NUR 827-715

© 2014 Kluwer, Deventer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever worden veeelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van de abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst.

De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl.

Inhoudsopgave

Introductie	9
<i>mr. J. Gooijer</i>	
Substance en houdstervennootschappen: inleiding	10
<i>Prof. mr. J.W. Bellingwout</i>	
De vennootschapsrechtelijke lichtheid van het bestaan	13
<i>Prof. mr. A.F. Verdam</i>	
Vestiging van (tussen) houdstervennootschappen in Nederland: substancevoorwaarden in belastingverdragen?	21
<i>mr. J. Gooijer</i>	
1. Inleiding	21
2. Substance en art. 4, lid 1, OESO-MV	23
3. Substance en art. 4, lid 3, OESO-MV	23
3.1. Substance en de ‘werkelijke leiding’	23
3.2. Effective management in het Commentaar OESO-MV	26
3.3. Een andere benadering bij een one-tier board?	26
3.4. Conclusies	28
4. Enige theoretische bespiegelingen bij de vestigingsplaats van vennootschappen	29
4.1. Belastingsoevereiniteit en territorialiteit	29
4.2. Nexus van vennootschappen met een territoire	31
5. Voorgestelde en reeds genomen maatregelen	33
5.1. Het probleem van mobiel bestuur	33
5.2. Het tegengaan van treaty shopping	35
5.2.1. Antimisbruikbepalingen met een ‘main purpose’ test	35
5.2.2. ‘Limitation on Benefits’ bepalingen	37
6. Evaluatie	38

Substance voor houdstervenootschappen: de rullingpraktijk	39
<i>mr. E.B. van der Stok</i>	
1. Inleiding	39
2. Nederlands wettelijk kader	39
2.1. Algemeen	39
2.2. Vestigingsplaats	40
3. Belang substance	41
3.1. Algemeen	41
3.2. Rulingbeleid	41
3.3. Spontane uitwisseling van informatie	44
3.4. Bronlanden	45
3.5. Reputatie	46
4. Conclusies	46
Tussenhoudsters van internationale concerns en het Nederlandse verdragennetwerk	47
<i>mr. F. van Horzen</i>	
1. Treaty shoppen is een recht	47
2. Contraire stellingen	50
3. Conclusie	54
Substance and the German anti-treaty shopping rules	55
<i>Claus Jochimsen and Eric Schiffer</i>	
1. Introduction	55
2. Section 50d paragraph 3 German Income Tax Act (2007)	55
3. Revised 50d-3 ITA per 1-1-2012	56
3.1. Personal entitlement for relief: Look through approach	57
3.2. Functional entitlement: Gross income test and own business activities	58
3.2.1. Active income	58
3.3. Listed companies/Investment companies	60
3.4. Procedural and de minimis rules	61
4. EU Law	63
5. Summary	64
Vestiging en substance vanuit EU-rechtelijk perspectief	65
<i>Prof. mr. F.P.G. Pötgens en mr. M.J.E. Straathof</i>	
1. Inleiding	65
2. Personele reikwijdte van de vrijheid van vestiging	67
3. Materiële reikwijdte van de vrijheid van vestiging	68

3.1. Criteria voor de vrijheid van vestiging	68
3.2. Geen activiteiten vereist in lidstaat van oorsprong	72
3.3. Oprichting en beheer van ondernemingen	74
4. Misbruikbestrijding	75
5. Conclusie	83

Introductie

mr. J. Gooijer

Op 7 november 2013 organiseerde het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) een debatmiddag over de substance-eisen die worden gesteld aan in Nederland gevestigde tussenhoudster- en tophoudstervenootschappen. De tijdens deze debatmiddag gehouden lezingen zijn in deze bundel opgenomen, al dan niet in bewerkte vorm.

In een korte inleiding op de problematiek, schetst prof. mr. J.W. Bellingwout de politieke en maatschappelijke discussie van de afgelopen jaren over het gebruik van 'brievenbusmaatschappijen'. In deze discussie speelt de substance van dergelijke maatschappijen – en dan met name het (vermeende) gebrek daaraan – een belangrijke rol.

Prof. mr. A.F. Verdam behandelt de vraag of er vanuit het ondernemingsrecht eisen worden gesteld aan de substance van Nederlandse tussenhoudsters. In de twee volgende bijdragen komt aan de orde of het Nederlandse fiscale recht substance-eisen stelt aan houdstervenootschappen. Mr. J. Gooijer behandelt deze vraag vanuit het perspectief van de door Nederland gesloten belastingverdragen, mr. E.B. van der Stok vanuit het perspectief van de uitvoeringspraktijk (tax rulings).

Mr. F. Van Horzen gaat vervolgens in op de vraag of het gebruik van in Nederland gevestigde vennootschappen als tussenhoudsters of doorstroommaatschappij, kan worden gezien als verdragsmisbruik. Van Horzen neemt de stelling is dat treaty shopping een recht is en verdedigt deze stelling met verve.

In aanvulling op de tijdens de debatmiddag gehouden lezingen, is in deze bundel een tweetal beschouwingen opgenomen waarin de problematiek van substance wordt belicht vanuit een ander perspectief: enerzijds die van de in Duitsland geldende antimisbruikwetgeving, anderzijds die van het Europese recht. Claus Jochimsen en Eric Schiffer gaan in op de substance-eisen die zijn opgenomen in de Duitse bepalingen die verdragsmisbruik moeten tegenstaan. Wellicht kan in Nederland van de Duitse benadering worden geleerd. De beschouwing van Jochimsen en Schiffer maakt onder andere duidelijk dat in de discussie over het wel of niet opnemen van substance-eisen in wet- en regelgeving de Europeesrechtelijke dimensie niet kan worden gemist. In de bijdrage van prof. mr. F.P.G. Pötgens en mw. mr. M.J.E. Straathof komt deze dimensie aan de orde.

Substance en houdstervennootschappen: inleiding

*Prof. mr. J.W. Bellingwout*¹

De omgang met belastingverplichtingen door grote multinationals staat de laatste jaren regelmatig ter discussie. Grote Amerikaanse multinationals worden in het najaar van 2012 ondervraagd door Margaret Hodge, de voorzitter van de Public Accounts Committee in het Engelse House of Commons. De houding ten opzichte van de multinationals is zeer kritisch: “We’re not accusing you of behaving illegal, but immoral.”² Internationale organisaties zoals de EU en de OESO komen met actieplannen ter voorkoming van belastingfraude en wat wordt genoemd ‘agressive taxplanning’. Op 6 december 2012 doet de Europese Commissie een actieplan het licht zien met 30 punten tegen belastingfraude en – ontduiking. Vanaf het voorjaar en de zomer 2013 werkt de OESO aan een ambitieus actieplan tegen ‘Base Erosion and Profit Shifting’. De acties vanuit de OESO vinden plaats in nauwe samenwerking met de G8 en G20 en worden door deze organisaties ook gesteund.

Aangewakkerd door de media, met een prominente rol voor Het Financieele Dagblad, ontstaat ook in Nederland een discussie over de rol van Nederland in internationale fiscale structuren, met name door het gebruik van Nederlandse brievenbusvennootschappen. Er zouden jaarlijks duizenden miljarden door Nederland stromen. De discussie wordt overgenomen door de fracties van Groen Links en de SP in de Tweede Kamer (met name door de leden Klaver, Braakhuis en Bashir). Er is sprake van een activistische instelling: Nederland is een ‘belastingparadijs’ en daaraan moet snel een einde komen. Van een genuanceerde discussie waarin recht wordt gedaan aan onderscheid tussen belastingfraude, belastingontduiking en belastingontwijking, is geen sprake. Het Tweede Kamerlid Klaver verkondigt de boodschap dat Nederland een kwalijke rol speelt in de internationaal fiscale wereld zelfs in het Duitse en Engelse parlement. Vanuit de commissie Financiën van de Eerste Kamer wordt de Europese Commissie verzocht om maatregelen tegen Nederland. De staatssecretaris van Financiën Weekers raakt in het defensief.

Inmiddels spelen ook non-gouvernementele organisaties als Oxfam Novib, Tax Justice Network en SOMO een flinke deun mee met (soms dubieuze) rapporten. Er wordt nadruk gelegd op de negatieve gevolgen voor ontwikkelingslanden van het

¹ Hoogleraar Belastingrecht aan de Vrije Universiteit, tevens verbonden aan KPMG Meijburg & Co.

² Zie Nineteenth Report of Session 2012-13, HM Revenue & Customs: Annual Report and Accounts 2011-12, House of Commons, Committee of Public Accountants, 3 december 2012.

Nederlandse fiscale beleid. Nederland zou van deze landen EUR 700 miljoen stelen, cijfers die later op drijfzand blijken te zijn gebaseerd. Ewald Engelen, hoogleraar financiële geografie aan de Universiteit van Amsterdam en prominent spreker bij allerlei talkshows op televisie, mixt feit en fictie, spreekt schande van belastingontwijking en noemt belastingadviseurs ‘diefjesmaatjes’.

Ondertussen neemt de Tweede Kamer diverse moties aan over de problematiek: “Nederland is een belastingparadijs”, “Nederland mag geen belastingparadijs worden genoemd”, “Er moeten substance eisen worden ingevoerd voor brievenbusvennootschappen”, “Nederland moet zich actief inzetten om belastingontwijking via Nederland onmogelijk te maken”. Staatssecretaris Weekers stuurt diverse brieven naar de Tweede Kamer om de gemoederen te bedaren. Aanvankelijk lijkt hij mee te willen bewegen met de oppositie, later geeft hij aan het tot dan toe gevolgde beleid te willen handhaven.³ De onafhankelijke stichting SEO wordt door Holland Financial Center – dat terloops wordt opgeheven – gevraagd om met een rapport te komen, in de hoop dat de discussie verschuift van emoties en demagogie naar feiten. Het SEO onderzoek⁴ van juli 2013 laat zien dat er circa 23.000 brievenbusvennootschappen zijn, waarvan 12.000 Bijzondere Financiële Instellingen. Ook laat het zien dat er geen duizenden miljarden door Nederland heen stromen. In totaal gaat het om ongeveer EUR 150 miljard inkomend en EUR 124 miljard uitgaande rendementsstromen, waarvan respectievelijk EUR 100 en EUR 75 miljard dividend. Deze sector zou direct en indirect circa 10.000 banen opleveren en ruim EUR 2 miljard bijdragen aan de schatkist.

Het SEO rapport brengt deels rust, ook al wordt het op veel punten aangevallen. Staatssecretaris Weekers reageert op 30 augustus 2013 met een uitgebreide brief aan de Tweede Kamer en neemt de sprong naar voren door enkele substance maatregelen aan te kondigen en te pleiten voor een verdergaande inspanning om internationale fiscale informatie-uitwisseling te stimuleren en mogelijk te maken.

In de discussie die in de verschillende gremia wordt gevoerd, wordt ten onrechte geen onderscheid gemaakt tussen de ‘doorstromers’ of ‘schakelvennootschappen’ waar rente/royalty doorheen stroomt en de houdstervennootschappen die dividend ontvangen en doorbetalen. De eerst genoemde categorie is betrokken bij stromen die aftrekbaar zijn in het bronland en niet belast zijn in het land van bestemming – met daartussen Nederland dat een zakelijke marge eist tussen ontvangen en betaalde rente en royalty’s. De tweede soort vennootschappen ontvangt en betaalt dividend, waarbij dat dividend doorgaans niet aftrekbaar is in het land van de dochter. In deze situatie speelt geen ‘base erosion’, omdat het land van de dochter de winsten vol kan belasten. Ook de Nederlandse belastingverdragen doen geen

3 Zie onder andere de brieven van de staatssecretaris van Financiën van 25 juni 2012, nr. IFZ/2012/85U, en 17 januari 2013, nr. IFZ/2013/25U.

4 SEO Economisch onderzoek, ‘SEO rapport: Uit de schaduw van het bankwezen’.

afbreuk aan dat heffingsrecht. De houdsters spelen slechts een rol in het voorkomen van dubbele belasting, door de bronbelasting op dividendstromen met gebruik van Nederlandse verdragen te neutraliseren. Toch worden sinds kort ook aan deze houdsters substance-eisen gesteld. Voor rente/royalty doorstromers was dat al bekend, voor houdstermaatschappijen is dat nieuw.

Het voorgaande brengt ons tot de volgende vraag: wat is eigenlijk de rol uit een oogpunt van governance die een tussenhoudster vervult in relatie tot haar buitenlandse dochtermaatschappijen? Hoe ver reikt de bevoegdheid van het Nederlandse bestuur, en hoe ver die van de buitenlandse concerndirectie? Wat is de rol van substance bij de toegang tot de NL belastingverdragen? Hoe kijken andere landen tegen onze houdstervenootschappen aan en welke substance eisen stellen zij – los van wat wij als norm reëel zouden achten? En wat moeten wij vinden van Nederlandse tussenhoudsters die een belangrijke rol spelen bij de reductie van de effective tax rate van buitenlandse multinationals? Moeten wij meegaan met de ‘fair share’ gedachte? Kan de morele component in deze discussie nog worden genegeerd? Uiterst relevante vragen die aan de orde komen in de diverse bijdragen in deze bundel.

De vennootschapsrechtelijke lichtheid van het bestaan

*Prof. mr. A.F. Verdam*¹

“The goals we pursue are always veiled. A girl who longs for marriage longs for something she knows nothing about. The boy who hankers after fame has no idea what fame is. The thing that gives our every move its meaning is always totally unknown to us.”

— *Milan Kundera, The Unbearable Lightness of Being*

1. In de discussie over “Belastingparadijzerij”² komt regelmatig de term ‘substance’ voor. Ik noem als voorbeeld de OECD criteria voor de beoordeling of een land een belastingparadijs is,³ en de in Nederland geldende voorwaarden om een advanced ruling te kunnen verkrijgen.⁴ De Staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven dat het begrip ‘substance’ als zodanig niet in belastingverdragen of in de Nederlandse fiscale wetgeving voorkomt. Hij wijst er daarbij terecht op dat men substance eisen niet moet relateren aan de vraag naar het bestaan of de erkenning van de vennootschap; daarvoor is substance geen relevant criterium.⁵

In deze bijdrage ga ik in op de vraag of, en zo ja welke, eisen - vergelijkbaar met de fiscale substance eisen - vanuit het Nederlands vennootschapsrecht worden gesteld aan een vennootschap, aan het bestuur daarvan resp. aan een Nederlandse vennootschap als aandeelhouder in een dochter vennootschap.

Ik wil dat met name bezien tegen de achtergrond van de volgende situatie:

- Een tussenholding in de vorm van een Nederlandse BV, gevestigd in Nederland (hierna ook wel: Tussenholding)
- met Nederlandse en buitenlandse dochtervennootschappen, en
- met een buitenlandse vennootschap als 100% aandeelhouder (hierna ook wel: Topholding).

Het komt dan aan op vragen naar o.a. de rol van het bestuur in de Tussenholding, de rol van de Tussenholding als aandeelhouder in haar Nederlandse en buitenlandse

1 Hoogleraar ondernemingsrecht aan de Vrije Universiteit en verbonden aan Philips te Amsterdam.

2 M.E. Kastelijn, Belastingparadijzerij: wat is nu eigenlijk de issue?, VP-bulletin 2013/26, p. 1.

3 Waarbij relevant is of substantiële activiteiten ontbreken; Kastelijn a.w., p. 3.

4 Kastelijn, a.w., p. 6; o.a. de eis dat tenminste de helft van de bestuursleden in Nederland woont.

5 Brief aan de Tweede Kamer van 25 juni 2012.

dochtermaatschappijen. Te denken is in het bijzonder aan de situatie dat de Topholding een lening wil verschaffen aan een dochtermaatschappij van de Tussenholding; die dochtermaatschappij noem ik hierna ook wel de Inlener.

Waar fiscalisten wel spreken van ‘fantoomaandelen’, gaat het in deze bijdrage in wezen om de vraag of wij in het Nederlandse vennootschapsrecht zoiets kennen als een ‘fantoombestuur’ of een ‘fantoomaandeelhouder’ om de reden dat de ‘fantom’ niet aan – nader te onderzoeken – substance eisen van het vennootschapsrecht zou voldoen.

Ik ga hierna eerst in op de rol van het bestuur van de Tussenholding, en vervolgens op de rol van de Tussenholding als aandeelhouder in de Inlener. Ten slotte ga ik in op de rolverdeling binnen het bestuur van de Tussenholding in het bijzonder van zogenoemde A en B bestuurders in geval van een monistisch bestuursmodel.

2. Het bestuur – zo wordt veelal benadrukt in de juridische literatuur – is het centrale punt in de vennootschap wat betreft de beleidsvorming, de beleidsuitvoering en wat betreft de algemene gang van zaken. Daarbij vormt het bestuur als het ware de zintuigen van de rechtspersoon, alsook het brein; denk aan functies zoals het waarnemen van bijvoorbeeld risico’s en opportuniteiten, het nadenken over, en afwegen van verschillende aspecten, de vorming van de wil, de uiting van de wil en vervolgens de uitvoering van hetgeen waartoe is besloten. Bij de natuurlijke persoon⁶ gebeurt dat in het hoofd en eventueel door middel van de handen (wat betreft de uitvoering); in die zin vormt het bestuur het hoofd en eventueel de handen van het lichaam dat rechtspersoon heet. Het is daarmee cruciaal voor het bestaan en het optreden van de rechtspersoon. Dat blijkt ook wel uit de vele beschouwingen over het bestuur, de samenstelling en beloning daarvan, en de daarvoor geldende gedragsnormen en aansprakelijkheidsregels.

Gelijk voor een klein manneke geldt dat hij meestal een klein hoofd heeft, zal veelal ook voor een vennootschap gelden dat indien die kleiner is (maar dan in de zin van minder complex met minder activiteiten met beheers- en beschikkingsdaden), het bestuur ook kleiner is. Anders gezegd: de zwaarte van het bestuur en zijn daden, zal gerelateerd zijn aan de zwaarte of lichtheid van de vennootschap. En dat laatste kan in gradatie behoorlijk verschillen, bijvoorbeeld:

- qua activiteiten: gaat het puur om een bepaalde som geld die tijdelijk in een vennootschap is ondergebracht, of om een slapende vennootschap, of om een plankvennootschap, versus een vennootschap die een grote industriële onderneming in stand houdt?;
- qua omvang in termen van werknemers, omzet en kapitaal;
- qua economische functie; gaat het slechts om het voorkomen van persoonlijke aansprakelijkheid waardoor een BV is ‘tussengeschied’ of om het creëren van fiscale voordelen, of om de ‘vennootschapsrechtelijke behuizing’ van

6 Art. 2:5 BW spreekt van een – in beginsel – gelijkstelling van de rechtspersoon aan de natuurlijk persoon uit oogpunt van vermogensrecht.

bepaalde stafdiensten die slechts aan concern vennootschappen worden verleend, of om holdingactiviteiten.⁷

Anders gezegd, ook ‘lichte’ vennootschappen kunnen gewoon bestaan. Voor het ontstaan en bestaan van de vennootschap is niet bepalend de inhoud en omvang daarvan, maar in feite de notariële akte tot oprichting (of afsplitsing of fusie). Ook als de vennootschap inhoudelijk weinig ‘body’ heeft, blijft zij bestaan. Anders dan voor de natuurlijke persoon geldt, gaat de rechtspersoon niet vanzelf dood, maar is daartoe een besluit tot ontbinding van die rechtspersoon (of van de rechter) nodig.

3. Bescherming tegen een ‘te lichte’, of een slechts voor de schijn bestaande Nederlandse vennootschap wordt in ons vennootschapsrecht niet zo zeer gezocht in de ontkenning van het bestaan van de vennootschap,⁸ maar meer in aansprakelijkheden van aandeelhouders of bestuurders van de vennootschap, of de aansprakelijkheid van een andere daarmee verbonden vennootschap. Te denken is aan de figuur van de vereenzelviging van een vennootschap met een andere rechtspersoon, die aan orde kan zijn indien misbruik wordt gemaakt van het identiteitsverschil tussen beide rechtspersonen. Dit kan leiden tot een aansprakelijkheid van de andere rechtspersoon dan de vennootschap als oorspronkelijke debiteur. Daarbij zij direct aangetekend dat de Hoge Raad uitgaat van een zeer terughoudende toepassing van deze figuur.⁹

Voorts valt te denken aan de figuur van indirecte doorbraak, bijvoorbeeld vanwege het ‘leegpompen’ van de vennootschap door haar aandeelhouders, of ingeval van een misleidende schijn van kredietwaardigheid in combinatie met het overheersend optreden door de moedermaatschappij en het vervolgens in de steek laten van de dochtermaatschappij.¹⁰

Het gaat hier met name om figuren die strekken tot bescherming van de crediteuren.

Daarbij geldt dat er bepaald wat aan de hand moet zijn voor dat op de bescherming van deze figuren een beroep kan worden gedaan.

4. Deze analyse strekt er toe om na te gaan of ons vennootschapsrecht ‘substance’ eisen kent voor een vennootschap. Mijn analyse leidt tot de visie dat in ons recht als uitgangspunt geldt dat een vennootschap heel ‘licht’ kan zijn en heel weinig kan

7 En niet meer dan dat, mede gezien de eisen die gelden voor een verlichte toepassing van het structuurregime; zie artikel 2:263 lid 2 sub c BW “uitsluitend aan ... groepsmaatschappijen ... diensten ten behoeve van het beheer en de financiering verlenen”.

8 Zo'n bescherming bestaat wel voor wat betreft de erkenning van een ‘te lichte’ buitenlandse vennootschap: ik wijs op de regeling van de Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen. Die strekt ertoe dat voor ‘formeel buitenlandse’ vennootschappen een beperkte inbreuk wordt gemaakt op het uitgangspunt dat de buitenlandse vennootschap ook hier ten lande door diens incorporatierecht wordt beheerst wanneer deze rechtsgeldig naar diens incorporatierecht is opgericht. Een vennootschap kwalificeert als een formeel buitenlandse vennootschap wanneer deze (a) rechtspersoonlijkheid heeft, (b) een kapitaalvennootschap is, (c) zijn werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland heeft en (d) geen werkelijke band heeft met de met het met het incorporatierecht corresponderende staat. De uitzondering geldt niet indien het een intracommunautaire situatie (binnen EU of EER) betreft.

9 Asser-Maeijer-Van Solingen & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 835.

10 Asser-Maeijer-Van Solingen & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 841 e.v.

uitvoeren. Er zal niet snel sprake zijn van een “ondraaglijke lichtheid van het bestaan” van de vennootschap die an sich strijd oplevert met ons vennootschapsrecht.

Dit uitgangspunt geldt ook voor de statutaire doelstelling van de vennootschap. Daarmee geldt het ook voor het bestuur dat die belangen moet dienen en moet promoten.

Ik noem in dit verband het voorbeeld van de slapende vennootschap als ‘lichte’ vennootschap. In die situatie zal ook de invulling van de taken van het bestuur erg ‘licht’ zijn en zich veelal beperken tot de wettelijke administratieve taken, zoals het opstellen van de jaarstukken, het ter vaststelling voorleggen van de jaarrekening aan de algemene vergadering van aandeelhouders en het vervolgens deponeren hiervan. In de praktijk ziet men de focus op deze taken wel terugkomen bij bijvoorbeeld vennootschappen die worden beheerd en bestuurd door trustkantoren op de Nederlandse Antillen. Bij deze situaties gaat het om lichte taken van het bestuur gezien de lichte activiteiten van de vennootschap.

5. De grenzen van het ‘ondraaglijke’ van de ‘lichtheid van het bestaan’ van het bestuur komen in zicht voor ons vennootschapsrecht, als het bestuur te licht opereert in relatie tot zijn taken. Dan kan er sprake zijn van een nalatigheid in zijn functioneren wat kan leiden tot een persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder.

Ook kan het bestuur te veel ‘meewaaien’ met, of opzij stappen voor, de invloed van een ander; dat kan leiden tot aansprakelijkheid van die ander in het faillissement van de vennootschap. De norm is of die ander – de quasi bestuurder – het beleid van de vennootschap (mede) heeft bepaald.¹¹

6. Het bestuur – als het centrale punt van de vennootschap – kan dus behoorlijk licht zijn als de vennootschap ook licht is. De vennootschap kan in sterke mate ‘inschropelen’, en hetzelfde geldt voor het bestuur.

De centrale rol van het bestuur kan nog lichter zijn ingeval van instructierechten van de aandeelhouder, of het lidmaatschap van de vennootschap van een groep waarin het groepsbelang een rol van betekenis speelt. Immers een dochtervennootschap – dat geldt ook voor de Tussenholding in genoemd voorbeeld – wordt ‘controlled’ door haar moedermaatschappij; zij is onderworpen aan de centrale zeggenschap die door de holding wordt uitgeoefend.

Omgekeerd rust op de moedermaatschappij ook in zekere zin een plicht om leiding te geven aan de concerndochters; wij spreken in dat verband van de ‘concernleidingsplicht’. Daarbij mogen de belangen van dochter niet onevenredig (in verhouding tot het concernbelang) worden geschaad.

Voor de dochtervennootschap - en dus ook voor de Tussenholding als dochter van de Topholding, in genoemd voorbeeld – geldt dat het bestuur zich richt naar het

¹¹ Zie Art. 2:138 / 147 lid 7 BW.

vennootschappelijk belang van de eigen vennootschap, maar dat dat belang mede wordt ingekleurd door het concernbelang.

De instructiemacht van de holding betekent dat de dochtermaatschappij de instructies moet opvolgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de dochtermaatschappij zelf, welk belang mede wordt ingekleurd door het concernbelang.¹² Als soort ‘ondergrens’ voor een ingeschrompeld bestuur, geldt dat het bestuur tenminste moet voldoen aan de wettelijke administratieve plichten en – ingeval van instructierechten – moet waken voor het belang van de vennootschap (dat mede door het concernbelang wordt ingekleurd).

7. Een volgend punt betreft de rol van de Nederlandse Tussenholding – in voornoemd voorbeeld – als aandeelhouder in de inlenende dochtervennootschap: hoe zwaar moet die rol zijn en hoe moet die worden vormgegeven? Voor de beantwoording van die vraag in internationale verhoudingen, moet eerst worden bezien door welk recht die vraag wordt beheerst. Naar Nederlands internationaal privaatrecht – en hetzelfde geldt in dit voorbeeld voor het Duits Internationaal privaatrecht – wordt de vraag naar de rol van aandeelhouder van een Duitse dochtermaatschappij, geregeerd door Duits recht. De *lex societatis*, als recht dat de vennootschap beheerst, bestrijkt ook de vraag hoe de aandeelhouder in die vennootschap zich moet gedragen en welke rechten en plichten die heeft.¹³ Ik zal hierna alleen ingaan op de rol van de Tussenholding als aandeelhouder in een Nederlandse vennootschap.

8. Het Nederlandse recht kent als uitgangspunt de dualistische structuur van de kapitaalvennootschap. Die kent in ieder geval twee organen: het bestuur aan de ene zijde van het spectrum en de algemene vergadering van aandeelhouder (AvA) aan de andere kant.¹⁴ Anders gezegd: de AvA hoort erbij. Maar de vraag die hier aan de orde is, is hoe licht dat orgaan in zijn functioneren kan zijn, en hoe licht het kan worden opgetuigd. Gelet op het in nummer 7 genoemde aspect van internationaal privaatrecht, behandel ik hier die vraag met betrekking tot de Tussenholding als (enig) aandeelhouder in een Nederlandse dochtervennootschap. Het gaat dan om de vraag hoe zwaar de rol als aandeelhouder in Nederlandse NV of BV moet zijn, als feitelijke tussenschakel tussen de Topholding en de Inlener.

Als eerste heeft de AvA de zogenaamde kernbevoegdheden.¹⁵ Die bestaan uit de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van de bestuurder, de wijziging van de statuten en de vaststelling van de jaarrekening van de vennootschap. Ook worden daartoe gerekend de bevoegdheid tot ontbinding, omzetting, fusie of splitsing van de vennootschap. Het betreft hier besluiten waar de AvA bij betrokken *moet*

¹² Zie Asser-Maeijer-Van Solingen & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 834 en verder.

¹³ Art. 10:119 BW.

¹⁴ Asser-Maeijer-Van Solingen & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 317.

¹⁵ Ik ga in dit bestek voorbij aan het structuurregime.

worden.¹⁶ Daarnaast heeft de AvA de overige dwingendrechtelijk bevoegdheden die met name zijn gerelateerd aan wijzigingen in het kapitaal van de vennootschap (de wijziging zelf of ten aanzien van daaraan gerelateerde rechten zoals het emissierecht, het voorkeursrecht, en het recht van inkoop).

Samengevat gaat het bij de bevoegdheden van de AvA om die met betrekking tot de samenstelling van het bestuur en de vaststelling van de jaarrekening, en anderzijds die terzake van de structuur en het kapitaal van de vennootschap.

9. Tot die laatste categorie – bevoegdheid terzake van besluiten met betrekking tot de structuur en het kapitaal van de vennootschap – kan ook gerekend worden het goedkeuringsrecht van de AvA van de NV op grond van artikel 107a boek 2 BW voor bestuursbesluiten omtrent een belangrijke verandering van de identiteit en het karakter van de vennootschap of de onderneming; daartoe behoren in ieder geval de in die wettelijke bepaling opgesomde besluiten. Het gaat daarbij in de woorden van de Hoge Raad om besluiten die zo ingrijpend zijn dat zij de aard van het aandeelhouderschap veranderen in dier voege dat de aandeelhouder daardoor als het ware kapitaal gaat verschaffen aan, en belang gaat houden in, een wezenlijk andere onderneming.¹⁷

Een soortgelijke regeling was in het wetsonderwerp ook voor de BV opgenomen, maar die is later geschrapt. Het argument daarbij was dat bij besloten verhoudingen men zelf in een regeling zou kunnen voorzien. Maar in de literatuur wordt vrij algemeen aangenomen dat artikel 2:107a BW – zijnde gebaseerd op het leerstuk van materiele liquidatie – analoog geldt voor de BV. Ik noem in dit verband de afwijkende opvatting van Van Veen,¹⁸ maar die stelt – en daar is bepaald wat voor te zeggen – dat zulke besluiten niet tot de bevoegdheid van het bestuur behoren. Ik voeg daar aan toe: maar in die redenering tot de *bevoegdheid* van de AvA zelf.

Hoe het ook zij, voor dit betoog is van belang dat ook bij de BV de betrokkenheid van de AvA bij de hier bedoelde besluiten die de identiteit of het karakter vennootschap wijzigen, een noodzaak is.¹⁹ Maar buiten de hiervoor en in nummer 8 omschreven besluiten, zie ik weinig ruimte voor besluiten waarbij de AvA *verplicht* een rol speelt. Of om het anders te benaderen: men kan de vennootschappelijke constellatie van de Tussenholding naar Nederlandsch recht zo licht inrichten, dat de Tussenholding als aandeelhouder in de Inlener niet nodig is bij bijvoorbeeld:

- a. het aangaan van een grote lening van de Topholding of een derde, door de Inlener;
- b. de aankoop van activa door de Inlener;
- c. een verkooptransactie met de Inlener als verkoper,

16 Daarnaast wordt als kernbevoegdheid wel genoemd het recht op alle inlichtingen (zie Asser-Maeijer-Van Solingen & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 319); die bevoegdheid die niet tot specifieke handelingen leidt, laat ik hier verder buiten beschouwing.

17 HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434.

18 WPNR 2005, p. 210.

19 Ik laat in dit bestek rusten de vraag of bij de BV de statuten deze bevoegdheid aan het bestuur - zonder goedkeuringsseis van de AvA - zouden kunnen toebedelen, waardoor de BV 'nog lichter' zou worden opgetuigd.

tenzij de transactie genoemd onder b of c een belangrijke wijziging in de identiteit of het profiel van de Inlener betekent.

10. De vraag kan rijzen of het wel verstandig is om de Tussenholding geen echte rol als aandeelhouder in de dochter te laten spelen bij meer substantiële transacties, in het bijzonder waar het gaat om het uitoefenen van de controle door de moedermaatschappij om de dochter/Inlener tot de bewuste transactie te bewegen. Het gaat dan om de vraag of ons concernrecht niet meebrengt dat instructies dienaangaande – in het midden latend waar de grenzen in de plicht om die op te volgen in concreto precies liggen – niet via de Tussenholding – als aandeelhouder in de dochter tot wie de instructies zijn gericht – moeten worden gegeven.

Ik trek dan een vergelijking met een ‘gewoon’ concern met bijvoorbeeld industriële activiteiten. Ook daar worden gebruikelijk instructies van de moeder naar de (klein) dochter niet formeel geleid via lijn van de aandeelhoudersrelaties. In de praktijk zie je veelal dat de dochtermaatschappij rechtstreeks rapporteert aan de concernleiding of de leiding van de betrokken divisie, en dat dit op papier niet via de keten van de eventueel tussengeschakelde vennootschappen loopt. Dit laatste zal pas het geval zijn indien het er juridisch echt op aan komt, bijvoorbeeld als de leiding van de betrokken dochtervennootschap niet wil luisteren en de vraag naar intra-concernrechtelijke sancties, zoals het ontslag van het bestuur van die dochtermaatschappij, in zicht komt.

Zoals wel vaker het geval, wordt een en ander pas formeel ingericht indien het ‘im Frage’ wordt gesteld. Maar dat betekent niet dat ook het omgekeerde geldt, in die zin dat als het niet langs de formele weg loopt, het per definitie niet zou deugen. Vertaald naar de situatie van de Tussenholding als aandeelhouder in Inlener, betekent dit dat als de Tussenholding volgens wet of statuten een rol *moet* spelen, daartoe ook de nodige formele besluiten zullen worden genomen. Maar in het algemeen zullen de statuten van de dochter/Inlener zo licht kunnen worden ingericht, dat de tussenkomst van de Tussenholding als aandeelhouder niet snel nodig is.

Zoals eerder gezegd zal die tussenkomst als aandeelhouder wel nodig zijn in aangelegenheden van ‘corporate housekeeping’, zoals de jaarvergaderingen en de vaststelling van de jaarrekening, en in die gevallen waar het gaat om wijzigingen in het bestuur of de corporate - of financiële structuur van de dochter.

11. Ten slotte wijd ik een paragraaf over de in de trustwereld wel opkomende praktijk, dat de Tussenholding een monistisch bestuursmodel heeft, waarbij de Nederlandse bestuurders uitvoerend bestuurder zijn en de vertegenwoordigers van de buitenlandse cliënt (in feite de achterliggende aandeelhouders) niet-uitvoerende bestuurders. De one-tier board, zoals die geregeld is in ons recht, voorziet er in dat bepaalde bestuurstaken door het bestuur aan bepaalde bestuurders kunnen worden gedelegeerd; gebruikelijk worden die bestuurders dan de uitvoerende bestuurders

genoemd. Zij zijn veelal belast met het dagelijks bestuur van de vennootschap. Ik volsta met de volgende kanttekening bij dit model in de trustwereld.

Vele varianten zijn mogelijk in ons vennootschapsrecht wat betreft de delegatie van bevoegdheden aan bepaalde bestuurders. Daarbij is en blijft van belang dat ook niet-uitvoerende bestuurders lid zijn van een en hetzelfde bestuursorgaan, net zoals de uitvoerende bestuurders. De delegatie speelt evenwel een rol wat betreft bestuursaansprakelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurders. Daarbij bedenke men wel dat op de niet-uitvoerende bestuurders de plicht zal blijven rusten om toezicht te houden op de uitvoering door de uitvoerende bestuurders van de gedelegeerde bevoegdheden.

Voor de praktijk is van belang dat ons recht grote flexibiliteit kent voor de inrichting van de stemverhoudingen binnen het bestuur, voor wat betreft de besluitvormingen over kwesties die aan het gehele bestuur worden voorgelegd. Eigenlijk zijn alle meerderheids- en stemverdelingsregelingen mogelijk, zolang maar ieder lid van het bestuur tenminste één stem heeft, en geen der bestuurders meer stemmen heeft dan de overige bestuursleden tezamen.²⁰ Voorts moet van de regeling van de stemverhouding worden onderscheiden, de regeling die bepaalt welke vereisten er gelden om tot een besluit van het orgaan te komen. Het is mogelijk om te regelen dat bepaalde besluiten naast een meerderheid van de bestuurders, ook de meerderheid behoeven van de stemmen van de niet-uitvoerende bestuurders.²¹

12. Afrondend kan worden gesteld dat de rol van het bestuur van de Tussenholding in Nederland, gezien vanuit het vennootschapsrecht zeer beperkt kan zijn. Evenzo kan de rol van de Tussenholding, in hoedanigheid van aandeelhouder in een Nederlandse BV /Inlener, zeer beperkt zijn. Waar er sprake is van sancties vanuit ons vennootschapsrecht voor een te grote invloed van anderen dan de formele bestuurders, liggen die veelal in de hoek van een aansprakelijkheid van die personen ten behoeve van de (gezamenlijke) crediteuren van de vennootschap. Dit geldt voor de aansprakelijkheid van de moeder ingevolge het Albeda Jelgersma arrest, of ingeval een derde zich gedraagt als een zogenaamde quasi bestuurder. Maar dat risico speelt in de trustwereld vaak minder een rol, of kan op andere wijze worden afgedekt.

20 Zie hierover mijn bijdrage Van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, *Ondernemingsrecht* 2013, 102.

21 Daartoe zal bepaald moeten worden dat voor de totstandkomen van het besluit aan twee eisen moet zijn voldaan: de meerderheid wordt verkregen van de stemmen binnen het bestuursorgaan en tevens de meerderheid van de stemmen van de niet-uitvoerende bestuurders. Zie in dit verband ook mijn bijdrage: DNB doet gewogen stemverhoudingen binnen het pensioenfonds in de ban, *WPNR* 8 maart 2014/7009, p. 213 e.v.

Vestiging van (tussen) houdstervennootschappen in Nederland: substancevoorwaarden in belastingverdragen?

*mr. J. Gooijer*¹

1. Inleiding

De combinatie van het Nederlandse netwerk van belastingverdragen en de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (“Wet Vpb”) biedt internationaal opererende bedrijven grote voordelen en heeft door de jaren heen bijgedragen aan het gunstige fiscale vestigingsklimaat in Nederland. Door middel van een in Nederland gevestigde (tussen)houdstervennootschap kan heffing op dividendstromen binnen concerns worden verminderd of zelfs voorkomen en kunnen winsten behaald met de verkoop van aandelen in een dochtervennootschap buiten de heffing worden gehouden. Om een beroep te kunnen doen op één van de door Nederland gesloten verdragen zal de (tussen)houdstervennootschap inwoner (of “resident”) van Nederland moeten zijn in de zin van het betreffende verdrag. In art. 4, lid 1 van het OESO-Modelverdrag (OESO-MV) is een definitie van het begrip resident opgenomen.² Voor zover van belang voor deze bijdrage luidt deze definitie als volgt: “For the purposes of this Convention, the term “resident of a Contracting State” means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature (...).” Als op grond van deze bepaling beide verdragsluitende staten concluderen tot inwonerschap van de (tussen)houdster, dan ‘wint’ op grond van het derde lid van art. 4 OESO-MV de staat waarin de place of effective management van de vennootschap is gelegen.

In deze bijdrage staat de vraag centraal of in belastingverdragen substancevoorwaarden worden gesteld aan (tussen)houdstervennootschappen om te kunnen kwalificeren als inwoner. Om spraakverwarring te voorkomen, lijkt het raadzaam eerst het begrip substance te definiëren. Volgens de Oxford English Dictionary verwijst substance naar “the nature or essence of something”,³ naar “physical matter” en naar “quantity, possessions, wealth”.⁴ Substance in deze bijdrage

1 Als docent/onderzoeker verbonden aan de afdeling Fiscaal Recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam. De auteur dankt mr. L.J.A. Pieterse en mr. G.F. Boulogne voor hun waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.

2 Het OESO-MV neem ik in deze bijdrage als uitgangspunt. In de door Nederland gesloten verdragen komt de inwonersbepaling veelal overeen met die in het OESO-MV.

3 “(T)hat which constitutes the essential part or aspect of something.”

4 www.oed.com.

verwijst niet naar de essentie van de rechtspersoon/belastingplichtige als (fiscaal-) juridische realiteit. De juridisch constructie van de rechtspersoon is naar zijn aard ook niet fysiek zodat substance niet kan verwijzen naar enige “physical matter”. Substance in de zin van deze bijdrage heeft betrekking op de laatste categorie, verder omschreven als “one’s material possessions or the value assigned to these” en “the quality of (...) having a solid basis in fact or reality (...)”

In de onderdelen 2 en 3 van deze bijdrage wordt ingegaan op de leden 1 en 3 van art. 4 OESO-MV. In onderdeel 3 wordt aandacht besteed aan het begrip ‘werkelijke leiding’ (3.1), het commentaar bij het OESO-MV (3.2) en de relevantie van het gekozen bestuursmodel (3.3). In 3.4 volgen enige conclusies.

Het zal duidelijk worden dat art. 4 aan het inwonerschap van een (tussen) houdstervenootschap geen of nagenoeg geen substancevoorwaarden stelt. De in art. 4, lid 1, opgenomen voorwaarden en het concept van place of effective management van het derde lid, geven ruime mogelijkheden tot treaty shopping. Het is relatief eenvoudig de plaats van de werkelijke leiding van vennootschappen met geen of zeer weinig activiteiten (zoals passieve (tussen)houdsters) te lokaliseren waar het fiscaal gezien gunstig is. Dit zonder dat het gevolgen heeft voor de bedrijfsvoering binnen het concern. Daarnaast hebben technologische ontwikkelingen het mogelijk gemaakt dat de werkelijke leiding van een vennootschap ‘overall en nergens’ wordt uitgeoefend (“mobiel bestuur”). Een exacte locatie is soms lastig of zelfs onmogelijk te bepalen. Het enkele criterium van de werkelijke leiding is dan onvoldoende om de gewenste nexus met een territorium tot stand te brengen. Van Weeghel noemt het een ‘inconvenient truth’ dat het concept van place of effective management niet (langer) voldoet.⁵ De twee genoemde problemen leiden ertoe dat in steeds meer belastingverdragen antimisbruikregelingen worden opgenomen en dat al lange tijd wordt gesproken over mogelijke aanpassingen van of aanvullingen op het begrip place of effective management. In onderdeel 5.1 van deze bijdrage wordt besproken of het probleem van het mobiele bestuur (deels) kan worden opgelost door middel van (extra) substance-eisen. Vervolgens is aan de orde of de reeds getroffen en de overwogen antimisbruikmaatregelen tegen treaty shopping substancevoorwaarden met zich (moeten) meebrengen (5.2). Daarbij zal ook kort aandacht worden besteed aan de voorstellen die zijn opgenomen in de recent gepubliceerde OECD BEPS Action 6 2014 deliverable: ‘Preventing the granting of treaty benefits in appropriate circumstances’.⁶ Voorafgaand daaraan worden in onderdeel 4 echter enige reflecterende opmerkingen gemaakt over de manier waarop in het internationale belastingrecht de vestigingsplaats van een vennootschap wordt vastgesteld en het belang van substance daarbij. Dit om de

5 S. van Weeghel, Article 4(3) of the OECD Model Convention: An Inconvenient Truth, in: G. Maisto (ed.), Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law, EC and International Tax Law Series, vol. 5, Amsterdam: IBFD, 2009, p. 304 e.v.

6 OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 6 2014 deliverable, ‘Preventing the granting of treaty benefits in appropriate circumstances’, 16 September 2014, beschikbaar via <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2314281e.pdf>.

huidige problemen met het inwonerschap van lichamen onder belastingverdragen in het juiste licht te plaatsen

2. Substance en art. 4, lid 1, OESO-MV

Om te kunnen worden aangemerkt als inwoner van Nederland in de zin art. 4, lid 1, OESO-MV hoeft een (tussen)houdster met een Nederlandse rechtsvorm niet aan enige voorwaarde wat betreft substance te voldoen. Op grond van de vestigingsplaatsfictie van art. 2, lid 4, Wet Vpb 1969 wordt namelijk aangenomen dat de (tussen)houdster geldt als inwoner van Nederland.⁷

3. Substance en art. 4, lid 3, OESO-MV

3.1. Substance en de ‘werkelijke leiding’

Indien een tussenhoudster op grond van het nationale recht in beide verdragsluitende staten als inwoner wordt beschouwd, wordt op grond van art. 4, lid 3, OESO-MV de vennootschap voor toepassing van het verdrag geacht inwoner te zijn van de staat waarin de place of effective management is gelegen. Worden via het begrip place of effective management (in het Nederlands aangeduid met de term ‘plaats van de werkelijke leiding’) substance-eisen gesteld aan een (tussen)houdstervennootschap?

In HR 23 september 1992, BNB 1993/193 (met noot Den Boer) is aan de orde hoe de plaats van de werkelijke leiding van een vennootschap moet worden bepaald. In casu was sprake van een naar het recht van de Nederlandse Antillen opgerichte nv waarvan de aandelen werden gehouden door een Liechtensteinse Anstalt. De nv hield alle aandelen in een in Nederland gevestigde bv, de moedermaatschappij van tientallen Nederlandse dochtermaatschappijen, voor toepassing van de Nederlandse vennootschapsbelasting allemaal gevoegd in een fiscale eenheid. De schoonzoon van de oprichter van het concern was president-directeur van de bv. Hij was – in de woorden van de HR – “de centrale en leidende figuur binnen het X-concern, de enige die van alle aspecten van de betrokken bedrijven op de hoogte was.” De nv verrichtte houdster- en financieringsactiviteiten. Zij verstreekte onder meer leningen aan de bv en verstreekte zekerheid aan de bank ten behoeve van de bv. De president-directeur van de bv verzorgde de contacten met de bank en was ook degene die in 1985 de onderhandelingen voerde over de verkoop van de aandelen in de bv door de nv. Het bestuur van de nv werd gevormd door F nv, een op Curaçao gevestigde trustmaatschappij en B-Anstalt. De nv was gevestigd op het adres van F nv, had geen personeel en geen eigen telefoonaansluiting.

⁷ Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan niet met zekerheid worden afgeleid of de Hoge Raad art. 2, lid 4 Wet Vpb 1969 ziet als een ‘soortgelijke omstandigheid’ in de zin van art. 4, lid 1 OESO-MV of dat de fictie rechtstreeks leidt tot een woonplaats in de zin van art. 4, lid 1, OESO-MV.

In geschil was onder andere de plaats van de werkelijke leiding van de nv. De Hoge Raad oordeelt dat de nv feitelijk vanuit Nederland werd geleid. De relevante overweging van de Hoge Raad luidt als volgt: “In het algemeen [moet] ervan worden uitgegaan dat de werkelijke leiding van het lichaam berust bij zijn bestuur, en dat de vestigingsplaats overeenkomt met de plaats waar dit bestuur zijn leidinggevende taak uitoefent. Wanneer echter aannemelijk is dat de werkelijke leiding van het lichaam door een ander wordt uitgeoefend dan dat bestuur, kan er aanleiding zijn als vestigingsplaats van het lichaam aan te merken de plaats van waaruit die ander de leiding uitoefent” (r.o. 3.3.3.).

In zijn bijlage bij de conclusies in een zevental cassatieprocedures gaat A-G Overgaauw uitgebreid in op de vraag wat precies moet worden verstaan onder werkelijke leiding en de leidinggevende taak van het bestuur.⁸ Volgens Overgaauw gaat het om de hoofdleiding. “Wie de dagelijkse leiding in handen heeft, is niet van belang”.⁹ Wel is van belang op welke activiteiten de leiding betrekking heeft. “Wat in een concreet geval onder leiding dient te worden verstaan is afhankelijk van de werkzaamheid van de vennootschap.”¹⁰ Handelsactiviteiten vereisen nu eenmaal een andere vorm, intensiteit en deskundigheid wat de leiding betreft dan bijvoorbeeld beleggingsactiviteiten. In de uitspraak die aanleiding gaf tot HR 14 oktober 2005, BNB 2006/79, oordeelde Hof Amsterdam dat moet worden uitgegaan van de kernactiviteiten, zijnde “de activiteiten die [de vennootschap] krachtens haar statutaire doelstelling en haar economische taakstelling feitelijk verricht” (r.o. 5.4).

Naast de feitelijke activiteiten dient ook de juridische situatie van de vennootschap in kwestie in de beoordeling te worden betrokken. Overgaauw: “Wat zijn de bij deze vennootschap betrokken (bevoegde) organen? Over het algemeen gaat het om het bestuur, de algemene vergadering van aandeelhouders en de raad van commissarissen. Het maakt nogal wat uit of sprake is van een vennootschap waarbij alleen een directeur-grootaandeelhouder is betrokken of sprake is van een situatie waarin de verschillende rollen c.q. organen door verschillende personen worden vervuld. In het eerste geval vertolkt de directeur-grootaandeelhouder in die hoedanigheid als het ware alle bij de vennootschap behorende organen. Een scherp onderscheid tussen aandeelhouder en bestuur bestaat dan niet. (...) Bij een structuurvennootschap en/of een (beursgenoteerde) vennootschap waarbij het aandelenbezit sterk is gespreid, zal de zeggenschap van de algemene vergadering van aandeelhouders beperkt zijn, zodat de hoogste macht van de vennootschap niet noodzakelijkerwijs meer bij diezelfde aandeelhouders berust. In concernverhoudingen (...) is de taak en bevoegdheid van het bestuur beperkter, omdat de rol van aandeelhouder in groepsverhoudingen een dominante is.”¹¹

8 Dit betreft de procedures met de nummers 39 713, 39 714, 39 715, 39 716, 39 718, 39 719, 39 720 en 39 721. De bijlage is opgenomen onder het arrest HR 17 december 2004, 39 719, BNB 2005/105 (met noot Juch).

9 Conclusie bij BNB 2005/105, onderdeel 2.4.

10 Zie bijvoorbeeld HR 1 juli 1987, BNB 1987/306c (met noot Nootboom) waarin nadrukkelijk wordt verwezen naar de activiteiten van de vennootschap in kwestie: “de aard van de onderneming in aanmerking genomen” (r.o. 4.1).

11 Conclusie bij BNB 2005/105, onderdeel 4.1 (zonder voetnoten).

Het oordeel van de HR in BNB 1993/193 dat de werkelijke leiding van een lichaam in het algemeen berust bij het bestuur, doet Overgaauw besluiten “een kijkje over de schutting van het fiscale recht te nemen en het civiele recht op dit punt gade te slaan”.¹² Deze blik over de schutting levert een aantal inzichten op.

Ten eerste is volgens Overgaauw een definitie van het begrip ‘besturen’ niet gegeven maar laat het zich ook nauwelijks concreet omschrijven. Dat neemt niet weg dat diverse auteurs een poging wagen. Overgaauw verwijst onder andere naar Van der Heijden/Van der Grinten en Van Schilfgaarde. In de meest recente uitgaven van de standaardwerken van deze auteurs wordt over ‘besturen’ geschreven: “leiding geven, beslissen, dirigeren. Het bestuur zal niet alleen belast zijn met de dagelijkse leiding, maar dient zich ook bezig te houden met het beleid en de strategie op langere termijn. Besturen in het kader van de vennootschap houdt in het beschikken over de vennootschappelijke middelen, het bepalen van de vennootschappelijke activiteiten”,¹³ en: “(h)et is in elk geval meer dan ‘uitvoeren’ en meer dan ‘dagelijks bestuur’. Het bestuur heeft niet alleen de leiding bij de dagelijkse gang van zaken, het moet ook plannen maken voor de toekomst, strategie bepalen, beleid uitstippelen.”¹⁴

Ten tweede is van belang dat de bevoegdheden van het bestuur worden beperkt: in de eerste plaats door de wet,¹⁵ in de tweede plaats door de statutaire doelomschrijving en eventueel door andere statutaire bepalingen. Verder heeft het concernrecht de autonomie van het bestuur van concernvennootschappen beperkt. “Het bestuur van de vennootschap die aan het hoofd van een groep (concern) staat heeft (...) de plicht het concern te leiden.”¹⁶ Het concernrecht brengt mee dat de “bestuurstaak in concernverhoudingen een andere - minder omvattende - is”, maar “de beperkingen die uit het concernrecht voortvloeien, zullen niet zover mogen gaan dat de bestuursbevoegdheden aan anderen overgaan of het bestuur in zijn besluitvorming geheel ondergeschikt wordt aan een andere instantie, zodat het bestuur verwordt tot een gezelschap pijpendansers, marionetten en/of harlekijnen.”

Uit het voorgaande volgt dat de plaats waar het bestuur van de vennootschap (de hoofdleiding) zijn taak – volgend uit het vennootschapsrecht met inachtneming van de positie van de vennootschap binnen een eventueel concern – uitoefent, de plaats van de werkelijke leiding is. Alleen als de bestuurstaken in feite door iemand anders worden uitgeoefend, geldt een afwijkende plaats. Deze benadering is bevestigd in BNB 2006/79.

12 Conclusie bij BNB 2005/105, onderdeel 4.2 (zonder voetnoten).

13 Van der Heijden/Van der Grinten, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 2013, p. 478.

14 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman, Van de NV en de BV, Deventer: Kluwer, 2013, p. 159.

15 De taken en bevoegdheden die door de wet aan andere organen worden toegekend behoren uiteraard niet tot de taken van het bestuur.

16 HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (Ogem). Zie noot 92 bij de Conclusie bij BNB 2005/105.

Als is vastgesteld wie de werkelijke leiding uitoefent, dient te worden bepaald waar dat gebeurt. Dat is in voorkomende gevallen geen sinecure. Onder andere door de Technical Advisory Group (“TAG”) van de OESO is gesignaleerd dat “the use of the [place of effective management] concept is limited in a globalized and technologically advanced society. (...) The increasing mobility of directors could lead to “an enterprise having a mobile place of effective management”.”¹⁷ De werkelijke leiding van een vennootschap wordt niet noodzakelijkerwijs in één land uitgeoefend. Als sprake is van een ‘mobiel bestuur’ lijkt het criterium place of effective van art. 4, lid 3, OESO-MV nauwelijks bruikbaar.

3.2. *Effective management in het Commentaar OESO-MV*

Over het begrip effective management wordt in paragraaf 24 van het commentaar bij art. 4, lid 3, van het OESO-modelverdrag het volgende opgemerkt: “(...) The place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity’s business as a whole are in substance made. The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined; however, no definitive rule can be given and all relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time.”

Het gaat dus om de plaats waar de doorslaggevende, beleidsbepalende beslissingen worden genomen die voor alle activiteiten van de vennootschap van belang zijn. Deze besluitvorming kan plaatsvinden door het bestuur, maar dat is niet noodzakelijkerwijs het geval. Deze benadering stemt naar mijn idee overeen met die in BNB 1993/193 en BNB 2006/79.

3.3. *Een andere benadering bij een one-tier board?*

Het voorgaande roept de vraag op of voor de plaats van de werkelijke leiding van een tussenhoudstervenootschap van belang is welke juridische bestuursstructuur geldt. Vanaf 1 januari 2013 kent het Nederlandse vennootschapsrecht twee modellen voor de inrichting van het bestuur van vennootschappen. Het model waarbij naast het bestuur een raad van commissarissen een toezichthoudende functie vervult (het ‘Rijnlandse’ model, aangeduid met de Engelse term ‘two-tier board’) is per die datum aangevuld met het Angelsaksische model van de ‘one-tier board’. Er is in dit model sprake van een orgaan waarvan zowel uitvoerende als niet-uitvoerende,

¹⁷ Technical Advisory Committee, discussion draft, Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention, 27 mei 2003, <http://www.oecd.org/tax/treaties/2956428.pdf>.

toezichhoudende bestuurders deel uitmaken.¹⁸ Bestuurders in een two-tier board hebben in het algemeen een rol die gelijk is aan die van uitvoerende bestuurders in de Angelsaksische variant. Dat geldt echter niet voor de positie van niet uitvoerende bestuurders vergeleken met die van commissarissen. Die is daaraan niet (geheel) gelijk, hoewel in de praktijk beide bestuursmodellen zo kunnen worden ingericht dat nagenoeg geen onderscheid bestaat.

De wettelijke regeling van de one-tier board is neergelegd in de artikelen 2:129a BW (voor nv's) en 2:239a BW (voor bv's). Het staat alle nv's en bv's vrij te kiezen voor een one-tier board. Indien daarvoor wordt geopteerd heeft de vennootschap twee organen: de algemene vergadering van aandeelhouders en het bestuur. Het bestuur bestaat in die variant uit uitvoerende en niet uitvoerende leden. De aanwezigheid van niet uitvoerende bestuurders en de afwezigheid van een raad van commissarissen vormt het fundamentele onderscheid tussen de regimes van de one-tier board en de two-tier board. Voor deze bijdrage is relevant de vraag of dit onderscheid ook tot een andere verdeling van bevoegdheden en zeggenschap leidt waarmee rekening moet worden gehouden bij de bepaling van de plaats van de werkelijke leiding. Het onderscheid tussen commissarissen en niet uitvoerende bestuurders lijkt beperkt. De niet uitvoerende bestuurders hebben volgens art. 2:129a/239a BW de taak toezicht te houden op de taakuitoefening van bestuurders en dit sluit volgens de wetgever "nauw aan bij toezicht en advies voor de commissarissen".¹⁹ Niet uitvoerende en uitvoerende bestuurders hebben duidelijk verschillende taken. Dumoulin haalt met instemming een Engelse jurist aan die de aanwezigheid van niet-uitvoerende bestuurders omschrijft als 'the principal external presence in the governance of the company'.²⁰ Dit zou ook kunnen worden gezegd van commissarissen. Echter, het grote verschil met de commissaris is dat de niet uitvoerende bestuurder wel lid is van het bestuur. Binnen dat bestuur heeft het niet uitvoerend lid weliswaar een toezichhoudende rol, dit neemt niet weg dat hij of zij wel mede verantwoordelijk is voor het bestuurs-handelen. Elke bestuurder – ook de niet uitvoerende bestuurder – is verantwoordelijk voor de 'algemene gang van zaken': uitvoerende taken betreffende het financiële beheer, inkoop, verkoop, aansturen bedrijfsonderdeel en de taak om de jaarrekening openbaar te maken.²¹ Daarnaast is de niet uitvoerende bestuurder in bepaalde situaties hoofdelijk aansprakelijk.²²

18 Overigens is de one-tier board in de praktijk al eerder toegepast door Nederlandse bedrijven, bijvoorbeeld Heineken Holding NV en Unilever NV. Verder is het model in 2005 ingevoerd voor de Europese vennootschap (SE) in het kader van de uitvoeringswetgeving met betrekking tot de Verordening inzake het statuut voor een Europese vennootschap (SE) (2157/2001, PbEG 2001, L 294/1).

19 Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 15. Zie ook Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. C, p. 2 en 4: "afgezien van de bestuursverantwoordelijkheid verschilt het perspectief van de toezichthouder in een monistisch en dualistisch model niet wezenlijk."

20 S.H.M.A. Dumoulin, Het monistische bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – observaties vanuit de praktijk, *Ondernemingsrecht* 2012/90.

21 Art. 2:9, lid 2 BW: "Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken (...)." Zie ook M. Olfen, *Inrichting van de one tier vennootschap bij of krachtens de statuten*, *Ondernemingsrecht* 2012/89.

22 Zie bijvoorbeeld art. 2:138/248 en 139/249 BW.

De voorzitter van de one-tier board dient een niet uitvoerende bestuurder te zijn.²³ Individuele bestuursleden kunnen bevoegd zijn besluiten te nemen zonder raadpleging van andere leden van het bestuur.²⁴ Leden van het bestuur die niet aan die besluitvorming hebben deelgenomen hebben volgens de wetsgeschiedenis een ‘haalplicht’: zij moeten er zelf voor zorgen dat zij op de hoogte zijn welke besluiten het bestuur heeft genomen.

Strik wijst erop dat niet uitvoerende bestuurders in de praktijk anders functioneren dan commissarissen.²⁵ Wellicht vanwege het feit dat zij onderdeel uitmaken van het bestuur, zijn niet uitvoerende bestuurders volgens Strik vaak meer betrokken bij de operationele gang van zaken en spelen zij een actievere rol dan commissarissen. Zij lijken daartoe ook beter in staat, vooral vanwege hun deelname aan de bestuursvergaderingen (aanwezigheid bij de besluitvorming en participatie in stemmingen) en de toegang tot meer en betere informatie. Calkoen: “Developing and achieving the aims and strategy of the company, in other words running (*besturen*) the company, is the duty of the executives. The non-executives are responsible for supervising the performance of the executives. Developing strategy and risk-management is the duty of the whole board (executives and non-executives together). Strategy development decisions are made in the whole board.”²⁶

De werkzaamheden die verband houden met de controlerende taken van de niet uitvoerende bestuurders zijn naar mijn mening niet relevant bij het vaststellen van de plaats van de werkelijke leiding van de vennootschap. Bij een one-tier board zal moeten worden gekeken naar de plaats waar de uitvoerende bestuurders hun werkzaamheden verrichten. Uiteraard zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld wat de werkzaamheden van de niet uitvoerende bestuurders exact inhouden.

3.4. *Conclusies*

Tot welke conclusies geeft het voorgaande aanleiding wat betreft de plaats van de werkelijke leiding van een (tussen)houdstervenootschap? Het moge duidelijk zijn dat belastingverdragen weinig zeggen over de substance die nodig is om te concluderen tot inwonerschap. Waar de werkelijke leiding van een vennootschap plaatsvindt, is een feitelijke aangelegenheid en dient mijns inziens onafhankelijk van het juridische bestuursmodel te worden beantwoord. Het gaat om de plek waar de bepalende beslissingen voor de activiteiten van de vennootschap als geheel worden genomen. Vennootschappen zonder (substantiële) activiteiten hebben geen

23 Art. 2:239a BW.

24 Art. 2:239a, lid 3, BW.

25 D.A.M.H.W. Strik, *One tier board en aansprakelijkheid*, Ondernemingsrecht 2012/91.

26 W.J.L. Calkoen, *The One-Tier Board in the Changing and Converging World of Corporate Governance* (Phd thesis Erasmus University Rotterdam), Deventer: Kluwer (2012), p. 331.

substance nodig, zodat de plaats van de werkelijke leiding van dergelijke vennootschappen door betrekkelijk formele criteria wordt bepaald. Dit geeft ruime mogelijkheden tot treaty shopping.

Dat de feitelijke gang van zaken doorslaggevend is, geldt evenzeer in het geval van een one-tier board. De non-executives zullen zich (veelal) niet bezighouden met werkzaamheden die vallen onder het begrip werkelijke leiding. De plek waar non-executives hun *controlerende* taak uitoefenen is dan ook niet van belang voor het vaststellen van de plaats van de werkelijke leiding – ondanks het feit dat zij deel uitmaken van het bestuur. Het gaat om de plaats van de werkzaamheden van de executives. Het feit dat non-executives betrokken zijn bij de vaststelling van de strategie van de vennootschap doet naar mijn mening daaraan niet af. Er lijkt mij ook niets op tegen als dit in een beleidsbesluit zou worden vastgelegd.

Tot slot: technologische ontwikkelingen maken het mogelijk dat de werkelijke leiding vanuit verschillende (wisselende) plaatsen wordt uitgeoefend (mobiel bestuur). Dit maakt toepassing van het criterium place of effective management in voorkomende gevallen zeer ingewikkeld.

4. Enige theoretische bespiegelingen bij de vestigingsplaats van vennootschappen

4.1. Belastingsoevereiniteit en territorialiteit

Niet lang na de totstandkoming van belastingen naar de winst en het inkomen in de loop van de 19^e en het begin van de 20^e eeuw²⁷ hebben nationale staten, doordrongen van het probleem van dubbele belastingheffing, door middel van belastingverdragen conflicten over belastingsoevereiniteit proberen op te lossen.²⁸ Uitgangspunt vormden wat later zijn gaan heten de beginselen van bron- en woonstaat (situs en domicile). De heffing over inkomsten uit bepaalde bronnen wordt toegekend aan het land waarin die bronnen zijn gelegen (de bronstaat) terwijl de woonstaat het heffingsrecht toekomt over de totale inkomsten, met uitzondering van dat deel dat al in de bronstaat wordt belast. In de verdragspraktijk die zich ontwikkelde en op basis van economische²⁹ en

27 Al in 1842 introduceerde het Verenigd Koninkrijk een systeem van inkomstenbelasting. Andere landen volgden later: de Duitse staat Pruisen in 1889, Frankrijk in 1914. Zie E.R.A. Seligman, *Essays in Taxation*, New York, The McMillan Company 1925, p. 452.

28 De basis voor de belastingverdragen is gelegd in de Duitse staat Pruisen. H. Hemetsberger-Koller & E. Kolm, 'Globalisation and International Taxation in the XIXth Century: Double Taxation Agreements with Special Reference to the "State of the Fund" Principle', 35 *Eur. Econ. History* (2013), p. 88-121.

29 Vanuit de economische theorie werd geconcludeerd dat de bron- en woonstaatbenadering aansluit bij de theorie van de 'economic allegiance' van het inkomen. Zie League of Nations, *Report of the special Committee of Economists*, League of Nations documents F. 19, Geneva, April 5th, 1923.

juridische³⁰ uitgangspunten speelde het territorialiteitsbeginsel een belangrijke, zo niet doorslaggevende rol. Het ging om bronnen van inkomen en inwoners die feitelijk zijn verbonden aan het territoir van een bepaalde staat.

Hoe belangrijk het territorialiteitsbeginsel werd geacht bij de verdeling van heffingsbevoegdheid kan goed worden geïllustreerd aan de hand van de discussie in Nederland bij de totstandkoming van de Wet Vpb en de daarin opgenomen vestigingsplaatsfictie. In het Besluit Vennootschapsbelasting 1942 was een vestigingsplaatsfictie opgenomen op grond waarvan entiteiten opgericht naar Nederlands recht als inwoner van Nederland in de heffing werden betrokken. In het ontwerp van de Wet op de vennootschapsbelasting 1960 dat heeft geleid tot de huidige Wet Vpb 1969 ontbrak echter een dergelijke fictie. Voor het uitoefenen van belastingsovereïniteit werd een persoonlijke of zakelijke band met Nederland vereist. Een vestigingsplaatsfictie werd hiervoor onvoldoende geacht. Illustratief is de toelichting van de regering op het ontwerp: “Ook in het onderhavige ontwerp dient naar het oordeel van ondergetekenden deze bepaling [de vestigingsplaatsfictie, JG] niet te worden opgenomen. Een dergelijke verstrekkende fictie – een fictie toch welke een lichaam blijvend als binnenlandse belastingplichtige aanmerkt uitsluitend omdat de oprichting naar Nederlands recht plaatsvond – is naar hun mening niet in overeenstemming met de beginselen aan de hand waarvan Nederland zijn belastingsovereïniteit afbakt”.³¹

Ondanks de argumenten om de fictiebepaling niet op te nemen, is het toch gebeurd.³² Dat een deel van de Tweede Kamer moeite bleef hebben met de keuze van de regering om alsnog de fictie op te nemen blijkt uit de volgende reactie: “Artikel, 2, lid 4, doorbreekt – zo meenden de aan het woord zijnde leden – ons systeem en leidt tot een ongerechtvaardigde uitbreiding van onze belastingsovereïniteit.”³³

30 P. Verloren van Themaat wijst op de grote betekenis van de “vaststellings-, controle- en invorderingsmogelijkheden voor de uitvoerende macht”. Deze mogelijkheden zijn ten principale verbonden aan het territoir van de betreffende staat. Voor Verloren van Themaat volgt de nadruk op het territorialiteitsbeginsel uit het non-discriminatiebeginsel. Gelijke gevallen worden ongelijk behandeld als de door inwoners verschuldigde belasting zonder problemen kan worden vastgesteld en ingevorderd terwijl de vaststelling en invordering van de belasting in het geval van een inwoner van een ander land niet mogelijk is. De fiscale wetgeving voldoet volgens Verloren van Themaat dan niet aan de eisen die het non-discriminatiebeginsel stelt. Verloren van Themaat, *International belastingrecht*. Een studie naar aanleiding van literatuur en verdragen over de uitschakeling van dubbele belasting, Amsterdam: H.J. Paris, 1946, p. 49 – 51, 57. Zie ook Greatz & O’Hear, die refereren aan de uitgangspunten gehanteerd door T.S. Adams, een vermaard Amerikaans fiscaal-jurist en betrokken bij de totstandkoming van de modelverdragen van de League of Nations: “In addition, T.S. Adams’ approach emphasized the enlightened selfishness of nations; certainty, administrability and enforceability of international tax rules; and nondiscrimination against foreigners.” M.J. Greatz & M.M. O’Hear, “The ‘Original Intent’ of U.S. International Taxation”, 46 *Duke Law Journal* (1997), p. 1109.

31 Kamerstukken II, vergaderjaar 1959/1960, 6.000, memorie van toelichting, nr. 3, p. 17.

32 Volgens Van Dun is de fictie ingevoerd om de bewijsrechtelijke positie van de fiscus te versterken. M. van Dun, *Fiscale aspecten van aandelenvennootschappen met een dubbele vestigingsplaats* (diss. Amsterdam UvA), Fiscale Monografieën nr. 81, Deventer: Kluwer, 1997, p. 15-16.

33 Kamerstukken II, vergaderjaar 1968/1960, 6.000, nader voorlopig verslag, nr. 19, p. 28.

4.2. Nexus van vennootschappen met een territoir

De eerste belastingverdragen bevatten geen definities van het begrip inwoner. Er werd in deze verdragen slechts verwezen naar de ‘taxpayer’, waarmee aansluiting werd gezocht bij de nationale regeling. Voor de toepassing van die nationale regeling werd voor natuurlijke personen in verreweg de meeste landen aangesloten bij de woonplaats – of meer specifiek – het middelpunt van zijn levensbelangen. Dat gold ook voor Nederland. Op 30 april 1927 werd bij de Tweede Kamer een voorstel ingediend op grond waarvan binnenlandse belastingplicht zou ontstaan voor natuurlijke personen met de Nederlandse nationaliteit, woonachtig in het buitenland (dus zonder een automatische band met het Nederlandse territoir). Het betrof een antimisbruikmaatregel die belastinggedreven emigratie zou moeten tegengaan. Het voorstel ontlokte een storm van kritiek en is uiteindelijk niet aangenomen.³⁴ De feitelijke situatie – daadwerkelijke nexus met het territoir – bleef het enige criterium voor het vaststellen van inwonerschap.

De vraag naar de vestigingsplaats of het inwonerschap van vennootschappen is van een heel andere orde en eigenlijk onmogelijk te beantwoorden. Immers, wat is de woonplaats of plaats van vestiging van een juridische constructie als een rechtspersoon? Een rechtspersoon ‘woont’ niet aan de Prinsengracht en hoewel we in het juridische spraakgebruik het heel normaal vinden om te spreken over de ‘vestiging’ van een rechtspersoon, wordt hiermee onvoldoende recht gedaan aan het feit dat bij de ‘vestiging’ de fysieke werkelijkheid een nadrukkelijke rol speelt. “A corporation does not live, does not have a home, and is not located anywhere. It can have a “residence,” therefore, only if the law assigns it one.”³⁵ Juridische concepten en constructies laten zich nu eenmaal niet gemakkelijk verbinden met de materiële werkelijkheid. Het is normaliter andersom: feitelijke omstandigheden geven aanleiding tot een juridische kwalificatie. Alleen de aan een vennootschap – op grond van de wet – toerekenbare feiten kunnen een verbinding met een territoir tot stand brengen, niet de juridische werkelijkheid op zich. Substance van een *vennootschap* (waarbij substance wordt opgevat als gedefinieerd in par. 1) is een feitelijke onmogelijkheid.³⁶

Of dit probleem in voldoende mate werd onderkend bij de totstandkoming van de belastingplicht voor rechtspersonen – zonder fundamentele onderbouwing³⁷ – is de vraag.³⁸ Op een of andere wijze diende invulling te worden gegeven aan het begrip

34 W.R. Emmen Riedel, *Belastingvlucht en belasting op nationaliteit (het gewijzigde ontwerp De Geer)*, Den Haag: Den Boekhandel vh. Gebr. Belinfante, 1927.

35 M.J. McIntyre, *Determining the Residence of Members of a Corporate Group*, *Canadian Tax Journal*, vol. 51, nr. 4 (2003), p. 1568.

36 Vgl. E.A. Brood, *De vestigingsplaats van vennootschappen* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), *Fiscale Monografieën* nr. 48, Deventer: Kluwer, 1989, p. 146.

37 Aan de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting zijn vele pagina’s gewijd, maar tot een algemeen aanvaarde theorie heeft dit niet geleid. Zie J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, *Fiscale Hand- en Studietoelagen*, Deventer: Kluwer, 2000, p. 12.

38 Voor een overzicht van de ontwikkeling van vennootschapsbelastingen in diverse landen verwijs ik naar Seligman, t.a.p.

inwoner. In eerste instantie werd in een aantal landen voor de vestigingsplaats van vennootschappen het recht van oprichting doorslaggevend. Een dergelijk formeel criterium werd echter al snel als te manipulatief ter zijde geschoven, bijvoorbeeld door de Engelse rechter. In de zaak *De Beers Consolidated Mines*³⁹ werd het begrip “central management and control” tot uitgangspunt verklaard – een begrip dat conceptueel vergelijkbaar is met het in paragraaf 3.1 besproken Nederlandse begrip werkelijke leiding.⁴⁰ De gehanteerde motivering is interessant. Punt van discussie in deze zaak was de plaats van vestiging naar Engels nationaal recht van B Co. B Co, opgericht naar het recht van Zuid-Afrika, hield zich bezig met mijnbouw in datzelfde land. Het hoofdkantoor van B Co was daar ook gevestigd en het senior-management (de CEO en de vice-presidents verantwoordelijk voor financiën, de operaties en human resources) woonde en werkte eveneens in Zuid-Afrika. Het ‘day-to-day’ management vond dus plaats in Zuid-Afrika.

Echter, omdat B Co was genoteerd aan de beurs in Londen vonden de vergaderingen van het bestuur van B Co – vijf of zes per jaar – in Londen plaats. Naast de CEO en twee van de genoemde vice-presidents bestond het bestuur uit de voorzitter (als vertegenwoordiger van de familie die het merendeel van de aandelen hield, inwoner van Londen) en drie andere leden (inwoners van Zuid-Afrika en vanwege hun specifieke expertise zitting hebbend in het bestuur).

De centrale overweging in *De Beers* is van de hand van Lord Loreburn LC: “A company cannot eat or sleep, but it can keep house and do business. We ought, therefore, to see where it really keeps house and does business... a company resides for purposes of income tax where its real business is carried on. I regard that as the true rule, and the real business is carried on where the central management and control actually abides.”⁴¹ Het gaat volgens Loreburn om de “real business” van de vennootschap in kwestie en deze activiteiten worden daar uitgevoerd waar zich het centrale management en de controle bevindt. In latere jurisprudentie is de term “central management and control” nader ingevuld. In de zaak *Bullock*⁴² is uitgemakt dat de plaats van central management and control gelijk is aan de plaats “where the board of directors meet, decide and in fact exercise their powers”. Avery Jones wijst er op dat het gehanteerde aanknopingspunt (‘place where its’ real business is carried on’) mede is ontleend aan het Duitse concept ‘Mittelpunkt der Geschäfte’, ontwikkeld door Von Savigny binnen het Duitse vennootschapsrecht.⁴³ In Duitsland heeft het concept van de ‘Mittelpunkt der Geschäfte’ en de

39 *De Beers Consolidated Mines LTD v. Howe* (1906), 5 TC 198, 213 (UK).

40 McIntyre, t.a.p., p. 1570: “In adopting that test, the *De Beers* court apparently was attempting to prevent the easy manipulation that everyone understood to be possible under the place-of-incorporation test, which was the test urged on the court by the taxpayer.”

41 *De Beers Consolidated Mines LTD v. Howe* (1906), 5 TC 198, 213 (UK).

42 *Unit Construction Co. Limited v. Bullock* (1960), A.C. 351.

43 J.F. Avery Jones, *Jurisdiction to tax companies: the Influences of the Jurisdiction of the Courts and of European Thinking*, in: J. Tiley (eds.), *Studies in the History of Tax Law*, Volume 4, Oxford: Hart Publishing Limited (2009), p. 172 en voetnoot 41.

‘Geschäftsleitung’ eveneens betekenis gekregen in het fiscale recht als criterium voor het inwonerschap van vennootschappen.⁴⁴

In al deze landen is via de analogie met de natuurlijke persoon gezocht naar een juiste allocatiemaatstaf.⁴⁵ Werd voor de natuurlijke persoon het middelpunt van zijn levensbelangen doorslaggevend geacht voor het bepalen van zijn woonplaats, voor de rechtspersoon is hierbij aangesloten in de veronderstelling dat het levensbelang van een vennootschap uitdrukking vindt in zijn activiteiten. En het middelpunt van de activiteiten van een vennootschap bevindt zich daar waar over deze activiteiten wordt besloten.

Maar brengen de gehanteerde criteria (management and control, effective management, werkelijke leiding, Geschäftsleitung) in voldoende mate nexus met een bepaald territoir tot stand om de betreffende vennootschap voor de belastingheffing als inwoner aan te merken? Omdat wordt verwezen naar de werkelijke leiding van een *vennootschap* zijn de criteria eigenlijk formeel van aard. De werkelijke leiding brengt niet noodzakelijkerwijs een (substantiële) nexus met een bepaald territoir met zich. Bouthillier vat het voorgaande treffend samen: “The inherent intangibility of the corporation frustrated attempts to impose the simple rule that a corporation owes economic allegiance to the country where its central management and control is located. Economic allegiance and physical boundaries can apply to physical persons, but appear to be irrelevant in the case of artificial persons. Indeed, it would be ridiculous to presume that multinational corporations and individuals can be made subject to the same rules.”⁴⁶ Toch is dat laatste precies wat gebeurde. De grote vraag is hoe om te gaan met deze ‘weeffout’ die de basis vormt voor de problematiek van treaty shopping en het mobiele bestuur.

5. Voorgestelde en reeds genomen maatregelen

5.1. *Het probleem van mobiel bestuur*

In 2003 heeft de TAG een voorstel gedaan voor een nieuw art. 4, lid 3 OESO-MV.⁴⁷ De voorstellen van de TAG zijn echter niet overgenomen. Binnen de OESO

44 Brood, t.a.p., p. 214.

45 Ook ten aanzien van de Nederlandse vennootschapsbelasting is gewezen op de analogie met een natuurlijk persoon. De vennootschapsbelasting – ingevoerd bij besluit van de Staatssecretaris-Generaal van 30 april 1942, is gebaseerd op de Duitse Körperschaftsteuer. P.J.A. Adriani & J. Van Hoorn, Het belastingrecht, zijn grondslagen en ontwikkeling, eerste deel, Amsterdam: L.J. Veen’s Uitgeverij, N.V., 1954, p. 370-371: “Het besluit gaat uit van de gedachte dat een N.V. en verwant lichaam evenals een natuurlijk persoon een eigen draagkracht heeft en dat de vennootschapsbelasting bijgevolg moet steunen op dezelfde beginselen als de inkomstenbelasting.”

46 J. Bouthillier, Residence-Based Taxation and FAPI: A World of Fictions, Canadian Tax Journal, vol. 53, nr. 1 (2005), p. 187.

47 Technical Advisory Committee, discussion draft, Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention, 27 mei 2003, <http://www.oecd.org/tax/treaties/2956428.pdf>.

bestond op dit punt te veel verdeeldheid.⁴⁸ Het is niettemin interessant om te bezien welke criteria van belang werden geacht om de nexus van de vennootschap met de woonstaat vast te stellen.

Uitgangspunt blijft de place of effective management, maar als die plaats niet kan worden vastgesteld of niet in een van beide staten ligt, zijn er wat betreft de TAG drie opties waaruit de verdragsluitende partijen kunnen kiezen: “[OPTION A: with which its economic relations are closer] [OPTION B: in which its business activities are primarily carried on] [OPTION C: in which its senior executive decisions are primarily taken].”

Als de optie waarvoor is gekozen niet leidt tot de vaststelling van de plaats van vestiging, geldt op grond van het voorstel als vestigingsland, het land van het recht van oprichting. Mocht dat ook geen soelaas bieden, dan dienen de verdragsluitende staten in onderling overleg te treden.

In feite wordt door de TAG gezocht naar nexus met een bepaald territorium via de aan de vennootschap toegerekende activiteiten en bezittingen – anders dan die van de feitelijke leiding. Voor optie A wordt verwezen naar werknemers, activa, omzet, de plaats van het hoofdkantoor en de meest senior management functies. Onder optie B dient een functionele analyse te worden samengesteld op grond waarvan wordt vastgesteld waar de belangrijkste activiteiten worden uitgevoerd. Voor toepassing van optie C verwijst de TAG naar de activiteiten van “executive officers such [as] the president, vice-presidents, treasurer etc”.

Naar mijn mening is het te betreuren dat er (blijkbaar) geen overeenstemming kon worden bereikt. Hoe ingewikkeld de totstandkoming van een definitie van place of effective management ook moge zijn, de benadering onder het nationale recht van de (meeste) OESO-lidstaten is niet dusdanig afwijkend dat overeenstemming over de vereisten onmogelijk moet worden geacht.⁴⁹ Blijkens de recente discussion draft van werkgroep 6 van het BEPS project⁵⁰ is de benadering van de TAG echter definitief verlaten. Er wordt voorgesteld in art. 4, lid 3, de mogelijkheid op te nemen van een mutual agreement procedure. Als een rechtspersoon in beide verdragsluitende staten als inwoner wordt aangemerkt, zullen de staten in onderling overleg bepalen van welke staat de rechtspersoon wordt geacht inwoner te zijn. Daarbij wordt in aanmerking genomen “its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors.”⁵¹ In onderdeel

48 S. van Weeghel, Article 4(3) of the OECD Model Convention: An Inconvenient Truth, in: G. Maisto (ed.), *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, EC and International Tax Law Series, vol. 5, Amsterdam: IBFD, 2009, p. 304.

49 Zie voor een bespreking van de TAG voorstellen: I.J.J. Burgers, *Some Thoughts on Further Refinement of the Concept of Place of Effective Management for Tax Treaty Purposes*, *Intertax*, vol. 35, nr. 6/7, p. 378 – 386.

50 OECD Public Discussion Draft, BEPS Action 6, ‘Preventing the granting of treaty benefits in appropriate circumstances’, 14 March 2014 – 9 April 2014, beschikbaar via www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf.

51 T. Bender en S. Kamman, *Het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk, Antimisbruik wint het van de rechtszekerheid*, WFR 2011/344, bespreken de vergelijkbare bepaling van art. 4, lid 3, van het Belastingverdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk van 26 september 2008, Trb. 2008, 201.

24.1 van het concept commentaar bij de voorgestelde bepaling is opgenomen dat “competent authorities having to apply paragraph 3 such a provision to determine the residence of a legal person for purposes of the Convention would be expected to take account of various factors, such as where the meetings of the person’s its board of directors or equivalent body are usually held, where the chief executive officer and other senior executives usually carry on their activities, where the senior day-to-day management of the person is carried on, where the person’s headquarters are located, which country’s laws govern the legal status of the person, where its accounting records are kept, whether determining that the legal person is a resident of one of the Contracting States but not of the other for the purpose of the Convention would carry the risk of an improper use of the provisions of the Convention etc.” Duidelijk is dat aansluiting wordt gezocht bij criteria die deels ook door de TAG zijn gehanteerd en die zien op substance van een rechtspersoon. Er worden echter ook zeer formele criteria genoemd die niets met substance te maken hebben.

De introductie van deze bepaling acht ik zeer ongewenst. De toegang tot een verdrag moet niet afhankelijk worden gemaakt van een aan de autoriteiten opgelegde inspanningsverplichting met alle onzekerheid van dien. Zeker als (vermeend) misbruik van het verdrag ook als onderscheidend criterium wordt genoemd. De definitie zoals die nu is opgenomen in art. 4, lid 3, is geen antimisbruikregel. In bonafide situaties kan eveneens sprake zijn van een dubbele vestigingsplaats. Onder de voorgestelde regel wordt toegang tot het verdrag ook dan afhankelijk van de goedwillendheid van de betrokken autoriteiten. Conform het voorstel van de TAG zou een onderling overlegprocedure hooguit het sluitstuk moeten zijn van de zoektocht naar het inwonerschap.

5.2. *Het tegengaan van treaty shopping*

5.2.1. Antimisbruikbepalingen met een ‘main purpose’ test

In toenemende mate nemen landen antimisbruikbepalingen op in hun verdragen. Met name het aantal bepalingen gebaseerd op de ‘main purpose’ test neemt snel toe.⁵² Zo’n bepaling richt zich op het motief van betrokken partijen voor de transactie waarvoor verdragsbescherming wordt geclaimd of – breder – voor de oprichting/instandhouding van de entiteit die verdragsbescherming claimt. Zie bij wijze van voorbeeld artikel 27, lid 2, 3 en 4, van het verdrag tussen India en Malta:

“2. Benefits of this Agreement shall not be available to a resident of a Contracting State, or with respect to any transaction undertaken by such a resident, if the main purpose or one of the main purposes of the creation or existence of such a resident or of the

52 In de door Nederland met het Verenigd Koninkrijk (26 september 2008, Trb. 2008, 201) en met China gesloten verdragen is eveneens een dergelijke bepaling opgenomen. Zie Bender en Kamman, t.a.p., par. 2, met betrekking tot de bepaling in het verdrag Nederland / VK.

transaction undertaken by him, was to obtain benefits under this Agreement that would not otherwise be available.

3. The case of legal entities not having *bona fide* business activities shall be covered by the provisions of this Article.

4. The foregoing provision shall not apply where a company is engaged in substantive business operation in the Contracting State of which it is a resident and the relief from the taxation claimed from the other Contracting State is with respect to income that is connected with such operations.”

Het gaat de reikwijdte van deze bijdrage te buiten om in detail op dergelijke bepalingen in te gaan, maar in dit kader is van belang op te merken dat er maar in beperkte mate een relatie wordt gelegd met de al dan niet aanwezige substance. Het gaat om entiteiten zonder ‘*bona fide* business activities’ (lid 3) of een ‘substantive business operation’ in de woonstaat. Dergelijke termen worden niet nader gedefinieerd.

Als in de IBFD-verdragendatabank wordt gezocht naar de term ‘main purpose’, volgt een verwijzing naar 480 belastingverdragen. De vormgeving en reikwijdte van de bepalingen waarin de term ‘main purpose’ wordt gebruikt, verschillen echter aanzienlijk. Het is naar mijn mening van groot belang om de wildgroei die is ontstaan, terug te dringen. In die zin is het een goede zaak dat mogelijk via de OECD BEPS Action 6 2014 deliverable de verdere ontwikkeling wordt gekanaliseerd. Voorgesteld wordt een bepaling op te nemen die ziet op specifieke, fiscaal gedreven transacties.

“Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the main purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.”⁵³

Overigens vind ik dat met dergelijke ongeclausuleerde bepalingen zeer terughoudend moet worden omgegaan. Het bronland kan verdragsbescherming weigeren zonder overleg en/of goedkeuring van het woonland. De bewijslastverdeling is onduidelijk en de gehanteerde normen zijn – met opzet – zeer ruim geformuleerd en vaak dus ook onbepaald. Bijvoorbeeld, wat geldt als “the object and purpose of the relevant provisions” zal zonder twijfel aanleiding geven tot heel veel discussie.⁵⁴ Deze onzekerheden zullen slechts deels kunnen worden weggenomen in een (uitgebreid) commentaar.

53 OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 6 2014 deliverable, ‘Preventing the granting of treaty benefits in appropriate circumstances’, 16 September 2014, beschikbaar via <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2314281e.pdf>.

54 Over object and purpose van een geheel belastingverdrag is al veel onduidelijkheid, laat staan over object and purpose van een specifieke bepaling. Zie D.A. Ward, Access to Tax Treaty Benefits, Research Report Prepared for the Advisory Panel on Canada’s System of International Taxation, September 2008, www.apcsit-gercfi.ca.

5.2.2. ‘Limitation on Benefits’ bepalingen

Treaty shopping wordt eveneens tegengegaan door de opname van de Amerikaanse versie van Limitation on Benefits (“LOB”) bepalingen. In de OECD BEPS Action 6 2014 deliverable wordt ook een LOB bepaling voorgesteld. Volgens het commentaar bij de voorgestelde bepaling heeft deze regeling met name betrekking op “the legal nature, ownership in, and general activities of, residents of a Contracting State”.⁵⁵ De LOB bepaling bevat diverse toetsen aan de hand waarvan wordt beoordeeld of een persoon – inwoner in de zin van art. 4, lid 1, OESO-MV – in aanmerking komt voor verdragsvoordelen. In zekere zin wordt met de bepaling gepoogd vast te stellen of een afdoende link bestaat tussen de rechtspersoon en de betreffende verdragsluitende staat. Verwijzingen naar criteria waaruit de aanwezigheid van substance kan worden afgeleid ontbreken echter. Bij beursgenoteerde vennootschappen wordt aangeknoopt bij de effectenbeurs waaraan de betreffende aandelen worden verhandeld met voor bepaalde situaties als additionele eis dat de ‘primary place of management and control’ ook in de betreffende staat moet zijn gelegen. Waarom de Angelsaksische uitdrukking management and control wordt gehanteerd is niet duidelijk, maar het doet vermoeden dat de Amerikaanse benadering een doorslaggevende rol heeft gespeeld. Het nadeel hiervan is dat naast de (toch al niet helemaal duidelijke) begrippen place of management (art. 4, lid 1) en place of effective management (in het Commentaar bij het voorgestelde art. 4, lid 3) een voor het OESO-MV nieuw begrip wordt geïntroduceerd.

De activiteiten van een rechtspersoon zijn van belang voor de activiteitentoets. Onder andere charitatieve instellingen en pensioenfondsen genieten de verdragsvoordelen zonder meer, entiteiten met andere activiteiten dienen aan additionele voorwaarden te voldoen. Voor de laatste categorie geldt dat het inkomen dat vanuit de andere verdragsluitende staat wordt ontvangen moet zijn gerelateerd aan de door de entiteit verrichte actieve werkzaamheden (“active conduct of a trade or business”) in de woonstaat. Werkzaamheden van gelieerde lichamen worden voor de activiteitentoets toegerekend aan de entiteit die een beroep doet op het verdrag.

Met de LOB bepaling wordt dus in zeer beperkte mate aangesloten bij de nexus van een rechtspersoon met de woonstaat. Het is dan ook de vraag of de LOB bepaling een afdoende en juist antwoord is op het probleem van treaty shopping. De bepaling is enerzijds te complex wat betreft de praktische toepasbaarheid, anderzijds niet effectief vanwege het ontbreken van substancevoorwaarden.

⁵⁵ OECD BEPS Action 6 2014 deliverable, t.a.p., par. 23.

6. Evaluatie

De voorwaarden in art. 4, lid 1 en lid 3 zeggen weinig over de substance die nodig is om te concluderen tot inwonerschap. Vennootschappen zonder (substantiële) activiteiten hebben geen substance zodat er ruime mogelijkheden tot treaty shopping bestaan. Antimisbruikmaatregelen die treaty shopping beogen tegen te gaan sluiten maar zeer beperkt aan bij de (gewenste) feitelijke situatie. Dat geldt eigenlijk alleen in beperkte mate voor LOB bepalingen. Bij de overige maatregelen wordt het inwonerschap ‘gerespecteerd’. De mate van nexus met de woonstaat blijkt in die situaties niet relevant.

De werkelijke leiding van een vennootschap kan op veel (wisselende) locaties worden uitgeoefend zodat dé plaats van de werkelijke leiding soms niet of zeer lastig is vast te stellen.

Er is voor toepassing van verdragen nog steeds geen echte oplossing voor het probleem van het mobiele bestuur. De voorstellen van de TAG verdienen naar mijn mening heroverweging.

Een fundamentele discussie over het inwonerschap van vennootschappen onder belastingverdragen is naar mijn mening wenselijk. Dit zou een verdere groei van allerlei disproportionele antimisbruikbepalingen kunnen voorkomen en wellicht, na zo'n 100 jaar proberen, criteria opleveren die op een solide connectie met de woonstaat wijzen. Toetsing van de hiervoor genoemde antimisbruikbepalingen aan wat Pötgens heeft genoemd de ‘kernwaarden verdragsbeleid’ levert een somber beeld op. Met name bij de vereiste rechtszekerheid, effectiviteit en proportionaliteit kunnen vraagtekens worden gezet.⁵⁶ Dat neemt niet weg dat effectieve antimisbruikmaatregelen noodzakelijk zijn om een juiste werking van belastingverdragen (voorkoming dubbele belasting en het ontgaan van belastingen) te garanderen. Ik meen zelfs dat verdragsluitende staten op grond van het beginsel van de goede trouw jegens de verdragspartner al in de onderhandelingsfase gehouden zijn mogelijke vormen van misbruik te bespreken en daar maatregelen tegen te nemen. Dit geldt met name in situaties waarin partijen geen gelijkwaardige positie hebben.⁵⁷

Voor een daadwerkelijk fundamentele oplossing is essentieel dat rekening wordt gehouden met de weeffout in het systeem en dat waar nodig door de juridische vormgeving van het concern wordt heengekeken. Wat gebeurt er nu eigenlijk echt in het betreffende land? Daarmee zou weer de nadruk worden gelegd op het in de historie zo belangrijk geachte territorialiteitsbeginsel. Daarmee wordt ook recht gedaan aan een van de doelstellingen van belastingverdragen: de verdere ontwikkeling van de economische relaties tussen de betreffende landen.⁵⁸ Immers, zonder substance zijn er in het geheel geen economische relaties.

56 F.P.G. Pötgens, De kernwaarden van het fiscale verdragsbeleid, MBB, nr. 2, 2013, p. 84 – 91.

57 Vgl. E. van der Bruggen, Good faith in the application and interpretation of double taxation conventions, British Tax Review, nr. 1, 2003, p. 55.

58 OECD Public Discussion Draft, BEPS Action 6, t.a.p., par. 75, p. 28.

Substance voor houdstervennootschappen: de rulingpraktijk

*mr. E.B. van der Stok*¹

1. Inleiding

In de officiële Kabinetsreactie op het SEO rapport en het IBFD rapport, die door onder andere de staatssecretaris van Financiën op 30 augustus 2013 naar de Tweede Kamer is gestuurd,² heeft de staatssecretaris van Financiën de aanpassing aangekondigd van, onder andere, de regels betreffende ‘substance’³ voor houdstervennootschappen.⁴ Inmiddels zijn de regels aangepast.⁵ Nu substance voor houdstervennootschappen vaak samen hangt met het uiteindelijke doel van zo’n houdstervennootschap in Nederland, te weten verdragsbescherming,⁶ wordt in onderdeel 2 hierna allereerst algemene wettelijk kader rond vestgingsplaats en dus verdragsbeschermingsmogelijkheden geschetst. Vervolgens wordt in onderdeel 3.2. hieronder aangegeven wat de nieuwe regels betekenen. In de overige gedeelten van onderdeel 3 komen andere, niet-Nederlandsrechtelijke, overwegingen aan de orde waar substance een rol kan spelen. Aafgesloten wordt, zoals gebruikelijk, met een conclusie.

2. Nederlands wettelijk kader

2.1. Algemeen

Het Nederlandse (fiscale) recht kent geen substance-*eisen* als zodanig (dat zou zich overigens ook moeilijk verhouden met onder andere Europees recht). Weliswaar wordt er op verscheidene plaatsen gesproken over ‘vereisten inzake aanwezigheid in Nederland’ – bijvoorbeeld in artikel 3a, derde en zevende lid van het Uitvoeringsbesluit internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen – maar dat betreft *voorwaarden* die uiteindelijk bepalen welke inlichtingen de

1 Freshfields Bruckhaus Deringer LLP.

2 Brief van de staatssecretaris van Financiën d.d. 30 augustus 2013 (de *Brief*) met daarbij een toelichtende nota (de *Nota*).

3 Het woord substance heeft verschillende letterlijke betekenissen, die eigenlijk geen van alle de exacte lading dekken van hetgeen in dit kader wordt bedoeld. Inmiddels is deze term echter een zodanig fiscaal begrip geworden, dat ik het hier ook maar gebruik.

4 In de brief gedefinieerd als ‘vennootschappen die binnen een internationaal concern een rol spelen bij het ontvangen en betalen van dividenden’.

5 Zie het Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 13 juni 2014, DGB 2014/3099, V-N 2014/32.4.

6 Waar hierna over verdragen wordt gesproken wordt bedoeld op bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. Steeds vaker spelen echter ook bilaterale investeringsverdragen (‘BITS’) een rol, waar substance (vooral) minder belangrijk is.

belastingplichtige spontaan moet verstrekken.⁷ Daarnaast kan de substance van een vennootschap een rol spelen bij de beoordeling van de vestigingsplaats van een lichaam.

2.2. *Vestigingsplaats*

Het uitgangspunt, althans bij naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen, is de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, vierde lid van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (*Wet Vpb*). Zoals bekend wordt hierin bepaald dat elke naar Nederlands recht opgerichte vennootschap altijd – bepaalde uitzonderingen even daargelaten⁸ – wordt geacht in Nederland te zijn gevestigd. Dit geldt zelfs als de feitelijke leiding zich geheel ergens anders bevindt en er geen enkele substance in Nederland is (tenzij op basis, en voor toepassing, van een verdrag de vennootschap elders is gevestigd; zie hierna).

Ten tweede bepaalt artikel 4 Algemene wet rijksbelastingen (*AWR*), tezamen met de daaronder gewezen jurisprudentie, dat een vennootschap wordt geacht te zijn gevestigd daar waar (grofweg) haar feitelijke leiding zich bevindt. In de praktijk is deze regel met name van belang bij niet naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen. Immers, naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen zijn al in Nederland gevestigd op basis van het hiervoor vermelde artikel 2, vierde lid Wet Vpb.

Ten slotte kunnen ook naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen hun Nederlandse vestigingsplaats effectief verliezen⁹ als zij op basis van, en voor toepassing van, een verdrag in een ander land zijn gevestigd. Dit is een grote stap, want bij de meeste verdragen vereist dit eerst dat het andere land onder zijn nationale wetgeving ‘claimt’ dat de vennootschap aldaar is gevestigd. Vervolgens kan dan de typische ‘tie-breaker’ bepaling de vestigingsplaats toewijzen aan, in de regel, het land waar de werkelijke leiding is gelegen. Echter, in lang niet alle landen wordt een vennootschap geacht te zijn gevestigd daar waar haar werkelijke leiding zich bevindt. Het meest bekende voorbeeld is de Verenigde Staten, waar entiteiten geen inwoner¹⁰ worden op basis van werkelijke leiding. Dat betekent dus dat in die gevallen ook naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen niet hun Nederlandse vestigingsplaats zullen kwijtraken, zelfs als zij volledig vanuit de Verenigde Staten worden geleid en er geen enkele substance in Nederland is.

7 Artikel 8, vijfde lid Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen j° artikel 3a van het in de hoofdtekst vermelde besluit (het *Besluit*).

8 Deze uitzonderingen vereisen overigens nog een lastige analyse over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling en buitenlandse belastingplicht voor naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen die feitelijk elders worden geleid.

9 Zelfs vanaf het moment van oprichting.

10 Alhoewel vennootschappen ergens zijn gevestigd en niet ergens wonen, worden omwille van de leesbaarheid beide termen gebruikt.

Uit het voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat, mede door de vestigingsplaatsfictie, er theoretisch niet zo heel veel voor nodig is om een vennootschap inwoner van Nederland te laten zijn en aldus verdragsvoordelen te laten genieten.

Afschaffing van de vestigingsplaatsfictie zou gedeeltelijk een einde kunnen maken aan de substance-discussie voor houderstervennootschappen: immers, de afwezigheid van enige substance zou het risico dat de vennootschap niet als in Nederland gevestigd kan worden aangemerkt, en dus geen verdragsbescherming zou kunnen krijgen, te groot maken. Afschaffing zou daarmee de aantrekkelijkheid van Nederland voor standaard houdsterstructuren verminderen, maar tegelijkertijd de deur openzetten voor meer agressieve structuren (vergelijk bijvoorbeeld de discussie over Ierse vennootschappen die ‘nergens’ zouden zijn gevestigd).

3. Belang substance

3.1. Algemeen

Nu er zoals vastgesteld dus geen wettelijke substance eisen zijn, komt de vraag op waarom vennootschappen zich toch kosten en moeite getroosten om substance te creëren. Soms gebeurt dit vanuit een automatisme: ‘we moeten toch substance hebben’, zonder duidelijk te weten waarvoor. Meestal gebeurt dit echter om gegronde redenen. Hierbij kan met name worden gedacht aan het Nederlandse rullingbeleid, het verminderen van het ‘risico’ van spontane uitwisseling van informatie, de daarmee samenhangende fiscale positie in bronlanden en de reputatie van het concern. Deze vier redenen worden hieronder nader toegelicht.

3.2. Rullingbeleid

Het ‘oude’ rullingbeleid

In het rullingbeleid zoals dat werd toegepast op basis van de besluiten uit 2004,¹¹ werden er eigenlijk geen substance-eisen gesteld aan houdstervennootschappen, anders dan wellicht met betrekking tot de verhouding eigen vermogen-vreemd vermogen waarmee de deelnemingen worden gefinancierd. In principe waren dus rulings mogelijk ten aanzien van bijvoorbeeld de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, zonder enige substance in Nederland.

Echter, in veel gevallen pleegt de belastingdienst een ‘holistische benadering’, oftewel de ‘integrale klantbenadering’, toe te passen bij rullingverzoeken. Dat betekent dat bij een verzoek voor zekerheid over een bepaald fiscaal onderdeel, ook

¹¹ Besluit van 11 augustus 2004, IFZ2004/126M.

(alle) andere fiscale punten moeten worden meegenomen. Daardoor golden ook onder de oude besluiten in de praktijk vaak indirect toch ook bij houdstervennootschappen substance-eisen bij het afgeven van rulings.

Het 'nieuwe' rulingbeleid

Het nieuwe rulingbeleid werd aangekondigd in de Brief en de Nota. Daarin werd ten aanzien van de substance van houdstermaatschappijen het volgende opgemerkt:

“Verzoeken van vennootschappen die zekerheid vooraf wensen over hun zogenoemde houdsteractiviteiten, het ontvangen en uitbetalen van dividenden, worden slechts in behandeling genomen wanneer het concern waarbinnen zij opereren voldoende nexus heeft met Nederland. De nexus kan bestaan uit reële aanwezigheid of het bestaan van een serieus plan om nexus te creëren.¹² Van reële aanwezigheid is bijvoorbeeld sprake als is voldaan aan de eisen die gelden voor dienstverleningslichamen.”

In de besluiten van 13 juni 2014 is het nieuwe beleid ten aanzien van houdstermaatschappijen vastgelegd. De 'eisen' die gelden voor houdstervennootschappen komen overeen met de voorwaarden die worden gesteld aan dienstverleningslichamen, zoals (ook al) opgenomen in het Besluit van 11 augustus 2004 (IFZ2004/126M, en verder toegelicht in het vraag en antwoord besluit van dezelfde datum met nummer 127M). Dit betreft de volgende voorwaarden (hierna ook de **DVL Voorwaarden**):

- Ten minste de helft van het totaal aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden woont of is feitelijk gevestigd in Nederland.
- De in Nederland wonende of gevestigde bestuursleden beschikken over de benodigde professionele kennis om hun taken naar behoren uit te voeren. Tot de taken van het (gezamenlijke) bestuur behoren minimaal de besluitvorming – op basis van de eigen verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en binnen het kader van normale concernbemoeienis – over door de rechtspersoon te sluiten transacties, alsmede het zorgdragen voor een goede afhandeling van de afgesloten transacties. De rechtspersoon beschikt over gekwalificeerd personeel (eigen dan wel van derden) ter adequate uitvoering en registratie van de door de rechtspersoon af te sluiten transacties.
- De (belangrijke) bestuursbesluiten dienen in Nederland te worden genomen.
- De (hoofd)bankrekening van de rechtspersoon wordt in Nederland aangehouden.
- De boekhouding wordt in Nederland gevoerd.
- De rechtspersoon heeft – in elk geval tot het toetsmoment – op correcte wijze aan al zijn aangifteverplichtingen voldaan. Dit kan gaan om Vpb, LB, OB, etc.
- Het vestigingsadres van de rechtspersoon is in Nederland. De rechtspersoon wordt, naar beste weten van de vennootschap, niet (tevens) in een ander land als fiscaal inwoner beschouwd.

¹² De circulaire vaststelling dat 'nexus kan bestaan uit ... een serieus plan om nexus te creëren' is niet heel verhelderend.

Deze voorwaarden worden reeds sinds lange tijd gehanteerd voor financierings- en royaltyvennootschappen, maar kunnen evengoed worden toegepast bij houdstervennootschappen.

Ten aanzien van houdstervennootschappen wordt een specifieke eis gesteld wat betreft de financiering. Anders dan een financierings- of royaltyvennootschap, waar normaalgesproken toch enig risico wordt gelopen, loopt een houdstervennootschap in de regel nauwelijks insolventierisico, tenzij wordt deelgenomen in lichamen waar de aansprakelijkheid voor de aandeelhouders/leden niet beperkt is, garanties worden afgegeven die verder gaan dan alleen zekerheidsrechten over de activa van de houdstervennootschap of de verwerving van deelnemingen met ‘full recourse’ schuld is gefinancierd.

De vraag kan opkomen bij welk percentage schuldfinanciering, en onder welke voorwaarden van de financiering, de houdstervennootschap nog wel als economisch eigenaar van haar deelnemingen kan worden aangemerkt, of dat het economisch belang bij deze deelnemingen volledig naar de schuldeiser is verschoven zodat deze als economisch eigenaar moet worden aangemerkt. In het besluit van 13 juni 2014 is bepaald dat de kostprijs van de deelnemingen waarvoor een rulling wordt gevraagd, met ten minste 15% eigen vermogen moet zijn gefinancierd. Er is dus niet gekozen voor een genuanceerde invulling van de eigen-vermogeneis voor houdstervennootschappen, maar er is aangesloten bij hetgeen in de rullingpraktijk sinds lange tijd gebruikelijk was.

In het besluit van 13 juni 2014 wordt aangegeven dat ook een rulling wordt verstrekt als “het concern waartoe het verzoekende lichaam behoort, in Nederland operationele activiteiten uitoefent of hier concrete plannen voor heeft.” Hieruit volgt dat ook andere vormen van aanwezigheid in Nederland – dan de hiervoor genoemde DVL-voorwaarden – voldoende zijn, bijvoorbeeld in de vorm van de spreekwoordelijke rokende schoorstenen.

Deze verwijzing naar operationele activiteiten lijkt overbodig. De DVL Voorwaarden zijn in de regel lichter dan wat rokende schoorstenen met zich brengen. Echter, deze DVL Voorwaarden zijn heel formeel, en juist daarom wordt daar soms bij ‘echte’ aanwezigheid in Nederland toch niet aan voldaan. Een Amerikaans bedrijf kan hier 200 medewerkers in een fabriek hebben, maar tegelijkertijd de bankrekeningen laten beheren door een shared services centre in Brussel. Alsdan wordt wellicht niet voldaan aan de DVL Voorwaarden. Ook zal bij ‘echte’ operationele activiteiten van een internationaal concern de board vaak bestaan uit personen die over de hele wereld woonachtig zijn, en niet noodzakelijkerwijs voor meer dan de helft in Nederland. In deze gevallen zal de aanwezigheid van rokende schoorstenen toch voor voldoende nexus met Nederland moeten zorgen om in aanmerking te komen voor een rulling betreffende eventuele houdsteractiviteiten die dit concern ook in Nederland ontplooit, ondanks dat misschien niet wordt voldaan aan de DVL Voorwaarden.

Ten derde is voldoende dat *het concern* nexus heeft met Nederland, het hoeft dus niet de vennootschap zelf te zijn (alhoewel men zich kan voorstellen dat als er geen ‘rokende schoorstenen zijn’ maar men in aanmerking wil komen voor een ruling op basis van de DVL Voorwaarden, dan toch weer de houdstervenootschap zelf aan deze DVL Voorwaarden zal moeten voldoen). Voor het begrip concern wordt aansluiting gezocht bij de artikel 10a, lid 4 en lid 5, Wet Vpb 1969.

Ten slotte wordt verwezen naar ‘concrete plannen’ om nexus te creëren. De achterliggende gedachte is hier niet helemaal duidelijk, maar het zal in ieder geval kunnen helpen om kip-en-ei situaties te voorkomen: de fiscus wil alleen een ruling geven als er nexus komt, maar een bedrijf wil alleen nexus committeren als er een ruling komt. Uit de tekst van het besluit van 13 juni 2014 volgt dat een plan om te gaan voldoen aan de DVL Voorwaarden, niet voldoende is.

Indien er op basis van deze voorwaarden geen of onvoldoende substance is, zal de houdstervenootschap dus geen ruling kunnen krijgen. Is dat in de praktijk erg? Op zich niet, want de deelnemingsvrijstelling is inmiddels dusdanig technisch geformuleerd dat het in de praktijk ook zonder ruling eigenlijk altijd wel voldoende duidelijk is of deze van toepassing is of niet. Alleen daar waar er niettegenstaande de duidelijke bepalingen over de deelnemingsvrijstelling toch een onzekerheid blijft, dan wel een ruling nuttig kan zijn om een *andere* fiscale onzekerheid af te dekken – in de praktijk vaak de buitenlandse belastingplicht voor aandeelhouders in de Nederlandse vennootschap – kan mede een voortgezette holistische benadering van de belastingdienst er toe leiden dat toch zal moeten worden voldaan aan de substance-eisen voor houdstervenootschappen.

3.3. *Spontane uitwisseling van informatie*

Alhoewel de Brief en de Nota niet helemaal duidelijk zijn op dit punt, leidt het niet-voldoen aan de substance eisen niet tot spontane uitwisseling van informatie met het bronland (zoals nu gebeurt – althans, is vastgelegd dat het zou gebeuren – bij rente- en royaltyvennootschappen). Dit is ook bevestigd door het inmiddels van kracht geworden Besluit. Het is lastig een rechtvaardiging te vinden voor dit verschil in behandeling tussen houdster- en rente-/royaltyvennootschappen, maar men kan zich iets voorstellen bij de gedachte dat het voor bronlanden nuttig is om te weten wat de fiscale behandeling is van rente/royalty’s bij de ontvangende partij, nu het bronland daar in de regel aftrek voor zal geven. Dividenden zijn normaalgesproken niet aftrekbaar, dus daar zou dit belang kleiner zijn. Overigens dient te worden opgemerkt dat, vanzelfsprekend binnen de wettelijke regels, ook buiten het kader van deze besluiten en beleidsvoornemens spontaan informatie kan worden uitgewisseld als daar (een andere) aanleiding toe is.

In de aangifte zal nog steeds moeten worden vermeld of aan de substance-eisen wordt voldaan, op straffe van – zoals gebruikelijk bij een foute aangifte – boete.

3.4. Bronlanden

Het voorkomen van spontane uitwisseling van informatie kan een doel op zich zijn, zelfs indien er geen enkele zorg is over de toepassing van verdragsvoordelen, nu het op zijn minst tot tijd- en geldverslindende vragen en discussies kan leiden. Vaak zal echter sprake zijn van een gerechtvaardigde zorg dat de uitwisseling daadwerkelijk tot problemen leidt in het bronland bij het claimen van verdragsbescherming; het doel van uitwisseling is de bronlanden beter in staat te stellen te oordelen of de Nederlandse houdstervennootschap vanuit hun perspectief gerechtigd is tot verdragsvoordelen. Dit is daarmee de volgende, en wellicht de belangrijkste, reden om substance te hebben in een Nederlandse houdstervennootschap.

Het gaat bij verdragsvoordelen bij houdstervennootschappen met name om een verlaging van dividendbelasting op basis van een verdrag (op basis van artikel 10 van het Modelverdrag) of de EU Moeder-Dochterrichtlijn.

Daarnaast kan een Nederlandse houdstervennootschap ook bescherming bieden tegen *non-residents capital gains taxes*, te weten belasting die een land wil heffen van de verkopende aandeelhouder als de aandelen in een vennootschap in dat land met winst worden verkocht.¹³ Als de verkoper, de houdstervennootschap, nu in Nederland is gevestigd, zou het verdrag bescherming kunnen bieden tegen een dergelijke *capital gains tax*.

Deze verdragsbescherming wordt echter steeds minder belangrijk. Veel landen kennen een dergelijke heffing niet. En de landen die het wel kennen kijken vaak sowieso door Nederland heen, los van de substance. Vergelijk bijvoorbeeld Brazilië en India, met de beruchte Vodafone zaak.

In de praktijk is er een zekere trend te ontdekken in hoe bronlanden omgaan met de substance in Nederland:

- a. Voor sommige landen is een woonplaatsverklaring nog steeds voldoende, los van de substance. Deze groep wordt wel steeds kleiner.
- b. Er zijn weinig landen die de Nederlandse substance eisen doorslaggevend vinden. Met andere woorden: of de woonplaatsverklaring is voldoende, of er moet echt meer zijn dan hetgeen volgt uit het Nederlandse beleid zoals hiervoor weergegeven.
- c. Een toenemende groep landen hanteert zeer uitgebreide substance eisen (bijvoorbeeld Duitsland en Spanje), in de vorm van nationale bepalingen – die soms als de facto *treaty overrides* kunnen worden gekenmerkt – of in de vorm van *limitation on benefits*, of *main purpose* testen in verdragen.

¹³ Vergelijk voor Nederland artikel 17 Wet Vpb.

3.5. *Reputatie*

Tenslotte kan de wens om substance te hebben in een Nederlandse houdstervennootschap zijn ingegeven door een zorg over de reputatieschade die aan een concern zou kunnen worden toegebracht als (b)lijkt dat gebruik wordt gemaakt van een volledig 'lege' houdstermaatschappij in Nederland. De parlementaire verhooren in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten zijn hier een recent voorbeeld van, en mede daardoor is dit in toenemende mate een zorg voor internationale concerns die proberen fiscaal efficiënt te opereren.

Alhoewel de DVL Voorwaarden een ander doel dienen, zoals hiervoor aangegeven, liggen zij in de praktijk dicht aan tegen wat internationale concerns doen om reputatiezorgen te adresseren. Hierbij kan worden gedacht aan 'echte' directeuren, soms een eigen kantoor of zelfs eigen staff. Daarnaast kan de substance cosmetisch (verder) worden verbeterd door gebruik te maken van cost sharing arrangementen, waarbij binnen concern – bijvoorbeeld huur- of personeels- – kosten worden gedeeld, zodat zij ook als zodanig in de jaarrekening worden verantwoord (in plaats van algemene service fees).

4. **Conclusies**

De substance-voorwaarden zoals deze worden gesteld aan houdstervennootschappen zijn een nuttig element om het Nederlandse vestigingsklimaat en –imago te verstevigen. De voorwaarden zijn redelijk, zodat naar verwachting veel concerns er zonder al te veel moeite aan kunnen voldoen. Veel concerns zullen er ook aan *willen* voldoen, al was het alleen maar om zorgen over hun reputatie te beperken.

Tussenhoudsters van internationale concerns en het Nederlandse verdragennetwerk

*mr. F. van Horzen*¹

1. Treaty shoppen is een recht

Is er sprake van verdragsmisbruik indien een internationaal concern een tussenhouder opricht in Nederland om op die manier toegang te krijgen tot het Nederlandse verdragennetwerk? Meer in het bijzonder gaat het om de situatie dat het oogmerk van het concern is om door middel van de tussenhouder de bronbelasting op dividenden te reduceren die afkomstig zijn uit het land dat met Nederland een verdrag heeft gesloten. Mijns inziens is in die situatie geen sprake van verdragsmisbruik. Treaty shoppen is een recht. Deze stelling verdient nadere toelichting. Een treaty shopper repareert mijns inziens in de voorliggende casus eigenhandig een door overheden bewust gecreëerde onrechtvaardige situatie. Treaty shopping dient in casu dan ook de rechtvaardigheid. Deze stelling licht ik toe aan de hand van het volgende voorbeeld. Een Nederlands bedrijf met rokende schoorstenen in Nederland, neemt alle aandelen in een in land X gevestigde vennootschap waarmee een onderneming in land X wordt gestart of uitgebreid. In land X betaalt de dochtermaatschappij winstbelasting. Wanneer de dochter in land X een dividend uitkeert aan haar aandeelhouders wordt daarop volgens de wetgeving van land X 20% bronheffing/dividendbelasting ingehouden. Deze belasting leidt tot verhoging van de effectieve belastingdruk op de in land X behaalde winst. Nederland en land X hebben echter een verdrag gesloten waarbij land X er mee heeft ingestemd om de bronheffing substantieel terug te schroeven, zeg naar 5% of naar 0%. Ik veronderstel voor de discussie dat Nederland zich bij het besluit een verdrag met land X te sluiten mede zal hebben laten leiden door de belangen van het Nederlandse bedrijfsleven dat in land X opereert of wil gaan opereren. Laten we veronderstellen dat het verdrag verder geen bijzondere bepalingen bevat met betrekking tot de toegang tot het verdrag, dus geen zogenoemde 'main purpose' clause en geen 'limitation on benefits' bepaling. Alle inwoners van Nederland kunnen in beginsel het verdrag inroepen. Het Nederlandse bedrijf met rokende schoorsteen heeft een concurrent in Canada. De Canadese concurrent wil ook activiteiten in land X starten door middel van een dochter die in land X is gevestigd. Er is echter geen belastingverdrag tussen Canada en land X. Daar kunnen allerlei redenen voor zijn. Het kan aan land X liggen, maar ook aan Canada. Feit is dat de Nederlandse en de Canadese onderneming op de X

¹ Verbonden aan KPMG Meijburg & Co.

markt gaan concurreren, waarbij de land X bronheffing op dividend verschilt afhankelijk van de vestigingsplaats van de aandeelhouder van de vennootschap in X land. Het dividend naar Nederland wordt lager belast dan het dividend naar Canada. Laat ons voor de discussie veronderstellen dat de X bronheffing in Canada niet kan worden verrekend.

De Canadese onderneming zal zich achtergesteld voelen ten opzichte van haar Nederlandse concurrent. De concurrenten worden ongelijk behandeld op dezelfde markt. Dat is onrechtvaardig. Er is sprake van discriminatie op grond van herkomst. Hoe kan dat worden gerepareerd? De Canadees zou land X aan kunnen spreken, maar de kansen op succes tenderen dan naar nihil. Hetzelfde geldt als de Canadees de Canadese overheid zou aanspreken. De Canadees zou ook kunnen overwegen toegang te krijgen tot het Nederlandse verdragennetwerk, door in Nederland een tussenhoudster op te richten die de aandelen in de X-dochter gaat houden. Is het de plicht van de Canadees om in de X markt een zelfde effectief tarief te bereiken als haar Nederlandse concurrent? Neen. Heeft de Canadees het recht dit te doen? Jazeker. Is het in strijd met doel en strekking van de Nederlandse wet te stellen dat de Nederlandse tussenhoudster inwoner van Nederland is? Nee, de tussenhoudster is gewoon inwoner van Nederland op grond van het bepaalde in art. 2, lid 4, Wet VPB 1969, de vestigingsplaatsfictie.² Is het in strijd met doel en strekking van de wet vennootschapsbelasting om bij de Nederlandse tussenhoudster de deelnemingsvrijstelling te claimen op het belang in de dochter in land X? Nee, als aan alle voorwaarden wordt voldaan, heb je daar recht op, daar is geen ruling voor nodig. Is het in strijd met doel en strekking van het tussen Nederland en X gesloten verdrag als de Nederlandse dochter van de Canadees dat verdrag inroept? Anders gezegd: als de Nederlandse inspecteur ten behoeve van de verdragstoepassing met land X wordt gevraagd om een woonplaatsverklaring af te geven aan de Nederlandse dochter van de Canadees, kan of mag de Nederlandse inspecteur dat dan weigeren? Kan hij bijvoorbeeld zeggen: het verdrag is bedoeld voor Nederlandse inwoners met een rokende schoorsteen in Nederland/het Nederlandse bedrijfsleven; daar heeft de Nederlandse overheid het verdrag voor afgesloten en niet voor Canadezen of de rest van de wereld.

Stel u zegt: ja, de inspecteur heeft een punt. Hoe beoordeelt u dan de volgende casus?

Een Nederlandse moeder met een rokende schoorsteen hier te lande richt een tussenhoudster op in Nederland die als enig doel heeft het houden van de aandelen in de dochter in X land. De verdragsgerechtigdheid van deze dochter is dan een gegeven. Heeft de inspecteur dan wel de vrijheid om tegen de Nederlandse dochter van de Canadese vennootschap te zeggen: wij blokkeren uw toegang tot het verdrag tenzij u bijvoorbeeld aantoont dat er zakelijke redenen zijn voor uw vestiging in

² De vestigingsfictie gaat in de basis terug op Exodus 30: 11-16. Zie F. van Horzen, Afschaffing van de vestigingsplaatsfictie: een heidens voornemen?, WFR 1993/1568.

Nederland of dat uw concern voldoende banden met Nederland heeft? Naar mijn mening niet, in ieder geval niet op grond van het non-discriminatieartikel in het tussen Nederland en Canada gesloten belastingverdrag. Op grond van art. 24, lid 4, van dat verdrag mogen BV's die in handen zijn van Canadezen in Nederland niet aan andere of zwaardere fiscale verplichtingen worden onderworpen dan BV's die in handen zijn van NL aandeelhouders. Deze bepaling is ontleend aan het OESO Modelverdrag. Naar mijn mening is er geen mogelijkheid voor Nederland om specifieke en afwijkende of strengere voorwaarden op te leggen aan tussenhoudsters van buitenlandse partijen uit verdragslanden ten opzichte van tussenhoudsters van Nederlandse partijen, in ieder geval niet in situaties waar het verdrag met land X geen nadere kwalificaties eist van degene die het verdrag inroept, behoudens dan dat hij inwoner is van Nederland. Doet Nederland dat wel, dan worden de betreffende tussenhoudsters op grond van de woon- of vestigingsplaats van hun aandeelhouders anders of slechter behandeld dan tussenhoudsters die uiteindelijk worden gehouden door in Nederland wonende of gevestigde aandeelhouders.³

Het tegengaan van verdragsmisbruik/treaty abuse is één van de actiepunten uit het in juli 2013 gepresenteerde BEPS Action Plan van de OESO. Action 6, voorzien van het kopje Prevent treaty abuse, luidt: "Develop model treaty provisions and recommendations regarding the design of domestic rules to prevent the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances."⁴ Ik ben benieuwd hoe in dat verband wordt omgegaan met het non-discriminatiebeginsel. Verder kan worden opgemerkt dat er niets kunstmatig is aan het hebben van een Nederlandse tussenhouder. Zoals de belastingkamer van de Hoge Raad in een arrest uit 2011 formuleerde: "In een internationaal concern ligt – naar niet voor redelijke twijfel vatbaar is – in het houden van een 100% tussenholding, die op haar beurt deelnemingen in werkmaatschappijen van dat concern houdt, de vestiging en handhaving van duurzame en directe economische betrekkingen besloten. Daaraan kan niet afdoen de omstandigheid dat de tussenholding zich in het geheel niet zou bemoeien met de gang van zaken bij haar deelnemingen".⁵ Met betrekking tot een tussenhouder is van een inappropriate circumstance mijns inziens dan ook geen sprake.

Kan de belastingdienst van land X proberen het verdragstarief te ontzeggen aan de Nederlandse tussenhouder van de Canadees? Natuurlijk. Er kan worden geprocedeerd. De ervaring leert echter dat de succesansen voor de belastingdienst van land X niet hoog zijn.⁶ Land X kan ook proberen specifieke verdragsclausules op te nemen of bestaande verdragen aan te passen, bijvoorbeeld door gebruik te maken van het in augustus 2013 door voormalig staatssecretaris Weekers gedane aanbod

3 Zie over de reikwijdte van non-discriminatieartikelen ook de Conclusie van A-G Wattel van 16 januari 2014, ECLI:NL:PHR:2014:2, zaak nr. 13/03330, met name onderdeel 6, V-N 2014/8.19, NTFR 2014/742 met commentaar van Gunn.

4 Onder andere gepubliceerd in V-N 2013/35.15.

5 HR 16 december 2011, nr. 10/04920 (LJN BU8256), BNB 2012/102 met noot van Marres.

6 Zie bijvoorbeeld de zaak 2012TCC57, tussen Velcro Canada Inc., en Her Majesty the Queen van 24 februari 2012.

tot verdragsheronderhandeling respectievelijk verdragsaanpassing.⁷ X zou ook kunnen overwegen eenzijdig wettelijke maatregelen te nemen, los van haar verdragspartners. Maar zo simpel is dat allemaal ook niet. Dat komt duidelijk naar voren in augustus 2013 door het Canadese MvF opgestelde Consultation Paper on Treaty Shopping.⁸

En het wezenlijke punt is en blijft dat het Canadese concern ten opzichte van haar Nederlandse concurrent in de markt in land X wordt achtergesteld.

Samenvattend: treaty shopping is naar mijn mening een recht; Nederland kan niets doen; de enige die iets kan doen is het andere verdragsland, maar dat leidt tot aantasting van de rechtspositie van de treatyshopper omdat concurrentievervalsing optreedt. En dat is onrechtvaardig.

U zult wellicht zeggen: dat is wel een erg fiscaal-technische en kille juridische analyse die bovendien eenzijdig is. Je moet het in een breder kader plaatsen. Laten wij dat dan ook doen aan de hand van een aantal stellingen die ingaan tegen mijn stelling.

2. **Contraire stellingen**

Stelling 1. Men hoort niet aan treaty shopping te doen.

Het verdrag NL-X is niet voor de Canadees bedoeld dus hij mag zich geen toegang tot dat verdrag verschaffen. Maar waarom niet? Adam Smith schreef al lang geleden: A merchant, it has been said very properly, is not necessarily the citizen of any particular country. It is in a great measure indifferent to him from what place he carries on his trade; and a very trifling disgust will make him remove his capital, and, together with it, all the industry which it supports, from one country to another.”⁹ Door Hans Driessen is deze zin recent nog vertaald in een filosofisch boek over globalisering: “Een koopman is [...] niet noodzakelijk burger van een bepaald land. Voor hem is het volstrekt om het even van waaruit hij zijn handel drijft. Zelfs de geringste aanleidingen kunnen hem ertoe bewegen zijn kapitaal en daarmee ook het bedrijf dat ermee gefinancierd wordt naar een ander land te verplaatsen.”¹⁰ Treaty shoppers variëren al tientallen jaren op het door Adam Smith

7 Zie de Brief en de Nota van de staatssecretaris van Financiën en de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking van 30 augustus 2013, nr. IFZ/2013/320U, V-N 2013/47, met name onderdeel 5.2.2., V-N 2013/47.5, p. 25 en 26.

8 Department of Finance Canada, Consultation Paper on Treaty Shopping – The Problem and Possible Solutions, augustus 2013, <http://www.fin.gc.ca/activity/consult/ts-cf-eng.asp>. Uit het Budget voor het jaar 2014 blijkt dat Canada een voorkeur heeft voor de introductie van een ‘main purpose’ test in de nationale Canadese wetgeving, inclusief ficties en de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs. Zie KPMG Canada, TaxNewsFlash 11 februari 2014, no. 2014-08, p. 7 en 8.

9 Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations, in 2005 door Pennsylvania State University digitaal uitgegeven in de serie Electronic Classics, p. 340, te raadplegen via <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/adam-smith/wealth-nations.pdf>, p. 340.

10 Peter Sloterdijk, Het Kristalpaleis, Een filosofie van de globalisering, Sun Amsterdam 2006, p. 51.

beschreven thema. Voor internationale concerns is nationaliteit/ vestigingsplaats eigenlijk een inhoudsloos of onbruikbaar criterium, ook voor fiscale doeleinden. Wat maakt een lichaam/concern uit mijn voorbeeld Canadees of Nederlands? Is dat oprichting, plaats waar haar leiding zit, waar haar aandelen aan de beurs zijn genoteerd, waar haar aandeelhouders zijn gevestigd of waar zij ondernemingsactiviteiten heeft en wat als zij in heel veel landen ondernemingsactiviteiten heeft of aandeelhouders in meerdere landen? Internationale concerns zijn met recht in de woorden van Adam Smith “a citizen of the world [...] not necessarily attached to any particular country”.¹¹ Belastingwetten en belastingverdragen zouden daarop moeten worden afgestemd. Het feit dat dit niet is gebeurd, is een van de wezenlijke oorzaken van het optreden van base erosion and profit shifting (‘BEPS’). Soms zijn overheden het slachtoffer van verouderde wetgeving/verdragen die niet zijn aangepast aan de globalisering. Op het gebied van bronheffing zijn internationale ondernemingen naar mijn mening echter het slachtoffer. Zolang de wetten en verdragen nog niet zijn aangepast aan de nieuwe tijd, moeten de concerns op het gebied van het bereiken van een level playing field met betrekking tot bronheffingen zichzelf zien te redden om de qua uitkomst meest rechtvaardige situatie te bereiken.

Stelling 2: Treaty shopping is egoïstisch.

Behoudens de shopper schiet hier verder niemand iets mee op/niemand is erbij gebaat. Egoïsme is niet sociaal. Een anekdote. Eén van mijn collega’s haalde in 2013 het Financieele Dagblad met de stelling dat de crisisheffing in strijd was met internationale verdragen.¹² Hij ontving een mail van iemand die hem vroeg: “Waarom komt u alleen maar op voor de rijken en doet u niets voor ons, arme gepensioneerden.” Dit antwoordde mijn collega: “Geachte heer. Wij hebben de afgelopen jaren op succesvolle wijze voor veel pensioenfondsen dividendbelasting teruggeclaimd. Deze dividendbelasting was ingehouden door andere EU lidstaten op dividendbetalingen door ondernemingen die in die andere lidstaat zijn gevestigd en is in veel gevallen strijdig bevonden met Europees recht. Deze teruggaven komen rechtstreeks ten goede aan de pensioenfondsen en daarmee weer aan de gepensioneerden.” Dit voorbeeld maakt duidelijk dat belastingplanning niet egoïstisch is en/of uitsluitend positief voor het concern en haar aandeelhouder(s). Concerns hebben veel stakeholders. Denk aan werknemers, klanten en leveranciers. Expansie van de Canadees en het feit dat zij in de X markt op gelijkwaardige voet kan concurreren met in Nederland gevestigde ondernemingen dient de belangen van werknemers, klanten en leveranciers van het Canadese concern en de society at large van land X. De minister van Financiën van het bronland is niet de enige stakeholder. Net zomin als de onderneming/haar aandeelhouders de enige stakeholder is of zijn.

¹¹ Zie voetnoot 13, t.a.p., p. 697.

¹² ‘Verzet tegen crisisbelasting’, FD 20 februari 2013.

Stelling 3. Treaty-shopping is slecht voor de reputatie van de shopper.

Deze stelling ligt in het verlengde van Stelling 2. We hebben denk ik allemaal de oproep tot boycot acties tegen Starbucks van eind 2012 nog vers in het geheugen. Amerikaans wetenschappelijk onderzoek uit 2008 en 2012 toont echter aan dat er niet of nauwelijks reputational cost is verbonden aan het imago een aggressive tax planner te zijn.¹³ In een column van de Harvard Business Review wordt nota bene Starbucks ten tonele gevoerd als één van de kampioenen op het gebied van socially responsible behaviour.¹⁴ Ondermeer vanwege het bieden van ziektekosten dekking aan parttime werknemers en het schenken van melkkoeien aan koffieboeren in Rwanda.

Waar het om gaat is dat een concern helder uit moet kunnen leggen wat de inhoud en de achtergrond van zijn tax strategy is en hoe dat past in de algehele strategie ten opzichte van alle stakeholders bij het concern. En zoals ik al zei, de minister van Financiën van het bronland is niet de enige stakeholder.

Stelling 4. De reputatie van Nederland wordt beschadigd.

Nederland kan worden verweten treaty shopping te faciliteren en dat is slecht voor onze reputatie.

Naar mijn mening is dat een onterecht verwijt. Het feit is en blijft dat wij altijd een open economie hebben gehad. Een vestiging in Nederland leidt tot alle daarmee verbonden lasten en lusten zonder een materiële toets bij binnenkomst, ongeacht herkomst of bestemming van het geld. Maar de brievenbussen dan, zult u zeggen. Wie klaagt over het verschijnsel van brievenbusvennootschappen ziet over het hoofd dat rechtspersoonlijkheid nu eenmaal een fictie is. Ik heb een BV nog nooit een hond uit zien laten, maar dat neemt niet weg dat een BV een hond in eigendom en op de balans kan hebben. Alle gekheid op een stokje: er zijn ook heel veel Nederlandse ondernemingen die op het zelfde adres vele tientallen zo niet honderden dochter BV's hebben geregistreerd. Het hebben van een brievenbus betekent derhalve niet dat er per definitie sprake is van laakbaar gedrag of een volstrekt kunstmatige situatie. Een sessie over de toelaatbaarheid van tax planning is niet compleet zonder Margaret Hodge van de UK Public Accounts Committee ten tonele te voeren. Begin september werd bekend dat het Britse Vodafone concern haar 45% belang in Verizon zou verkopen. Het zou gaan om een transactie van vele miljarden. De aandelen in Verizon werden gehouden door een Nederlandse tussenhouster van Vodafone. De verkoopwinst was onbelast in NL en kon ook in de UK niet worden belast. Margaret Hodge schreeuwde moord en brand volgens een bericht in The Guardian.¹⁵ Zij riep op tot een diepgravend onderzoek "to make sure that UK taxpayers receive the maximum to which they are entitled. Treasury

13 Gallemore, Maydew, Thornock, The Reputational Costs of Tax Avoidance and the Under-Sheltering Puzzle, January 2012, <http://ssrn.com/abstract=1986226>; Hanlon; Slemrod, What does tax aggressiveness signal? Evidence from stock price reactions to news about tax shelter involvement, Journal of Public Economics 93 (2009) p. 126 – 141.

14 Nancy Koehn, The Brain – and Soul – of Capitalism, Harvard Business Review November 2013, p. 44.

15 Vodafone-Verizon deal: Margaret Hodge raises alarm over tax loss, the guardian.com, 2 september 2013.

ministers should also examine whether there is a loophole being exploited by the British company.” In de fiscale literatuur werd er fijntjes op gewezen dat er ook geen heffing in de UK zou hebben plaatsgevonden indien de aandelen Verizon door een UK resident company zouden zijn verkocht.¹⁶

Anders gezegd, het kan niet anders dan dat er ook niet fiscale redenen zijn geweest voor het hebben van een Nederlandse tussenhouder. Het Nederlandse fiscale systeem is in het geheel niet verdacht. Dus is er ook niets mis met de Nederlandse fiscale reputatie. Nederland moet op dat vlak wel een heldere boodschap uit blijven dragen.

Stelling 5. De Nederlandse verdragspartner en haar bevolking komen te kort/ worden bestolen.

Dit argument wordt vaak ingebracht door NGO's zoals Tax Justice Network. De treaty shopper voldoet niet zijn fair share/het verdragsland mist zijn fair share. De vraag is echter of dat zo is. Ik begin met een citaat uit het in 1954 verschenen boek *De Grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht*, van de hand van W.J. de Langen.¹⁷ In paragraaf 4.6, *Het internationale belastingrecht*, lezen wij op pagina 209 het volgende. “Bij het tot stand brengen van bilaterale verdragen, treden hun vertegenwoordigers elkander niet tegemoet geleid door sociale gevoelens maar met het streven de materiële belangen van het eigen land zo krachtig mogelijk te verdedigen. Hier is meer de “commerciële” instelling aanwezig, welke in het algemeen het gedrag van twee met elkander onderhandelende individuen kenmerkt.”

In de verdragsonderhandelingen heeft het verdragsland X zich, om de woorden van De Langen aan te halen, commercieel gedragen en aangegeven waar de benedengrens van de bronheffing ligt. Het land heeft een benchmark afgegeven, om het in transfer pricing woorden aan te geven. Het land heeft zelf aangegeven wat hij een fair share vindt bij grensoverschrijdende investeringen in het land. Als we er van uitgaan dat zowel de Nederlander als de Canadees evenveel bijdragen aan de economie van land X, bijvoorbeeld qua het scheppen van werkgelegenheid en het verhogen van de levensstandaard aldaar, het voldoen aan verplichtingen op het gebied van winstbelasting/omzetbelasting/loonbelasting/sociale verplichtingen, etc. zou de Canadees als gevolg van de hogere bronheffing meer dan een fair share betalen, en dat is unfair. Als een land zich in de woorden van De Langen commercieel gedraagt in het kader van verdragsonderhandelingen en daar de hoogte van bronheffingen bij betreft, mag men niet van belastingplichtigen verlangen dat zij zich op het gebied van bronheffingen sociaal gedragen.

¹⁶ Stephanie Soong Johnston, U.K. Lawmaker want inquiry into Vodafone-Verizon deal, *Tax Notes International*, September 9, 2013, p. 963 en 964.

¹⁷ Uitgegeven door N. Samsom N.V., Alphen aan den Rijn.

Gelet op de ophef van de NGO's is het wat mij betreft ook nogal opmerkelijk dat in een eind 2013 verschenen studie van het IMF, de Regional Economic Outlook van Sub-Saharan Africa met geen woord over treaty shopping wordt gerept.¹⁸

Stelling 6. Het verschijnsel treaty shopping heeft een negatieve invloed op de algehele belastingmoraal en is om die reden laakbaar.

Men zou kunnen zeggen dat treaty shoppen alle belastingplichtigen aanzet tot anti-fiscaal gedrag en om die reden moet worden tegengegaan. Daar kan het volgende tegenin worden gebracht. Wanneer landen met tarieven gaan variëren, dan roept dat altijd arbitrage-gedrag op van belastingplichtigen. Dat geldt ook in binnenlandse situaties. Landen moeten niet met tarieven bronbelasting gaan goochelen. Er moet één uniform tarief zijn. Alle dividenden moeten hetzij worden vrijgesteld hetzij worden belast tegen één vast tarief, in combinatie met een solide/robuuste winstbelastingbasis. Onder verwijzing naar het citaat van De Langen zou een tegenwerping kunnen zijn dat men dan bij verdragsonderhandelingen niets meer te bieden heeft. Ik vraag me af of dat zo is; in ieder geval vind ik dat de hoogte van belastingtarieven geen voorwerp mag zijn van onderhandelingen.¹⁹ Als landen gaan arbitreran, kan belastingplichtigen niet worden verweten dat zij daar in meegaan, zeker niet indien er zakelijke motieven zijn voor hun gedrag. In mijn voorbeeld van de Canadese onderneming bestaan de zakelijke motieven uit het bereiken van een gelijkwaardige situatie ten opzichte van concurrenten in dezelfde markt.

Wie vindt dat een eind kan worden gemaakt aan treaty shopping door geen belastingverdragen meer af te sluiten dan wel door bestaande verdragen op te zeggen, dient zich te realiseren dat belastingverdragen leiden tot een stijging van Foreign Direct Investment, hetgeen goed is voor de economie.²⁰

3. Conclusie

Ik blijf derhalve bij mijn stelling. Treaty shoppen is een recht. Treaty shoppen is ook moreel verantwoord, draagt bij aan een rechtvaardige maatschappij waar men niet wordt beoordeeld op herkomst of achtergrond en is goed voor de economie van alle betrokken partijen.

18 IMF, October 2013, te raadplegen via <http://www.imf.org/external/pubs/ft/reo/2013/afr/eng/sreo1013.htm>.

19 Zie ook Fred van Horzen, Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen en art. 16 van het Amerikaans Modelverdrag, Fiskaal 1983-7, p. 200 en 201.

20 Zie Arjan Lejour, The Foreign Investment Effects of Tax Treaties, CPB Discussion Paper 265, februari 2014.

Substance and the German anti-treaty shopping rules

*Claus Jochimsen and Eric Schiffer*¹

1. Introduction

In 1994, the German government introduced an anti-treaty shopping provision for dividends, interest and royalties.² The aim of this provision was to prevent taxpayers, who were not entitled to withholding tax relief, to obtain such relief by interposing a foreign company which was set up for this (sole) purpose. When the anti-treaty shopping rules were introduced, the German government indicated that the new legislation was not intended as a treaty – or directive override.³ Instead, it should be viewed as an explanation of the anti-avoidance and/or anti abuse clauses that are either present in tax treaties or EU directives. The enacted provision has been subject to heavy debate in German tax literature and changed and tightened a number of times over the years. The latest adjustment to that provision was enacted on 1 January 2012 and originated from an infringement procedure by the European Committee.

In this article, we will discuss the recent change of the provision and provide some guidance how it should be applied. In addition, we will touch the potential breaches of section 50d paragraph 3 with EU law.

2. Section 50d paragraph 3 German Income Tax Act (2007)

German withholding tax (hereinafter referred to as “WHT”) is due on dividends (actual dividend distributions as well as deemed dividends), royalties and interest payments on certain type of loans. The domestic WHT rate for dividends is typically 26.375% (i.e., 25% corporate income tax plus 5.5% solidarity surcharge thereon) and for royalties 15.85% (i.e., 15% plus 5.5%). In case the WHT is to be borne by the distributor a gross-up effect takes place and the WHT amounts to 35.167% and 18.617%, respectively.

¹ Claus Jochimsen is tax partner at PwC Munich and PwC's International Tax Services Leader for Germany. Eric Schiffer is senior tax manager and a Dutch secondee in PwC Munich.

² § 50d -1a German income Tax Act 1994 (old).

³ BT-Drs. 17/7524 page. 13 and following.

Relief of WHT based on the EU parent-subsidiary directive, EU interest and royalty directive or a tax treaty for avoidance of double taxation is only possible if the conditions of section 50d paragraph 3 of the German Income Tax Act (hereinafter referred to as “50d-3 ITA”) are met. The 2007 version of the respective rule included the following – cumulative – conditions:

- a. For the interposition of the foreign entity, business reasons or other relevant reasons must be present;
- b. The foreign entity must generate more than 10% of its total gross income from its own economic activities;
- c. The foreign entity operates in the market place with business operations which are adequately equipped for its business purposes pursued by the company.

In German literature, there has been debate whether this rule was in line with existing case law of the European Court of Justice (“ECJ”), especially the Cadbury-Schweppes case.⁴ That case stated that anti-abuse rules are allowed in general, but should only be aimed at targeting wholly artificial structures. Whether this is the case needs to be analysed for each specific case. The 10% threshold mentioned above as condition under 50d-3 ITA was broadly considered to be a breach of this principle. Furthermore, the fact that 50d-3 ITA assumed that a structure is abusive even in case of business reasons without the possibility of providing proof to the contrary was not in line with existing case law of ECJ.⁵

In March 2010, the EU Commission started an infringement procedure against Germany, in which it formally requested to change the 10% threshold.⁶ The reasoning of the European Committee for the infringement procedure was exactly those mentioned above, i.e. that the 10% rule in 50d-3 ITA was disproportionate, when the possibility to produce proof to the contrary did not exist. As a consequence, the German provision went beyond what was necessary to attain its objective which was the prevention of tax evasion. In other words, the EU Committee argues that a structure can also be considered as not wholly artificial in case the company does not meet the 10% test.

3. Revised 50d-3 ITA per 1-1-2012

As a response to the infringement procedure mentioned above, the German government decided to – once again – change 50d-3 ITA. Under the new wording, foreign companies can claim a full or partial relief from WHT if:

- (i) The shareholder in the foreign company would have been entitled to relief if they had received the income directly (personal entitlement for relief), or

4 Köhler/Eicker DStR 2007, 331 (332) and Stoschek, IStR 2002, 656 (661).

5 Dorfmueller, IStR 2011, 857 (858 f.), Kessler/Eicke, IStR 2006, 577 (581) and Kessler/Eicke, IStR 2007, 781 (782).

6 §50d-3, first sentence, number 2 German Income Tax Act.

- (ii) The gross income of the foreign company is qualified as active based on the following requirements (functional entitlement for relief):
 - a) The gross income of the foreign company in the respective financial year results from its own business activity and therefore qualifies as “active income” (“gross income test”); or
 - b) For the gross income not realised from its own business activities, i.e. the passive income,
 - (1) there are economic or other important reasons for interposing the foreign company (“business purpose test”); or
 - (2) the foreign company participates in the open market place with a business operation set up appropriately for its business purpose (“substance test”).

The above does not apply in case the foreign company is either listed on a qualifying stock exchange or is considered a qualifying investment fund; in these cases the WHT relief is not subject to any further requirement.

Even though the German Ministry of Finance – untypically fast – has already provided guidance to the new rule by way of a decree⁷ (in the following “Decree”), it is unclear how the amendment should be interpreted in detail and the discussion in German literature has been substantial. The common view is that the new 50d-3 ITA is much more restrictive than its predecessor if applied literally. Given the fact that the anti-treaty shopping provision was and is intended as an anti-abuse provision, it seems clear that the wording should be interpreted in a restrictive manner. If not, it could reasonably no longer be regarded as an anti-abuse provision.

3.1. *Personal entitlement for relief: Look through approach*

Independent from the operations of the foreign company interposed as holding or license platform, a relief from WHT can be achieved to the extent that the shareholders of that company are personally and factually entitled to relief (indirect claim). This requires that the shareholders, if they received the payments directly, are entitled to relief according to a DTT or an EU directive and fulfil the criteria of 50d-3 ITA. If a shareholder has insufficient substance, the analysis has to be done at the next level of the shareholders.

Please note, for each shareholder, it has to be separately determined what amount he would be entitled to for WHT relief, presuming that he receives the income directly. The foreign company’s claim for WHT relief is determined by the total of the shareholders’ claims. Consequently, if one of these shareholders cannot obtain WHT relief on the basis of a DTT or an EU directive (e.g. a resident in a non-EU

⁷ IStR 2012, 552.

member state with no tax treaty for avoidance of double taxation has been concluded), the foreign holding company, to that extent, would not be entitled to claim any relief from German WHT. For further details see the example outlined below under 3.5.

3.2. *Functional entitlement: Gross income test and own business activities*

Under the functional entitlement test, the income of the foreign company needs to be analysed. Broadly, income from own business activities is classified as active – good – income, while other income is passive – bad – income.

Up to and including fiscal year 2011, relief from WHT was granted to a foreign recipient company of German source income if 10% of its overall gross income resulted from own active business operations; no further dependencies or influences from the other income of the foreign company were to be taken into account. Now, WHT may be applied on German source income even though this income itself qualifies as active and the foreign company has – in total – substantial active income. It results from the wording of the law and the Decree that relief is now only granted on a pro rata basis (ratio of active income to total income). Hence, if the foreign company has a relatively small amount of bad income only, this may already result in a German WHT becoming applicable.

While the WHT relief may increase if the business purpose and substance tests are met (see below for more detail), it is our view that the pro rata approach is a clear violation of the purpose of the regulation – the purpose being the avoidance of reducing German WHT using treaty shopping. Hence, if there is sufficient nexus between German source income and the business activities of the recipient company, a 100% relief should be granted. Other income of the recipient should not be able to influence that percentage.

3.2.1. Active income

The distinction between active income and other, passive income has not been clarified during the legislative process. However, the Decree does provide some guidance in this regard. According to this, ‘own business activities’ as a participation in the open market place is beyond the scope of mere asset management. Such participation in the open market place is – for instance – given if the company provides services to one or more group companies, provided that those services are separately remunerated and charged in accordance with the at arm’s length principle. However, mere exploitation of licenses and/or granting of loans is not sufficient to qualify as own business activity.

Furthermore, active shareholding management can result in active income, but only if a foreign company holds shares in at least two (German) subsidiaries as part of its business assets and those shares have a certain weight enabling the shareholder to control the business management of that subsidiary. Whether a shareholding has a certain weight is not based on the participation in the capital, but whether the investor can exert influence on the business of the respective subsidiary. In addition to the holding of shares business management functions need to be exercised in the form of ongoing management decisions for the respective subsidiary. Such decisions are typically long-term decisions and relevant to the subsidiary's development. It is to be recommended that the above decisions be well documented – oral decisions lacking proper documentation are insufficient to provide evidence that the company has such business management functions. Furthermore, outsourcing of essential business functions to third parties such as e.g. law firms or management companies are not regarded as own business activities.

Finally, a shareholding in only one subsidiary is, according to the Decree, not sufficient to qualify for business management functions; likewise, a mere holding of shares in a number of subsidiaries is not sufficient if the foreign company limits its activities to exercising its rights as a shareholder (so called passive shareholding management).

i. Business purpose test

Even though income may have to be classified as passive, this may not be detrimental and thus increasing the overall WHT amount, provided the business reasons and/or substance tests are met.

Under the business reasons test, relief is available to the extent that the revenue generated from activities other than the company's own business activities originate from a business for which the interposition of that foreign company is justified by economic or other relevant reasons.

The Decree states that these economic reasons could e.g. include the intention to engage in own economic activities as mentioned above under the gross income test, provided that such activities and the intention can be clearly evidenced. Other relevant reasons may include legal, political or religious reasons. However, economic reasons are – for instance – not present if the interposition of the foreign company predominantly serves to secure assets located in Germany in times of crisis, to implement a future succession vehicle or an old-age pension scheme for shareholders or any other circumstances related to the corporate group structure, e.g. coordination, organisation or customer relationship aspects, costs, local preferences and overall business strategy, only.

ii. Substance test

The substance test is met when the foreign company maintains a business in its country of residency that is adequately equipped for the company's business purpose. This includes skilled staff, premises and technical means of communication. Furthermore, it must be documented that it physically exists. Indication for such physical existence could be the following:

1. Local employment of both management and other staff to perform business activities;
2. Such staff is adequately skilled and qualified to perform the tasks assigned to the company at their responsibility and without supervision;
3. Management meetings are held locally and a majority of the local residents are appointed as managing directors;
4. Communication facilities such as computer, fax, telephone are available for the personnel of the company;
5. Appearance of the company with homepage, name plates, business cards, letterhead, bank account and mail box;
6. The business transactions are at arm's length.

In practice, the demonstration of sufficient substance depends on facts and circumstances, e.g. on the number of qualified employees needed to perform the business functions and activities of the respective company should be determined. Likewise, the offices and communication facilities should have a real function and should not be held for formal reasons only.

While the business reason test and substance test are – according to the wording of the law – independent from each other, a certain overlapping is to be noted: without proper substance at least aimed at, a sufficient demonstration of any business reason brought forward will be difficult, and vice versa.

3.3. *Listed companies/Investment companies*

Like its predecessor, the revised 50d-3 does not apply to companies listed on a qualifying stock exchange or can be considered a qualifying investment fund.⁸ For listed companies, their main share classes should be substantially and regularly traded at a recognised stock exchange. Also, according to the Decree, this applies regardless of the number of interposed companies, if

- (i) at least one of these companies is listed at the stock exchange and;
- (ii) the interposed companies are entitled to relief according to a DTT or an EU directive.

⁸ 50d-3, fifth sentence. A recognized stock exchange means an organized market as defined in §2 (5) of the German Securities Trading Act (WpHG) and comparable markets located outside the European Union and the European Economic Area. A qualifying investment fund means a company as defined in § 2(5) German Investment Act or a company comparable to it.

3.4. *Procedural and de minimis rules*

To obtain a reduction of the domestic WHT rate, an application has to be filed with the Federal Tax office. That can be done to obtain a reduction or exemption at source, or to apply for a refund procedure.

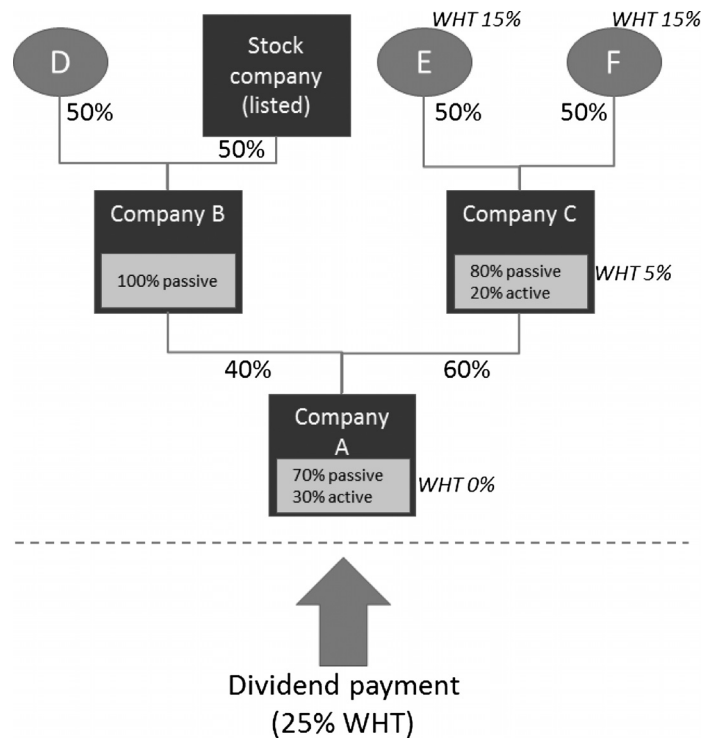
When filing for either an exemption or refund procedure, the Decree gives guidance on what should be viewed as the income of the relevant fiscal year. For the procedure exemption at source, the year in which the application for WHT relief is filed, is the relevant fiscal year and decisive for determining the ratio of active to passive income. By contrast, for the refund procedure, it is the financial year in which the relevant payment was made. When no financial statements are available for the financial year in questions, the statements of the previous financial year should be used.

The Decree also provides for a de minimis rule. Under that rule, shareholders do not have to report changes in the ratio of good income (i.e. no recalculation of the WHT relief), provided that:

1. Any reduction in the relevant proportion is less than 30% of the proportion at the time the exemption certificate was granted.
2. A change of (in) direct shareholders is less than 20%, unless such a change results in a shareholding below the minimum shareholding; or mentioned in an EU directive or tax treaty.

b. Numerical example

The figure below outlines the different tests and how they should be applied in case of a dividend distribution.



Result:

	Dividend amount	WHT rate	WHT
Directly eligible for full relief	30	0	0
Indirectly eligible for full relief [SC] (50% x 40% x 70%)	14	0	0
Indirectly eligible for partial relief [C] (20% x 60% x 70%)	8,4	5%	0,42
Indirectly eligible for partial relief [E&F] (80% x 60% x 70%)	33,6	15%	5,04
No relief [D] (50% x 40% x 70%)	14	25%	3,5
Total WHT			8,96
<i>Solidarity surcharge</i>			<i>0,1925</i>

4. EU Law

The German government presented the revised 50d III to the European Commission up-front to ensure that the new wording would be in line with EU law. It is unclear on what basis the EU Commission confirmed this.⁹ Therefore, there is still debate in German literature whether the new provision will stand when presented before ECJ.

While EU law as such does not prohibit EU-member states to introduce specific anti-abuse legislation, such anti-abuse legislation should be aimed at wholly artificial arrangements. Moreover, evidence at the contrary should be possible.¹⁰

In the Decree, a reference is also made to the ECJ Cadbury Schweppes case, where “the interposition of a company resident in another EU member State is only justified if the company actively participates in the market of the other EU Member State within the scope of its normal business activities on a permanent and sustained basis”.¹¹ One could debate whether the citation actually reflects what

⁹ Lüdicke, ISTR 2012, 84.

¹⁰ *supra* note 4.

¹¹ § 5.1 of the Entlastigungsberechtigung ausländischer Gesellschaften (§ 50d Abs 3. EstG.).

the ECJ ruled in the Cadbury Schweppes case.¹² In our view that is not the case - the Cadbury Schweppes Case ruled that the restriction of European Freedoms (in that case the freedom of establishment) can only be justified if that provision had the objective to prevent creation of wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality.¹³ As mentioned above, applying the view of the German government could therefore mean that relief of WHT can be partially withheld due to the fact that a company has passive income. This is in our view not proportional and cannot be justified with the argument that it is aimed at preventing abuse. In other words, the Cadbury Schweppes doctrine is not correctly applied.¹⁴

5. Summary

In short, following the change of article 50d-3 ITA, the German anti-treaty shopping rules have become more complicated. The legal uncertainty and administrative burden resulting from this new provision, make it difficult to apply in practice for all parties involved, but leave especially the tax payer in a cumbersome place.

This is especially the case now that WHT may be applied on German source income even though this income itself qualifies as active and the foreign company has – in total – substantial active income as relief is now only granted on a pro rata basis (ratio of active income to total income). In our view, the pro rata approach is a clear violation of the purpose of the regulation: if there is sufficient nexus between German source income and the business activities of the recipient company, a 100% relief should be granted. Other income of the recipient should not be able to influence that. Finally, the pro-rate approach is – in our view – not in line with EU law.

12 See Andreas Kempf and Emma Moesle, The revised German anti-treaty shopping provisions – A critical view, *Bulletin for International Taxation*, August 2012, page 397-399.

13 ECJ Cadbury Schweppes, at paragraph 53-55.

14 See also Birker, BB 2012, 1964, Lüdicke, IStR, 2012, 84, Kempf/Moesle, *Bulletin for International Taxation* August 2012, 398-399. For a different opinion, we refer to Musil, FR 4/2012, 152-153.

Vestiging en substance vanuit EU-rechtelijk perspectief

Prof. mr. F.P.G. Pötgens en mr. M.J.E. Straathof¹

1. Inleiding

In deze bijdrage wordt ingegaan op de EU-rechtelijke voorwaarden die aan vestiging in de zin van artikel 49 en 54 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: “VWEU”) worden gesteld. Artikel 49 en 54 VWEU behelzen het recht op vrije vestiging van, onder meer, vennootschappen. Dit recht van vrije vestiging is ook van belang voor in Nederland gevestigde houdster- en tussenhoudstervenootschappen.

Nagegaan wordt welke voorwaarden het EU-recht stelt aan vestiging in de zin van artikel 49 en artikel 54 VWEU en met name aan de materiële aspecten daarvan. In het kader van deze bijdrage wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de impact van die voorwaarden voor houdster- en tussenhoudstervenootschappen. Hierbij wordt mede in aanmerking genomen dat de activiteiten van een (tussen)houdstervenootschap in voorkomende gevallen beperkt kunnen zijn, zeker indien zij zich beperken tot, bijvoorbeeld, het houden of beheren van een gering aantal deelnemingen. Sommige EU-lidstaten bekijken de Nederlandse houdster- en tussenhoudstervenootschappen met argusogen en zullen trachten het gebruik van (bepaalde) Nederlandse houdstervenootschappen als misbruik aan te merken. Zij zouden daardoor, bijvoorbeeld, niet bereid kunnen zijn zekere voordelen toe te kennen met betrekking tot inkomensstromen van en aan die houdstervenootschappen.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: “HvJ EU”) inzake de vraag of en wanneer misbruikbestrijding een belemmering of discriminatie van de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU) kan rechtvaardigen, werpt ook een licht op de eisen die aan vestiging worden gesteld en bewerkstelligt daar tevens een zekere interactie mee.² Derhalve wordt de jurisprudentie van het

1 Beide auteurs zijn werkzaam bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam. Prof. mr. F.P.G. Pötgens is tevens hoogleraar in het Internationale en Europese Belastingrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel en Ondernemingsrecht van die universiteit. Deze bijdrage is mede gebaseerd op M.J.E. Straathof, *Belastingverdragen en volstrekt kunstmatige constructies bij winstverschuiving in concernverband*, Universiteit Leiden, 2013, Hoofdstuk III.

2 Hierbij wordt uitgegaan van de “decision tree” die het HvJ EU hanteert bij de toetsing van een eventuele strijdigheid van een nationale maatregel met de verkeersvrijheden, waarbij alleen die onderdelen aan de orde komen die de vereisten van vestiging beïnvloeden. Deze beslisboom wordt helder weergegeven in L. Hinnekens, *Europese Unie en directe belastingen*, Larcier, Brussel, 2012, p. 299. Dit toetsingsschema houdt in dat eerst vastgesteld wordt of er toegang is tot het VWEU doordat aan de eisen van één van de verkeersvrijheden is voldaan. Als dat het geval is, wordt vervolgens getoetst of de nationale maatregel de verkeersvrijheden beperkt of

HvJ EU in de beschouwing betrokken voor zover zij duidelijkheid verschaft met betrekking tot de vereisten die aan vestiging worden gesteld om toegang te krijgen tot het EU-recht³ (paragraaf 3), een dochtervennootschap op te richten in een andere EU lidstaat en (in objectieve zin) een afdoende basis te vormen geen misbruik aan te nemen in de zin van mogelijke rechtvaardigingsgronden (paragraaf 4). Eerst wordt een aantal meer algemene opmerkingen gemaakt over de vrijheid van vestiging (paragraaf 2). Deze bijdrage wordt besloten met een conclusie (paragraaf 5).

Artikel 8, lid 5, Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen juncto artikel 3a Uitvoeringsbesluit internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (hierna: “Uitv. besl. IBB”) leggen aan dienstverleningslichamen substance-voorwaarden op.⁴ Deze voorwaarden gelden in beginsel niet voor houdstervennootschappen (artikel 3a, lid 1 en 2, Uitv.besl. IBB) en komen in het navolgende niet aan de orde.⁵ Voor een nadere bespreking van deze voorwaarden verwijzen wij naar de bijdrage van Van der Stok.

terzake daarvan een discriminatie oplevert, waarna bij positieve beantwoording onderzocht wordt of die beperking of discriminatie te rechtvaardigen is. Bij de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond wordt voorts bepaald of de nationale maatregel geschikt en noodzakelijk is het met de maatregel beoogde doel te bereiken. Zie voor een voorbeeld van een arrest waarin het HvJ EU dit toetsingsschema vrij duidelijk volgt, HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94, Gebhard, r.o. 37.

- 3 Overigens kan het misbruikconcept hierbij ook een rol spelen. Als uitgangspunt geldt hierbij dat (vermeend) misbruik niet inhoudt dat geen gebruik kan worden gemaakt van het vrije verkeer, waaronder de vrijheid van vestiging. In de jurisprudentie kiest het HvJ EU ervoor kunstmatige constructies (waaronder U-bocht constructies) toch onder het personele bereik van het EU-recht te brengen waarna het tegengaan van misbruik als rechtvaardigingsgrond kan worden aanvaard mits het afdoende proportioneel is; vgl. HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-23/93, TV10, HvJ EG 9 maart 1999, zaak C-212/97, Centros, HvJ EG 3 december 1974, zaak 33/74, Van Bindsbergen, HvJ EG 3 februari 1993, zaak C-148/91, Veronica, HvJ EG 7 februari 1979, zaak 115/78, Knoors en HvJ EG 10 januari 1985, zaak 229/83, Leererc; zie ook. Hinnekens, t.a.p., p. 261 en 262, alsmede D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht, Europees Belastingrecht*, Deventer: Kluwer, Digitaal, Hfst. V, para. 5.0.2.A. Met name uit het TV10-arrest wordt regelmatig afgeleid dat de toegang tot het EU-recht is uitgesloten indien een belastingplichtige misbruik maakt van het EU-recht. Met J.J.A.M. Korving, *Misbruik en primair EU-recht*, TFO 2013, nr. 125/3, onderdeel 2 zijn wij van mening dat het HvJ EU ook in dat arrest en ondanks de constatering van een U-bocht toch tot het oordeel kwam dat er toegang bestond tot het VWEU hetgeen reeds bleek uit de vaststelling van het HvJ EU dat de weigering van de licentie voor de Luxemburgse omroepinstelling in beginsel een inbreuk op het vrije dienstenverkeer vormde; hieraan kan enkel worden toegekomen indien de vraag over toegang tot het VWEU bevestigend is beantwoord.
- 4 Een definitie van dienstverleningslichamen is opgenomen in artikel 3a, lid 1, Uitv. besl. IBB. Een en ander is aangekondigd in de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 30 augustus 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 25 870, nr. 60 en nader uitgewerkt in Wetsvoorstel, *Overige fiscale maatregelen 2014*, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 753. Zie in dit verband ook het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3101, V-N 2014/32.5.
- 5 Dat zou slechts anders kunnen zijn indien de houdstervennootschap naast houdsterfuncties in een jaar hoofdzakelijk dienstverleningsfuncties verricht als bedoeld in artikel 3a, lid 1, Uitv. besl. IBB. In de brief van 30 augustus 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 25 870, nr. 60 heeft de Staatssecretaris van Financiën wel aangegeven dat het APA/ATR-team verzoeken om een ruling voor een houdstermaatschappij alleen in behandeling zal nemen wanneer het concern waarbinnen deze vennootschappen opereren voldoende band heeft met Nederland; vgl. ook M.M. Wieringa en A.J. Secker, *Inhoudingsplicht voor coöperaties – een nadere analyse*, WFR 2014/221, onderdeel 2.2.2. Van ‘een voldoende band’ is sprake indien het concern een reële aanwezigheid heeft in Nederland ten tijde van het verzoek of het voornemen heeft haar te gaan realiseren. Van reële aanwezigheid kan, bijvoorbeeld, worden gesproken wanneer is voldaan aan de eisen die gelden voor dienstverleningslichamen; zie ook N. E. Vis, *Informatieverplichtingen voor dienstverleningslichamen. Oude wijn in nieuwe zakken?* MBB 2014, nr. 3, p. 97. Inmiddels heeft de Staatssecretaris van Financiën in zijn Besluit van 3 juni 2014, DGB 2014/3099, V-N 2014/32.4 aangegeven dat wat betreft internationale houdsterstructuren slechts een ATR zal worden afgegeven, indien wordt voldaan aan (i) de in de bijlage genoemde eisen van reële aanwezigheid, (ii) de groep operationele activiteiten heeft in Nederland of (iii) concrete plannen heeft hier tot operationele activiteiten te komen (vergelijk tevens aantekening Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2014/32.4).

2. Personele reikwijdte van de vrijheid van vestiging

De vrijheid van vestiging omvat een verbod op beperkingen van primaire vestiging en secundaire vestiging voor onderdanen. Onder primaire vestiging moet de situatie worden verstaan dat een onderdaan zich in een andere lidstaat vestigt zonder dat hij in de lidstaat van oorsprong een onderneming heeft opgericht die verband houdt met de vestiging in de lidstaat van ontvangst, of als dat wel het geval is, dat er niets van die onderneming achterblijft in de lidstaat van oorsprong (artikel 49, eerste volzin, VWEU).⁶ Bij secundaire vestiging is de onderdaan in de lidstaat van oorsprong gevestigd en richt hij in een andere lidstaat een agentschap, filiaal of dochteronderneming op (artikel 49, tweede volzin, VWEU).⁷

Daarnaast omvat de vrijheid van vestiging de oprichting en het beheer van ondernemingen (artikel 49, tweede alinea, VWEU).⁸ Bij de afbakening van de vrijheid van vestiging ten opzichte van het vrije verkeer van kapitaal (artikel 63 VWEU) heeft het HvJ EU in het Baars-arrest vastgesteld dat de oprichting en het beheer van ondernemingen onder het bereik van de vrijheid van vestiging valt, indien:

*“een onderdaan van een lidstaat een deelneming in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap houdt, die hem een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent, dat hij de activiteiten ervan kan bepalen.”*⁹

Het uitblijven van beslissende invloed in de betreffende onderneming brengt de oprichting of het beheer van de onderneming aldus onder het bereik van het vrije verkeer van kapitaal. Door middel van de schakelbepaling in artikel 54 VWEU

6 Hinnekens, t.a.p., p. 370.

7 Deze opsomming van vestigingsmogelijkheden is volgens Wouters (en de Man) niet limitatief aangezien ook andere vormen van ondernemingsconcentratie of –expansie door de Europese Commissie en het HvJ EU niet lijken te worden uitgesloten; zie J. Wouters en P. de Man, EC Law and Residence of Companies, in: G. Maisto (red.), Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law, Amsterdam: IBFD 2009, p. 63; J. Wouters, Het Europese vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken: een onderzoek naar de grondslagen, draagwijdte en begrenzingen van de vrijheid van vestiging van ondernemingen in de Europese Unie, Leuven: 1996, p. 183 en J. Wouters, Over vennootschappen, verwijzingsregels en vrijheid van vestiging, TRV 1991, p. 466-498. Het HvJ EU acht de rechtsvorm van de secundaire vestiging niet van belang, zo volgt uit HvJ EU 13 mei 2014, zaak C-131/12, Google, r.o. 49 (in het kader van de uitleg van richtlijn 95/46).

8 Tot dusver heeft het HvJ EU alleen de oprichting en het beheer van een dochtervennootschap waarin het concern beleidsbepalende zeggenschap heeft door middel van deelname in het aandelenkapitaal als afzonderlijke vestigingshandeling aangemerkt. Wouters 1996, t.a.p., p. 201 stelt dat een dochtervennootschap op grond van daadwerkelijke controle gelijkgesteld kan worden met een agentschap of bijkantoor, vanuit het oogpunt van economische realiteit en doel en strekking van artikel 49 VWEU. Aldus zou tevens kunnen worden aangevoerd dat ook bij de oprichting van een agentschap of bijkantoor op grond van het zeggenschaps criterium een vestigingshandeling voorhanden is. Overigens biedt de tot heden gewezen jurisprudentie, althans voor zover wij konden nagaan, daarvoor geen aanwijzingen.

9 HvJ EG 13 april 2000, zaak C-251/98, Baars, r.o. 22. Het HvJ EU gebruikt dit zeggenschaps criterium om zowel een feitelijke situatie als een nationale maatregel onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging te brengen. In het Baars-arrest, bijvoorbeeld, wordt in een feitelijke situatie getoetst of sprake is van beslissende invloed op grond van aandeelhouderschap. In het later gewezen Cadbury Schweppes-arrest (HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes) en het Thin Cap Group Litigation-arrest (HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-542/04, Thin Cap Group Litigation) toetst het HvJ EU echter of de nationale maatregel die in het geding is van toepassing is op deelnemingen waarmee beleidsbepalende invloed wordt verkregen. In het Oy AA-arrest (HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-231/05, Oy AA, r.o. 20) wordt vervolgens weer aangesloten bij de feitelijke situatie in welk verband tevens wordt verwezen naar zowel het Baars-arrest als het Cadbury Schweppes-arrest.

kunnen vennootschappen als onderdaan aangemerkt worden – en aldus onder het bereik van de vrijheid van vestiging komen – indien zij in overeenstemming met het recht van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Europese Unie hebben.¹⁰

3. Materiële reikwijdte van de vrijheid van vestiging

3.1. Criteria voor de vrijheid van vestiging

Om gebruik te kunnen maken van het recht van vrije vestiging moet uiteraard sprake zijn van een ‘vestiging’. Het HvJ EU heeft in zijn jurisprudentie nader invulling gegeven aan het begrip ‘vestiging’; het VWEU geeft enkel een opsomming van een aantal vestigingswijzen (artikel 49, tweede alinea, VWEU). In het Factortame II-arrest merkt het HvJ EU in dat verband op:

*“dat het begrip vestiging in de artikelen (...) [49 en volgende VWEU] inhoudt, dat daadwerkelijk een economische activiteit wordt uitgeoefend door middel van een duurzame vestiging voor onbepaalde tijd in een andere lidstaat.”*¹¹

Met betrekking tot vestiging kan een aantal karakteristieken worden onderkend:

- (i) Vestiging vereist een duurzame vestiging, waarmee bedoeld wordt op een “vaste materiële installatie”.¹² Daar kan al sprake van zijn indien een bureau aanwezig is dat beheerd wordt door personeel van, bijvoorbeeld, de vennootschap of onderneming of door een door de vennootschap of onderneming gemachtigde persoon;¹³
- (ii) De vestiging moet voor onbepaalde tijd zijn, dat wil zeggen blijvend en niet in de tijd beperkt. Dit laatste criterium dient met name ter afbakening van het vrije verkeer van diensten (artikel 56 VWEU en verder);¹⁴ het verschil is dat het bij

¹⁰ Zie uitgebreid D.M. Weber, Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden. Een onderzoek naar de Europees-rechtelijke grenzen van de bestrijding van belastingontwijking (academische dissertatie), Deventer: Kluwer, 2003, p. 39-43.

¹¹ HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-221/89, Factortame II, r.o. 20. Het Factortame II-arrest betrof *quota hopping* door Spaanse vissers en de Britse maatregelen daartegen bestaande uit ‘nationalistische’ voorwaarden voor registratie van vissersvaartuigen in het Verenigd Koninkrijk. De enkele registratie van een vaartuig, zonder enig ander economisch aanknopingspunt met de lidstaat van beoogde registratie kan onvoldoende zijn om te kunnen spreken van vestiging in de zin van het VWEU; vgl. conclusie A-G Wattel, 14 juli 2004, BNB 2005/234, punt 6.3.

¹² Zie ook HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-221/89, Factortame II, r.o. 20; HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94, Gebhard, r.o. 28; HvJ EG 12 december 1996, zaak C-3/95, Broede, r.o. 21; R. Barents en L.J. Brinkhorst, Grondlijnen van Europees recht, Deventer: Kluwer, 2012, p. 514; Wouters 1996, t.a.p., p. 165 en Weber 2003, t.a.p., p. 47 e.v.

¹³ HvJ EG 4 december 1986, zaak 205/84, Commissie/Duitsland, r.o. 21. Zie verder Wouters 1996, t.a.p., p. 165 en Weber 2003, t.a.p., p. 47-48.

¹⁴ Zie uitgebreid Barents en Brinkhorst, t.a.p., p. 514 en 515; Wouters 1996, t.a.p., p. 166 en Weber 2003, t.a.p., p. 48.

vestiging om een permanente en bij dienstverlening om een tijdelijke activiteit gaat (zie ook artikel 57, laatste volzin VWEU);¹⁵

- (iii) De vestiging dient op het grondgebied van een andere lidstaat plaats te vinden, dat wil zeggen, zij dient derhalve grensoverschrijdend te zijn. Het grensoverschrijdende karakter van vestiging volgt reeds uit de letterlijke tekst van artikel 49 VWEU en past tevens bij het uitgangspunt dat louter interne situaties niet onder het bereik van het Unierecht vallen,¹⁶ maar onder dat van het nationale recht.¹⁷ Voor het vereiste grensoverschrijdende karakter van de economische activiteit benadrukt het HvJ EU in het N-arrest de omstandigheid dat de woon- of vestigingsstaat van de aandeelhouder en de staat waar de economische activiteit wordt uitgeoefend (in casu de staat waar de vennootschap is gevestigd waarin een zodanige beslissende invloed kan worden uitgeoefend op haar besluiten dat haar activiteiten kunnen worden bepaald) van elkaar verschillen.¹⁸ Het HvJ EU gaat derhalve uit van de situatie zoals die bestaat na de emigratie van N voor de beoordeling of zij onder de materiële reikwijdte van de vrijheid van vestiging valt.¹⁹ Een vergelijkbare attitude kan worden onderkend in enige arresten die zijn gewezen op het gebied van het vrije verkeer van werknemers (artikel 45 VWEU).²⁰ In het eerder genoemde Werner-arrest²¹ leek het HvJ EU meer de nadruk te leggen op de vraag of de persoon die de verdragsvrijheid wenste in te roepen zijn economische activiteit had verplaatst (waar een loutere wijziging van de woonplaats niet aan voldoet),²² en
- (iv) Tot slot is vereist dat een daadwerkelijke economische activiteit wordt uitgeoefend in de ontvangtsstaat. In de jurisprudentie van het HvJ EU die betrekking heeft op (de vrijheid van) vestiging is het criterium van de ‘daadwerkelijke economische activiteit’ niet verder ingevuld. Uitgangspunt is

15 Vgl. tevens HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94, Gebhard, r.o. 39; HvJ EG 17 december 1981, zaak C-279/80, Webb, r.o. 16 en HvJ EG 29 april 2004, zaak C-171/02, Commissie/Portugal, r.o. 22 en 23. Overigens dient hierbij te worden aangetekend dat door de sterk toegenomen fysieke en elektronische mobiliteit het onderscheid tussen het tijdelijk en permanent verrichten van activiteiten in een andere lidstaat is vervaagd; Barents en Brinkhorst, t.a.p., p. 516.

16 Zie voor een voorbeeld van een dergelijke interne situatie waardoor geen beroep op de vrijheid van vestiging openstond; HvJ EG 26 januari 1993, zaak C-112/91, Werner.

17 Staten hebben immers niet al hun soevereiniteit opgegeven bij het aangaan van de Europese Unie. Zie uitgebreider Wouters 1996, t.a.p., p. 180 e.v.; Weber 2003, t.a.p., p. 48 e.v.; Weber, Kluwer, Digitaal, t.a.p., para. 5.0.5.

18 HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04, N, r.o. 28. Het is overigens opvallend dat het HvJ EU in dit verband geen aandacht besteedde aan de omstandigheid dat de feitelijke vestigingsplaats van de Nederlandse BV's waarvan N enig aandeelhouder was gelijktijdig met zijn emigratie naar het Verenigd Koninkrijk werd verplaatst naar Curaçao. Immers de vrijheid van vestiging is niet van toepassing op Landen en Gebieden Overzee (LGO's) zoals Curaçao (zie over de positie van de voormalige Nederlandse Antillen als LGO, tevens HvJ EU 5 juni 2014, zaak C-24/12 en zaak C-27/12, X BV). Blijkbaar was de vrijheid van vestiging in het N-arrest van toepassing vanwege de enkele grond dat de BV's naar Nederlands recht waren opgericht en derhalve als vennootschappen in de zin van artikel 54 VWEU moesten worden aangemerkt. Vgl. ook S. Douma, N - Appels plukken in het VK en geplukt door de belastingdienst, in: Vrij verkeer van personen in 60 arresten, Deventer: Kluwer 2012, p. 289 en 290.

19 Barents en Brinkhorst, t.a.p., p. 479 stellen dat door de uitlegging van de vier vrijheden als belemmeringsverboden het element van de daadwerkelijke grensoverschrijding naar de achtergrond is gedrongen.

20 HvJ EG 18 oktober 2008, zaak C-527/06, Renneberg; HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-212/05, Hartmann en HvJ EG 11 september 2007, zaak C-287/05, Hendrix.

21 HvJ EG 26 januari 1993, zaak C-112/91, Werner.

22 F.P.G. Pötgens, Renneberg - De zoektocht van een grensambtenaar naar grensoverschrijdende hypotheekrenteaftrek, in: Vrij verkeer van personen in 60 arresten, Deventer: Kluwer 2012, p. 382.

dat de economische activiteiten anders dan in loondienst plaatsvinden.²³ Door middel van een vergelijking van jurisprudentie op verschillende Europeesrechtelijke terreinen, te weten het vrije verkeer, het mededingingsrecht en de BTW, kan voorts tot een invulling van het begrip ‘economische activiteit worden gekomen waarbij het erop aankomt dat de activiteit enkel is gesteund op de gedachte van een economische tegenprestatie (*quid pro quo*), al of niet direct, in geld of in natura.²⁴ Het wel of niet hebben van een winstoogmerk is in dit verband dan niet relevant.²⁵

De toevoeging van ‘daadwerkelijk’ aan ‘economische activiteit’, zo blijkt uit de jurisprudentie die het HvJ EU heeft gewezen met betrekking tot het vrije verkeer van werknemers (artikel 45 VWEU), benadrukt dat het om een reële en daadwerkelijke activiteit moet gaan (kunstmatigheidsstoets) en dat de werkzaamheden niet van zo’n geringe omvang mogen zijn dat zij slechts marginaal en bijkomstig blijken (substancetoets).²⁶ Nu het vrije verkeer van werknemers op dezelfde beginselen is gebaseerd als de vrijheid van vestiging, ook wat betreft de toegang, kan voor het recht van vestiging bij deze uitleg worden aangesloten.²⁷

Wat betreft passieve activiteiten is het onduidelijk in hoeverre die een daadwerkelijke economische activiteit kunnen vormen. Uit het Gebhard-arrest volgt dat vestiging in de zin van artikel 49 VWEU een zeer ruim begrip is, wat als een aanwijzing kan worden opgevat dat meer passieve activiteiten ook als daadwerkelijke economische activiteiten zouden kunnen worden aangemerkt.²⁸ In het Daily Mail-arrest werd het openen van een kantoor in de ontvangststaat voor het beheer van beleggingen aangemerkt als secundaire vestiging in de zin van artikel 49 VWEU, waarbij wel moet worden opgemerkt dat het beheer voor derden werd verricht.²⁹ Het ging dus om een daadwerkelijke deelname aan het economische verkeer in een lidstaat waarvoor een tegenprestatie werd verkregen. Uit dit arrest zou kunnen worden afgeleid dat enkel passieve activiteiten die niet vergezeld gaan van dienstverrichting niet als daadwerkelijke economische activiteit zijn aan te merken.³⁰

Ter illustratie kan ook worden verwezen naar de uitspraak van het Gerechtshof ’s-Gravenhage van 18 maart 2003³¹ die uiteindelijk in cassatie heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 13 mei 2005, nr. 39 613, BNB 2005/234. Het betrof de strafheffing in de vennootschapsbelasting die kan worden opgelegd bij de

23 Artikel 49, tweede alinea, VWEU, hetgeen blijktens het Jany-arrest inhoudt: “de activiteit die een persoon zonder gezagsverhouding uitoefent” (HvJ EG 20 november 2001, zaak C-268/99, Jany, r.o. 34).

24 Ontleend aan Wouters 1996, t.a.p., p. 125.

25 Weber 2003, t.a.p., p. 24 en 44.

26 HvJ EG 23 maart 1982, nr. 53/81, Levin, r.o. 17; HvJ EG 20 mei 1992, zaak C-106/91, Ramrath, r.o. 17 en HvJ EG 27 juni 1996, zaak C-107/94, Asscher, r.o. 29.

27 HvJ EG 27 juni 1996, zaak C/107/94, Asscher, r.o. 29; Weber 2003, t.a.p., p. 44 en Wouters 1996, t.a.p., p. 177.

28 HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94, Gebhard, r.o. 25.

29 HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, Daily Mail, r.o. 6 en 17.

30 Zie ook L. de Broe, *International tax Planning and Prevention of Abuse. A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies*, Amsterdam: IBFD 2007, p. 847.

31 18 maart 2003, nr. 01/1905, V-N 2003/22.2.4.

emigratie van een pensioen-BV (artikel 23a Wet op de vennootschapsbelasting 1969; “Wet Vpb 1969”).³² De Hoge Raad kwam tot het oordeel dat deze strafheffing niet in overeenstemming was met de goede trouw die Nederland jegens België in acht moest nemen bij de interpretatie en toepassing van het voormalige belastingverdrag met België (en dan met name het pensioenartikel van dat verdrag dat het heffingsrecht over pensioenuitkeringen exclusief toeweest aan de woonstaat van de pensioengerechtigde). Zodoende kwam de Hoge Raad niet meer toe aan de relatie tussen deze strafheffing (artikel 23a Wet Vpb 1969) en de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU). Volgens de Staatssecretaris van Financiën was in dezen geen sprake van een grensoverschrijdende economische activiteit. Het Gerechtshof 's-Gravenhage ging wel op deze vraag in. Het kwam onder verwijzing naar het eerdergenoemde Factortame II-arrest tot het oordeel dat in casu sprake was van een daadwerkelijke en reële economische activiteit ondanks het feit dat de betreffende BV passief een pensioenverplichting beheerde jegens (het gezin van) haar aandeelhouder en eigen vermogen. Deze activiteiten waren afdoende om haar toegang te verschaffen tot het VWEU en de daarin neergelegde vrijheid van vestiging.³³

Een verdere illustratie van het feit dat de toets die wordt aangelegd om onder de materiële reikwijdte van de vrijheid van vestiging te geraken wat betreft de aard en omvang van de activiteiten vrij licht is, biedt het National Grid-arrest.³⁴ Hoewel de enige activiteit van National Grid Indus BV bestond uit het aanhouden en het beheer van een vordering op haar in het Verenigd Koninkrijk gevestigde grootmoedervenootschap was er sprake van een afdoende daadwerkelijke economische activiteit zowel voor als na de verplaatsing van haar werkelijke leiding naar het Verenigd Koninkrijk. Daarmee was er tevens toegang tot artikel 49 VWEU. Het HvJ EU is overigens niet meer expliciet op dit aspect ingegaan en het heeft zich in

32 Deze strafheffing is verschuldigd indien de pensioengerechtigde in privé emigreert (in casu de directeur/groootaandeelhouder) waarna op een later tijdstip de werkelijke leiding van de pensioen-BV (waar het pensioen van de betreffende directeur/groootaandeelhouder was ondergebracht) eveneens werd verplaatst naar een andere jurisdictie (in casu België). Alsdan werd de pensioen-BV geconfronteerd met een heffing in de vennootschapsbelasting tegen een tarief van thans 52% (dat is afgestemd op het hoogste tarief dat voor de inkomstenbelasting geldt) over de waarde van de betreffende pensioenaanspraak in het economische verkeer (de pensioen-BV was niet langer aan te merken als een toegelaten verzekeraar). Voor 1 januari 2001, waar ook BNB 2005/234 op zag, viel de emigratie van een pensioenlichaam in beginsel onder de reikwijdte van artikel 23a Wet Vpb 1969 indien op dat moment de pensioengerechtigde geen binnenlandse belastingplichtige meer was voor de inkomstenbelasting; het pensioenlichaam was dan geen toegelaten pensioenuitvoerder meer. Vanaf 1 januari 2001 zijn de vereisten die artikel 19a Wet op de loonbelasting 1964 (“Wet LB 1964”) voor toegelaten verzekeraars stelt, versoepeld waarbij het, mede vanuit EU-rechtelijk perspectief, is toegestaan dat elders in de EU gevestigde directiepensioenlichamen een toegelaten verzekeraar zijn in de zin van artikel 19a, lid 1, onderdeel e, Wet LB 1964. Desalniettemin kan ook onder het huidige artikel 23a, lid 1, Wet Vpb 1969 de zetelverplaatsing van een pensioenlichaam als bedoeld in artikel 19a, lid 1, onderdeel d, Wet LB 1965 tot de betreffende strafheffing leiden indien de pensioengerechtigde op dat moment geen binnenlandse belastingplichtige meer is aangezien alsdan niet langer wordt voldaan aan het vereiste dat het lichaam de pensioenverplichting tot het binnenlandse ondernemingsvermogen rekent (een vereiste dat ook geldt voor de elders in de EU gevestigde directiepensioenlichamen); zie ook artikel 18, lid 1, onderdeel c, juncto artikel 19a, lid 1, onderdeel e, Wet LB 1964.

33 In dezelfde zin de Conclusie A-G Wattel, 14 juli 2004, gepubliceerd in BNB 2005/234, punt 6.6. Volgens Wattel is er evenzeer sprake van een daadwerkelijke en reële economische activiteit ook al wordt vrijwel uitsluitend belegd in de (consumptie van) de aandeelhouder van de betreffende pensioen-BV en in diens woonhuis en (ex-)maatschap.

34 HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10, National Grid.

dit verband aangesloten bij de (feitelijke) vaststellingen van de verwijzende rechter (in casu Gerechtshof Amsterdam).³⁵

Het HvJ EU eist dus dat er daadwerkelijke economische activiteiten worden uitgeoefend in de lidstaat van ontvangst. In zijn arrest van 20 februari 2009, BNB 2009/261 (emigratie van een aanmerkelijk belanghouder naar de VS) oordeelde de Hoge Raad aangaande de afbakening tussen het in artikel 63 VWEU vervatte vrije verkeer van kapitaal (dat derdenwerking heeft en dus ook in de relatie tot de VS toepassing kan vinden) en de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU) dat de omvang van de activiteiten in de lidstaat van ontvangst geen rol speelt bij het bepalen van de toepasselijkheid van de vrijheid van vestiging. Het feit dat de aandeelhouder de activiteiten van de vennootschap kan bepalen maakt al dat voldaan is aan de toepassingsvoorwaarden voor de vrijheid van vestiging.³⁶ In BNB 2009/261 was echter de vraag aan de orde naar de mogelijke toepasselijkheid van de vrijheid van vestiging (in relatie tot het vrije verkeer van kapitaal dat derdenwerking heeft). Het betrof dus enkel een afbakeningsvraag. In BNB 2009/261 was er daarom geen noodzaak aandacht te besteden aan de omstandigheid of een uitoefening van daadwerkelijke activiteiten voorhanden was.³⁷ In het reeds aangehaalde N-arrest stelde het HvJ EU echter voorop dat een onderdaan van een lidstaat die enig aandeelhouder is van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap – en derhalve een zodanige invloed heeft op de besluiten van de vennootschap, dat hij de activiteiten daarvan bepalen – binnen de materiële werkingssfeer van de vrijheid van vestiging valt.³⁸ Zoals hiervoor is aangegeven, valt de situatie van N zoals die luidt na zijn emigratie onder de werkingssfeer van artikel 49 VWEU.³⁹

3.2. *Geen activiteiten vereist in lidstaat van oorsprong*

Dat de eisen die aan de toepassing van de vestigingsvrijheid worden gesteld relatief gering zijn, volgt eveneens uit Centros-arrest.⁴⁰ Deense onderdanen hadden een

35 Vgl. de uitspraak van Gerechtshof Amsterdam van 15 juni 2010, V-N 2010/35.6 08/00135, en (na beantwoording van de prejudiciële vragen) van 31 mei 2012, 08/00135bis, V-N 2012/46.19. In r.o. 4.9.1 geeft het aan dat het redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar is dat National Grid Indus BV zowel voor als na haar zetelverplaatsing economische activiteiten ontwikkelde en dat zij uit dien hoofde in beginsel toegang heeft tot het recht van vrije vestiging, nu de verplaatsing van haar werkelijke leiding naar het Verenigd Koninkrijk ertoe heeft geleid dat in die staat sprake is van de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging. De BV bezit na haar zetelverplaatsing, aldus het Hof, kantoorruimte in het Verenigd Koninkrijk en drie Engelse directeuren waren aldaar voor de BV werkzaam zijn. Het Hof verwerpt dan ook het standpunt van de inspecteur dat het beheer van een substantiële vordering op een groepsvennootschap als de onderhavige vordering niet de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit vormt.

36 HR 20 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/261, r.o. 3.6.

37 In HR 20 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/261 was sprake van een primaire vestiging door een natuurlijk persoon, die aandeelhouder was van een vennootschap in een andere lidstaat. Dat de aandeelhouder een natuurlijk persoon was maakt voor de toepassing van deze vestigingshandeling echter niet uit aangezien het HvJ EU geen onderscheid lijkt te willen maken tussen primaire en secundaire vestiging.

38 HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04, N, r.o. 27 en 28. Het HvJ EU verwijst in dit verband tevens naar HvJ EG 13 april 2000, zaak C-251/98, Baars, r.o. 22 en 26.

39 Vgl. Douma, t.a.p., p. 289 en 290.

40 HvJ EG 9 maart 1999, zaak C-212/97, Centros. In dezelfde zin de Conclusie A-G Wattel, 14 juli 2004, gepubliceerd in BNB 2005/234, punt 6.7.

vennootschap (Centros Ltd.) opgericht in het Verenigd Koninkrijk om vervolgens een filiaal in Denemarken te openen, enkel met het doel te ontkomen aan de Deense wettelijke vereisten inzake de storting van een minimumbedrag aan maatschappelijk kapitaal. De vennootschap ontplooidde in het Verenigd Koninkrijk geen enkele activiteit. Dat stond een succesvol beroep op het recht van vestiging echter niet in de weg. Het HvJ EU oordeelde dat in een dergelijk geval geen sprake is van misbruik van het recht van vestiging en dat:

*“niet van belang [is], dat de vennootschap in de eerste lidstaat enkel is opgericht met het doel zich te vestigen in de tweede lidstaat, om daar haar voornaamste, zo niet al haar economische activiteiten te ontplooiën”.*⁴¹

Een vennootschap die geen activiteiten uitoefent in de lidstaat van oorsprong kan aldus in een andere lidstaat haar secundaire vestigingsrecht uitoefenen. Voldoende is dat de betreffende vennootschap overeenkomstig artikel 54 VWEU haar statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Europese Unie heeft.⁴² Zodra aan deze eis is voldaan, mogen geen andere voorwaarden worden gesteld.⁴³ De voorwaarde van ‘gevestigd’ zijn wordt dan ook ruim uitgelegd. Ook als een vennootschap alleen haar statutaire zetel in een lidstaat heeft, maar al haar activiteiten uitoefent in een andere lidstaat (pseudo-buitenlandse vennootschap) kan zij zich op het vestigingsrecht beroepen (voor het vestigingsrecht speelt de zogenaamde werkelijke zetelleer dan ook geen rol).⁴⁴ Slechts indien de vennootschap enkel haar statutaire zetel binnen de Europese Unie heeft en de hoofdvestiging of het hoofdbestuur in een derde land is gevestigd, is vereist dat de vestiging in de lidstaat van oorsprong een daadwerkelijke en duurzame band heeft met de economie van een lidstaat.⁴⁵

Toegespitst op (tussen)houdstervenvennootschappen betekent het voorgaande dat een (tussen)houdstervenvennootschap een succesvol beroep op de vrijheid van vestiging kan doen met betrekking tot het oprichten van een secundaire vestiging als zij haar statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Europese Unie heeft – en het hoofdbestuur en de hoofdvestiging niet in een derde land zijn gevestigd (waardoor een daadwerkelijke en duurzame band met de economie van een lidstaat wordt bewerkstelligd). De aanwezigheid – of het gebrek daaraan – van economische activiteiten in de lidstaat van oorsprong is daarbij irrelevant.⁴⁶

41 HvJ EG 9 maart 1999, zaak C-212/97, Centros, r.o. 17.

42 Barents en Brinkhorst, t.a.p., p. 517.

43 HvJ EG 10 juli 1986, zaak 79/85, Segers, r.o. 16.

44 Barents en Brinkhorst, t.a.p., p. 517.

45 HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00, Überseerung, r.o. 75, waarin verwezen wordt naar het Algemene Programma van de Raad van Europa van 15 januari 1962 voor de opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging (PbEG 1962), p. 36. Vgl., zij het in een iets ander verband, HvJ EG 25 juni 1992, zaak C-147/91, Ferrer Laderer, r.o. 9; HvJ EG 3 oktober 2006, zaak C-452/04, Fidium Finanz r.o. 49 en 50; HvJ EG 24 mei 2007, zaak C-157/05, Holböck, r.o. 28 en 29, alsmede Barents en Brinkhorst, t.a.p., p. 517.

46 Weber 2003, t.a.p., p. 54 en De Broe, t.a.p., p. 858 merken naar onze mening terecht op dat het opvallend is dat de persoon die zijn recht van secundaire vestiging uitoefent niet aan de vereisten zoals uiteengezet in het Factortame

3.3. Oprichting en beheer van ondernemingen

Uit paragraaf 2 volgt reeds dat de vrijheid van vestiging tevens de oprichting en het beheer van ondernemingen omvat, mits daarmee beslissende zeggenschap in de dochtervennootschap wordt verkregen. Bij deze vestigingshandelingen lijkt het HvJ EU de daadwerkelijke activiteitsuitoefening niet te toetsen bij de vaststelling van de toepasselijkheid van artikel 49 VWEU.

Naar onze mening ligt in het zeggenschaps criterium echter wel een vereiste van uitoefening van daadwerkelijke activiteiten besloten. Er zou kunnen worden verondersteld dat beslissende c.q. beleidsbepalende invloed die wordt uitgeoefend door de aandeelhouder impliceert dat de onderliggende vennootschap een activiteit entameert. Zonder een dergelijke activiteit valt er immers weinig invloed uit te oefenen en beleid te bepalen.⁴⁷ De omstandigheid dat het HvJ EU het voorhanden zijn van activiteiten niet toetst bij de vaststelling van de toepasselijkheid van artikel 49 VWEU is naar onze mening niet innerlijk tegenstrijdig. Immers, het HvJ EU kan de aanwezigheid van economische activiteiten uiteindelijk wel vaststellen en van belang achten bij de behandeling van de rechtvaardigingsgronden (paragraaf 4 hierna). Participatie in een dochtervennootschap die daadwerkelijk activiteiten verricht of op zijn minst de wens daartoe heeft, ligt weliswaar aan dit criterium van beslissende invloed ten grondslag, maar is pas in een later stadium (althans uitgaande van het toetsingschema dat het HvJ EU hanteert bij het redigeren en het wijzen van zijn arresten; zie paragraaf 1 hiervoor) relevant.⁴⁸

Voor de toegang tot de vrijheid van vestiging is de uitoefening van daadwerkelijke economische activiteiten in de lidstaat van ontvangst door middel van een duurzame vestiging en voor onbepaalde tijd wel van belang, indien geen sprake is van de oprichting en het beheer van een dochtervennootschap in een andere lidstaat.⁴⁹ Bevestiging hiervoor kan worden gevonden in het Factortame II-arrest. Dit arrest betrof (zoals ook kort in paragraaf 3.1 is uiteengezet) de verenigbaarheid van nationaliteitsvoorwaarden verbonden aan de registratie van vissersvaartuigen.

II-arrest hoeft te voldoen – en er dus geen vestiging voorhanden is in de zin van dat arrest – terwijl artikel 49, eerste alinea, tweede volzin die voorwaarde wel lijkt te stellen: “[d]it verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd”. Weber 2003, t.a.p., p. 54 voert als mogelijke verklaring aan dat het HvJ EU geen onderscheid wenst te maken tussen primaire en secundaire vestiging, nu bij primaire vestiging ook niet de eis geldt dat een onderdaan al gevestigd moet zijn in de lidstaat van oorsprong. Dat lijkt een plausibele verklaring te vormen, aangezien, zoals hierna uiteen wordt gezet, het HvJ EU ook op andere punten dan de vestigingsvereisten voor de aandeelhouder primaire en secundaire vestiging op een lijn lijkt te stellen.

47 In dezelfde zin De Broe, t.a.p., p. 849.

48 HvJ EG 23 maart 1982, zaak 53/8, Levin, r.o. 17: “[u]it de formulering van het beginsel van het vrije verkeer van personen en (...) de gehele systematiek van het Verdrag blijkt dat deze bepalingen het vrije verkeer slechts waarborgen aan personen die een bezigheid van economische aard verrichten of wensen te verrichten”. De wens tot het verrichten van een economische activiteit kan dus al voldoende zijn. Dit arrest heeft weliswaar betrekking op het vrije verkeer van werknemers, maar het vrije verkeer van personen omvat tevens de vrijheid van vestiging. Zie in dezelfde zin J.J.A.M. Korving, Europees belastingrecht, Den Haag: Sdu 2011, p. 44.

49 Als er wel sprake is van de oprichting en het beheer van een dochtervennootschap, maar de aandeelhouder geen bepalende invloed heeft op de activiteiten van de secundaire vestiging, is in de regel het vrije verkeer van kapitaal (artikel 63 VWEU) van toepassing. Zie Weber, Kluwer, Digitaal, t.a.p., para. 5.0.4.

Teneinde te voorkomen dat vissersvaartuigen die geen wezenlijke band hadden met het Verenigd Koninkrijk wel aanspraak konden maken op de vangstquota van het Verenigd Koninkrijk, was registratie van dergelijke vissersvaartuigen in het Verenigd Koninkrijk alleen toegestaan indien, onder andere, driekwart van het bestuur en de aandeelhouders van de vennootschap die het vaartuig exploiteerde de Britse nationaliteit hadden (tegengaan van *quota hopping*).⁵⁰ Het HvJ EU oordeelde dat de registratie van het vissersvaartuig als zodanig niet als een vestiging gezien kon worden. Voor de vraag of er toegang is tot de vrijheid van vestiging is daarom beslissend of “het vaartuig een instrument voor de uitoefening van een economische activiteit is die gepaard gaat met een duurzame vestiging in de betrokken lidstaat”.⁵¹ De enkele registratie van een vaartuig staat immers los van de oprichting en het beheer van een (dochter)vennootschap en vormt daarmee als zodanig niet een in artikel 49 VWEU bedoelde vestigingshandeling. In een dergelijk geval moet dus in de lidstaat van ontvangst een daadwerkelijke economische activiteit uitgeoefend worden door middel van een duurzame vestiging.

4. Misbruikbestrijding

Het tegengaan van belastingontwijking kan de inbreuk die een nationale maatregel maakt op de vrijheid van vestiging volgens de jurisprudentie van het HvJ EU onder bepaalde omstandigheden rechtvaardigen. In het kader van de beoordeling of een zodanige rechtvaardigingsgrond (tegengaan van belastingontwijking) voorhanden is en of hij proportioneel is, kan het HvJ EU de verbondenheid van de geïsoleerde entiteit met een lidstaat door middel van de uitoefening van economische activiteiten nagaan. Hierbij staat de economische verbondenheid van een secundaire vestiging met de lidstaat van ontvangst centraal, dat wil zeggen de secundaire vestiging van een (tussen)houdstervenootschap of de vestiging van de tussenhoudstervenootschap zelf, die per definitie een secundaire vestiging vormt. Uit het Centros-arrest blijkt immers dat het ontbreken van economische activiteiten in de lidstaat van oorsprong geen grond oplevert voor misbruik met betrekking tot het uitoefenen van een secundair vestigingsrecht.⁵²

Wat betreft de verbondenheid van een (secundaire) vestiging met de lidstaat van ontvangst gaat het HvJ EU na of sprake is van volstrekt kunstmatige constructies “die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied”.⁵³ Een beperking van de vrijheid van vestiging is in dat geval gerechtvaardigd, omdat het de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid

50 HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-221/89, Factortame II, r.o. 2-7. Daarnaast gold de voorwaarde dat in het geval de aandelen van de vennootschap die het vaartuig exploiteerde werden gehouden door vennootschappen, die vennootschappen aan dezelfde eisen moesten voldoen. Ook moest het vaartuig worden beheerd en de exploitatie ervan worden bestuurd en gecontroleerd vanuit het Verenigd Koninkrijk.

51 HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-221/89, Factortame II, r.o. 22.

52 Paragraaf 3.2 en HvJ EG 9 maart 1999, zaak C-212/97, Centros, r.o. 29-30.

53 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 55.

tussen lidstaten in gevaar brengt.⁵⁴ In aanvulling hierop kan erop worden gewezen dat sommigen uit het Beker en Beker-arrest⁵⁵ afleiden dat alleen sprake kan zijn van volstrekt kunstmatige constructies indien sprake is van beslissende invloed.⁵⁶

Pas bij het vaststellen van mogelijk voorhanden zijnde rechtvaardigingsgronden van een beperkende nationale maatregel wordt de economische verbondenheid van een (tussen)houdstervennootschap met een lidstaat getoetst. Hiermee brengt het HvJ EU een bepaalde constructie binnen het toepassingsbereik van de vrijheid van vestiging, ondanks het ontbreken van economische activiteiten in de lidstaat van ontvangst.⁵⁷ Deze benaderingswijze biedt het HvJ EU de gelegenheid nationale wetgeving te beoordelen en eventueel te veroordelen die ondanks het doel van het tegengaan van misbruik disproportioneel is.⁵⁸ Indien de vrijheid van vestiging bij het begin van de decision tree wordt uitgesloten, kan immers daarna over de verenigbaarheid van de nationale maatregel met artikel 49 VWEU evenmin een uitspraak worden gedaan.

Betoogd kan worden dat deze benaderingswijze van het HvJ EU afhankelijk van de gekozen wijze van vestiging tot op zekere hoogte tot een verschil in behandeling kan leiden van wat als een misbruikgeval kan worden beschouwd. Dit betoog is gebaseerd op de omstandigheid dat in gevallen waarin geen sprake is van de oprichting van een dochtervennootschap waarin een controlerend belang wordt verkregen, het achterwege blijven van een economische activiteit tot de conclusie zou leiden dat geen toegang tot de vrijheid van vestiging mogelijk is. Is er evenwel sprake van een situatie waarin een dochtervennootschap wordt opgericht waarin wel een controlerend belang wordt gehouden of verkregen dan zou een beroep op de vestigingsvrijheid wel mogelijk zijn, waarna vervolgens moet worden nagegaan

54 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 56 en HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/04, Thin Cap Group Litigation, r.o. 75.

55 HvJ EU 28 februari 2013, zaak C-168/11, Beker en Beker.

56 Vgl. aant Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2014/31.20.

57 In een tweetal arresten (HR 23 januari 2004, nr. 38 258, BNB 2004/142 en HR 1 juni 2012, nr. 11/00009, BNB 2012/213) werd een renteaftrek geweigerd met toepassing van het leerstuk van *fraus legis*, waarna de Hoge Raad vervolgens oordeelde dat het redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar is dat in dat geval niet met vrucht een beroep op het vrij verkeer van kapitaal kan worden gedaan. De Hoge Raad lijkt daarmee de toegang tot de verkeersvrijheden te ontzeggen indien sprake is van *fraus legis* (misbruik) (verschillende auteurs menen dat deze gevolgtrekking is gebaseerd op een verkeerde lezing van het arrest van de Hoge Raad; zie bijvoorbeeld Weber, Kluwer, Digitaal, t.a.p., Hfst. V, para. 5.0.2.A.). In dat geval zou dus niet meer toegekomen worden aan beoordeling van de eventuele belemmerende of discriminatoire werking van een nationale maatregel. Dat staat echter op gespannen voet met de jurisprudentie van het HvJ EU, waaronder het Centros-arrest waarin is opgemerkt dat de vraag naar misbruik los staat van de toepassing van de betreffende vrijheid (HvJ EG 9 maart 1999, zaak C-212/97, Centros, r.o. 18) als gevolg waarvan eventueel misbruik pas bij de toepasselijkheid van eventuele rechtvaardigingsgronden kan worden getoetst. Korving, TFO, t.a.p., onderdeel 2 vat met name BNB 2004/142 zodanig op dat de Hoge Raad de toegang tot het vrije verkeer niet wilde ontzeggen maar misbruik toetst in het kader van de rechtvaardigingsgronden. Overigens vindt HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, BNB 2013/136 inmiddels conform het Cadbury Schweppes-arrest dat de belastingontwijker toegang heeft tot de vrijheden; zie ook J.A. Vleggeert, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer, Digitaal, Hfst II, para. 2.2.3.E.c7.

58 Dat verklaart echter niet waarom deze werkwijze niet ook wordt toegepast op andere wijzen van vestiging.

of een inbreuk op de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd (en proportioneel) wordt geacht vanwege het tegengaan van misbruik.⁵⁹

In het Cadbury Schweppes-arrest zijn door het HvJ EU aanwijzingen gegeven hoe vastgesteld moet worden wanneer sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie. Aan de orde was de verenigbaarheid van CFC-wetgeving in het Verenigd Koninkrijk met de vrijheid van vestiging. Op grond van deze wetgeving worden winsten van dochtervennootschappen die in een land zijn gevestigd met een belastingtarief dat in een bepaalde mate afwijkt van het Engelse,⁶⁰ toegerekend aan de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedervennootschap. Een nadere voorwaarde hierbij is dat de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedervennootschap de meerderheid van de aandelen van de in het buitenland gevestigde dochtervennootschap in bezit had.⁶¹ Het HvJ EU oordeelde dat deze wetgeving de vrijheid van vestiging belemmert, welke belemmering gerechtvaardigd kon worden geacht indien het aanhouden, oprichten of verwerven van de in de andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap als een volstrekt kunstmatige constructie kan worden aangemerkt.⁶²

Volstrekt kunstmatige constructie: objectief element

Ten eerste moet uit de feiten volgen dat het door de vrijheid van vestiging beoogde doel niet wordt bereikt als gevolg van de vigerende constructie, ondanks dat in formele zin wel aan de voorwaarden van artikel 49 VWEU wordt beantwoord (objectief element). Dit doel kan als volgt worden omschreven: “de economische en sociale vervlechting in de [Unie] op het terrein van niet in loondienst verrichte werkzaamheden (...) [te] bevorderen”.⁶³ Vestiging “veronderstelt bijgevolg dat de betrokken vennootschap werkelijk gevestigd is in de lidstaat van ontvangst en daar daadwerkelijk een economische activiteit uitoefent”.⁶⁴ Gebruik maken van een fiscaal voordeliger regime in een andere lidstaat is op zichzelf onvoldoende voor het aannemen van misbruik.⁶⁵ Daarnaast is er niet automatisch sprake van misbruik als de activiteiten die de secundaire vestiging uitvoert (in casu een dochtervennootschap die is gevestigd in een andere lidstaat), ook door een dochtervennootschap die is opgericht op het grondgebied van de lidstaat waar de moedervennootschap gevestigd is, hadden kunnen worden uitgevoerd.⁶⁶

59 Zie ook de hiervoor gemaakte opmerking met betrekking tot HvJ EU 28 februari 2013, zaak C-168/11, Beker en Beker.

60 Van een lager belastingtarief was op grond van de bedoelde wetgeving sprake indien “de door de [gecontroleerde buitenlandse vennootschap] betaalde belasting minder bedraagt dan driekwart van het bedrag dat in het Verenigd Koninkrijk zou zijn betaald aan belasting over de belastbare winst, zoals die in deze lidstaat voor de belastingheffing wordt berekend” (HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 7).

61 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 5-7.

62 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 46 en 57.

63 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 53.

64 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 54 en onder verwijzing naar HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-221/89, Factortame II, r.o. 20.

65 HvJ EG 26 oktober 1999, zaak C-294/97, Eurowings, r.o. 44 en HvJ EG 11 december 2003, zaak C-364/01, Barbier, r.o. 71.

66 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 69. Opvallend is dat wordt aangesloten bij punt 103 van de conclusie van A-G Léger, terwijl hij daar een andere situatie bespreekt dan het HvJ EU. De A-G

Om te ontkomen aan de karakterisering als volstrekt kunstmatige constructie is een band met de economische realiteit dus essentieel. Volgens het HvJ EU kan die band blijken uit “de mate van fysiek bestaan van de [gecontroleerde buitenlandse vennootschap] in termen van lokalen, personeel en uitrusting”.⁶⁷ Die vormen een maatstaf aan de hand waarvan vastgesteld moet worden of winsten zijn voortgekomen uit activiteiten in de betreffende lidstaat, of een bron hebben in de lidstaat van een andere groepsvennootschap.⁶⁸ Daarbij moet ook gekeken worden naar de mate waarin de activiteiten een fysiek bestaan vereisen.⁶⁹ Voor passieve activiteiten, zoals bepaalde houdsteractiviteiten of bepaald beheer van financieringen binnen een groep kan al worden volstaan met een bureau en een directielid dat de noodzakelijke werkzaamheden verricht, maar dat wil niet zeggen dat deze activiteiten en daarmee de oprichting automatisch kunstmatig zijn. Hierbij wordt wel verondersteld dat het personeel in staat is en de kwalificatie heeft de betreffende werkzaamheden zelfstandig uit te voeren.⁷⁰ Overigens is het zinvol op te merken dat deze (objectieve) toets door het HvJ EU geplaatst wordt tegen de achtergrond van de evenredigheids- of proportionaliteitstoets.⁷¹

Het vaststellen van de mate van fysiek bestaan aan de hand van lokalen, personeel en uitrusting is in overeenstemming met de in het Factortame II-arrest vastgestelde invulling van vestiging. Daaruit volgt immers dat sprake is van een geldige vestiging als de secundaire vestiging een ruimte tot haar beschikking heeft voor onbepaalde tijd en met personeel. In die ruimte en door dat personeel mogen vervolgens niet slechts marginale en bijkomstige activiteiten worden uitgeoefend (zie paragraaf 3.1). Ook in het Factortame II-arrest vormen de materiële installatie en het personeel een maatstaf om te bepalen of daadwerkelijk activiteiten worden uitgeoefend, of dat de winsten feitelijk elders zijn gerealiseerd. De criteria uit het Factortame II-arrest vormen daarmee een (objectieve) ondergrens die gesteld wordt aan de mate van fysiek bestaan die vereist is niet als volstrekt kunstmatige constructie aangemerkt te worden. Overigens wordt door het HvJ EU in het Cadbury Schweppes-arrest naar het Factortame II-arrest verwezen met betrekking tot het vaststellen van het doel van de vrijheid van vestiging, dat ook onderdeel is van de volstrekt kunstmatige constructie-toets.⁷² Aangenomen kan worden dat het HvJ EU niet de intentie had hiervan af te wijken. Daarmee kan voor de vaststelling

meent namelijk dat de oprichting niet kan worden aangemerkt als misbruik als de activiteiten ook op het grondgebied van de moedervernootschap hadden kunnen worden verricht. De A-G sluit dus aan bij de activiteiten die ook in de lidstaat van oorsprong hadden kunnen worden verricht, en het HvJ EU bij de oprichting die ook had kunnen plaatsvinden op het grondgebied van de lidstaat van oorsprong – waarbij de activiteiten dus wel gewoon zouden kunnen plaatsvinden op het grondgebied van de ontvangststaat.

- 67 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 67. Vgl. ook HvJ EU 5 juli 2012, zaak C-318/10, SIAT, r.o. 41.
- 68 M. Poulsen, *Treaty/Directive Shopping and Abuse of EU Law*, Intertax 2013, nr. 4, p. 239 en 240.
- 69 M. Lang en S. Heidenbauer, *Wholly Artificial Arrangements*, in: L. Hinnekens en P. Hinnekens (ed.), *A Vision of Taxes within and outside European Borders*. Festschrift in Honor of Prof. Dr. Frans Vanistendael, Den Haag: Kluwer Law International 2008, p. 604.
- 70 Het personeel mag dus niet een marionet zijn van bijvoorbeeld het bestuur van de moedervernootschap; vgl. De Broe, t.a.p., p. 853.
- 71 D.A. Hofland en F.P.G. Pötgens, *Antimisbruikbepalingen in het nieuwe belastingverdrag met Japan*, Weekblad fiscaal recht, 2011, nr. 6888, p. 11.
- 72 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 54.

van de band met de economische realiteit worden aangesloten bij de in paragraaf 3.1 behandelde definitie van vestiging.

Het HvJ EU lijkt in het Cadbury Schweppes-arrest de kwalificatie als volstrekt kunstmatige constructie (in het kader van de proportionaliteitstoets) te beperken tot fictieve vestigingen.⁷³ Als voorbeeld van een fictieve vestiging wordt een brievenbusmaatschappij of schijnvennootschap genoemd, waarbij het HvJ EU verwijst naar het Eurofood-arrest.⁷⁴ In het Eurofood-arrest wordt een brievenbusmaatschappij omschreven als een vennootschap “die geen enkele activiteit uitoefent op het grondgebied van de lidstaat waar haar maatschappelijke zetel is gevestigd”.⁷⁵ Een brievenbusmaatschappij lijkt daarmee te moeten worden gedefinieerd als een vennootschap die geen enkele economische activiteit uitoefent. Deze definitie lijkt dus beperkter te zijn dan het vereiste van een daadwerkelijke economische activiteit dat het Factortame II-arrest hanteert waarbij marginale en bijkomstige activiteiten op het niveau van de dochtervennootschap zijn toegestaan. Als dus niet aan het criterium uit het Factortame II-arrest is voldaan, is er niet automatisch sprake van een brievenbusmaatschappij. Het is niet relevant of slechts beperkt gebruik wordt gemaakt van lokalen, personeel of uitrusting.⁷⁶ Dit stemt overeen met hetgeen hiervoor genoemd is en waaruit blijkt dat niet alle activiteiten eenzelfde mate van fysiek bestaan vereisen.

De vraag rijst of het HvJ EU met de verwijzing naar fictieve vestigingen (tegen de achtergrond van de proportionaliteitstoets) (i) slechts bedoeld heeft de situatie te benoemen waarin geprobeerd is de indruk te wekken dat aan het criterium uit het Factortame II-arrest is voldaan of (ii) dat bedoeld wordt op situaties waarin sprake is van wat meer als frauduleuze omstandigheden kan worden omschreven.⁷⁷ In het laatste geval (ii) zou de reikwijdte van de volstrekt kunstmatige constructie beperkt worden.⁷⁸ Vervolgens komt de vraag op of de volstrekt kunstmatige constructie uitsluitend beperkt is tot dergelijke fictieve vestigingen.⁷⁹

A-G Léger in zijn conclusie bij het Cadbury Schweppes-arrest lijkt het toepassingsbereik niet te beperken tot louter fictieve vestigingen. Hij heeft een aantal criteria genoemd dat hij relevant acht bij het vaststellen van de daadwerkelijke economische band van een vestiging met een lidstaat. De eerste, die betrekking heeft op de mate van fysieke aanwezigheid, komt overeen met het door het HvJ EU

73 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 68, waarin de fictieve vestiging wordt gekoppeld aan het Factortame II-criterium. Daarnaast volgt dit uit het gebruik van “reële vestiging” (r.o. 66) en “daadwerkelijk (...) is gevestigd” (r.o. 75).

74 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 68.

75 HvJ 2 mei 2006, zaak C-341/04, Eurofood, r.o. 35.

76 De Broe, t.a.p., p. 852 en Lang en Heidenbauer, t.a.p., p. 604-605.

77 De Broe, t.a.p., p. 809. In dat laatste geval lijkt eerder aangeknoopt te worden bij belastingontduiking dan bij belastingontwijking.

78 In dat geval lijkt enkel belastingontduiking tot een volstrekt kunstmatige constructie te kunnen leiden. Belastingontduiking duidt op handelen in strijd met de wet, waar bij belastingontwijking sprake is van legale handelingen waarmee een fiscaal voordeel verkregen wordt dat de nationale wetgever de belastingbetaler wil ontzeggen. Zie: Weber 2003, t.a.p., 16.

79 De Broe, t.a.p., p. 809.

genoemde criterium van lokalen, personeel en uitrusting.⁸⁰ Daarnaast meent hij dat de werkelijke omvang van de door de dochtervennootschap uitgevoerde activiteit relevant is, wat kan blijken uit de competentie van het personeel in verhouding tot de geleverde prestaties en het niveau van besluitvorming.⁸¹ Het kan inderdaad een kenmerk zijn van het ontbreken van economische realiteit als de van belang zijnde besluiten niet door het formele bestuur maar door een ander worden genomen, maar het is met name een aanwijzing voor de plaats waar het hoofdbestuur is gevestigd en daarmee van welk land een vennootschap eventueel inwoner is in fiscale zin – wat tevens van belang is voor de mogelijkheid van een beroep op de vrijheid van vestiging.⁸² Ons inziens blijkt de werkelijke omvang van de activiteiten eerder uit de omvang van de taak van het bestuur, zoals de mate waarin het bestuur de ondernemingsactiviteiten aanstuurt en het beleid ten aanzien daarvan bepaalt. In het geval dat die taken marginaal zijn, is dat een aanwijzing dat economische realiteit ontbreekt.

Ook stelt A-G Léger een toets voor waarbij wordt aangeknoopt bij de toegevoegde waarde van de activiteiten van de secundaire vestiging ten opzichte van de moedervernootschap en de gehele groep. Indien de activiteiten van de dochtervennootschap van geen enkel economisch belang blijken te zijn voor de moedervernootschap, dan zou dit een aanwijzing kunnen zijn voor de aanwezigheid van een volstrekt kunstmatige constructie. Dit laatste zou met name het geval kunnen zijn bij transacties waarbij tegenover een betaling door de moedervernootschap geen prestaties worden geleverd waar zij economisch belang bij zou hebben.⁸³

De criteria met betrekking tot de werkelijke omvang van de door de dochteronderneming uitgeoefende activiteit en de economische waarde van deze activiteit in verhouding tot de moedervernootschap en de gehele groep zijn echter niet overgenomen door het HvJ EU waardoor het dus onduidelijk is of en in hoeverre het HvJ EU zich hiermee kan verenigen. Doordat het HvJ EU een objectieve toets hanteert en de door de A-G voorgestelde aanknopingspunten ook op feitelijke elementen gestoeld zijn, kunnen de criteria van de A-G mogelijk toch relevant zijn. In die zin zijn zij ook in overeenstemming met het criterium uit het *Factortame II*-arrest, omdat op grond van feiten getracht wordt in kaart te brengen in hoeverre een vennootschap daadwerkelijk economische activiteiten verricht.

80 Conclusie A-G Léger 2 mei 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, punt 111 en 112.

81 Conclusie A-G Léger 2 mei 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, punt 111 en 113.

82 Immers, als het hoofdbestuur van de dochtervennootschap wordt uitgeoefend door de moedervernootschap en dus in dezelfde lidstaat is gesitueerd als waar de moedervernootschap gevestigd is, dan kan er een interne situatie zijn waardoor een beroep op de vrijheid van vestiging niet mogelijk is (De Broe, t.a.p., p. 810). De vraag rijst of, als de statutaire zetel wel in een andere lidstaat is gevestigd, in dat geval niet toch een beroep op de vrijheid van vestiging mogelijk zou zijn nu op grond van het *Daily Mail*-arrest de statutaire zetel op gelijke voet staat met het hoofdbestuur en de hoofdvestiging wat betreft de toegang tot het Verdrag (HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, *Daily Mail*, r.o. 21). Het N-arrest lijkt eveneens in deze richting te wijzen aangezien het HvJ EU van mening was dat de vrijheid van vestiging van toepassing was op naar Nederlands recht opgerichte BV's waarvan de feitelijke leiding op Curaçao (een LGO) was gelegen; zie over de positie van de voormalige Nederlandse Antillen als LGO, tevens HvJ EU 5 juni 2014, zaak C-24/12 en zaak C-27/12, X BV.

83 Conclusie A-G Léger 2 mei 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, punt 111 en 114.

Ook het Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie (“EVA-hof”) heeft zich bij de beoordeling van Noorse CFC-wetgeving op verenigbaarheid met artikel 31 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (“EER”), het equivalent van artikel 49 VWEU, uitgelaten over de mate van economische activiteit – in het bijzonder de economische activiteit van een trust – die vereist is om niet als volstrekt kunstmatige constructie te kwalificeren.⁸⁴ Volgens het EVA-Hof kunnen bij deze beoordeling, naast de activiteiten van (het management van) de entiteit, ook de statutaire bepalingen van belang zijn. Als voorbeeld noemt het EVA-Hof dat het voeren van bestuur over een aantal financiële middelen door een trust als daadwerkelijke economische activiteit kan worden aangemerkt, mits de statuten overeenkomen met de werkelijke activiteiten.⁸⁵ Afgewacht moet worden of het HvJ EU belang zal hechten aan de door het EVA-Hof gegeven invulling van daadwerkelijke economische activiteiten in het kader van de beoordeling van de aanwezigheid van een volstrekt kunstmatige constructie. Tot dusver laat het HvJ EU de beoordeling en feitelijke invulling van de voorwaarden voor een volstrekt kunstmatige constructie in beginsel over aan de nationale rechter, waardoor afgewacht moet worden hoe hij met deze en bovengenoemde criteria zal omgaan.⁸⁶

Volstrekt kunstmatige constructie: subjectief element

Ten tweede moet vastgesteld worden of de betreffende partij bedoeld heeft de belastingwetgeving in de lidstaat van oorsprong te ontwijken door middel van de oprichting van een dochtervennootschap en daarmee de wil had belastingvoordeel te verkrijgen (subjectief element).⁸⁷ Deze toets vertoont zekere overeenkomsten met de objectieve toets; bij beide toetsen moet de kunstmatigheid blijken uit het ontbreken van economische realiteit.⁸⁸ De bedoeling wordt geobjectiveerd in die zin dat uit feiten moet blijken dat de constructie geen ander doel kan hebben gediend dan het ontwijken van belastingheffing.⁸⁹ Dat is het geval als geen andere rechtvaardiging voor de constructie kan worden gegeven dan het realiseren van een belastingvoordeel.⁹⁰ Van een belastingvoordeel is in dit verband sprake als de normaal over winsten uit activiteiten op het grondgebied verschuldigde belasting wordt ontweken.⁹¹ De Hoge Raad heeft op het gebied van belastingontwijking in de BTW geoordeeld dat het belastingvoordeel nog niet gerealiseerd hoeft te zijn –

84 EVA-hof 9 juli 2014, gevoegde zaken E-3/13 en E-20/13, Fred. Olsen, r.o. 176 jo 96-99.

85 EVA-hof 9 juli 2014, gevoegde zaken E-3/13 en E-20/13, Fred. Olsen, r.o. 176 jo 99.

86 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 72. Een voorbeeld hiervan biedt HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, BNB 2013/136 waarin de Hoge Raad in algemene zin tot het oordeel lijkt te komen dat een geldlening die direct of indirect verschuldigd is aan een verbonden lichaam en die verband houdt met een winstuitkering of terugbetaling van gestort kapitaal (art. 10a, lid 1, onderdeel a, Wet Vpb) onder omstandigheden als een kunstmatige constructie kan worden aangemerkt. Op BNB 2013/136 is in de literatuur de nodige kritiek geleverd; vlg. Vleggeert, t.a.p., Hfst II, para. 2.2.3.E.c7.

87 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 51, 64.

88 Weber, Kluwer, Digitaal, t.a.p., Hfst. V, para. 2.5.

89 Dat volgt uit de aansluiting bij de arresten HvJ EG 14 december 2000, zaak C-110/99, Emsland-Stärke en HvJ EG 21 februari 2006, zaak C-255/02, Halifax in het Cadbury Schweppes-arrest (HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 64), waarin tot uitdrukking is gekomen dat het subjectieve element geobjectiveerd moet worden vastgesteld. Zie over de objectivering van het subjectieve element uitgebreid: De Broe, t.a.p., p. 765-766.

90 De Broe, t.a.p., p. 766.

91 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 55 en 59.

mogelijk is dat ook relevant bij de invulling van het subjectieve element bij ontwijking van vennootschapsbelasting. De gevolgen van handelingen van een partij mogen volgens de Hoge Raad worden meegewogen, ook als die gevolgen in de toekomst liggen en daardoor niet geheel zeker zijn. Wel moet duidelijk uit het onderwerpelijke samenstel van (rechts)handelingen volgen dat deze uitsluitend werden verricht met het oog op belastingvoordeel.⁹²

In de literatuur is gesteld dat dit onderzoek achterwege kan blijven als een partij open is over zijn bedoelingen en erkent dat hij de intentie had de belastingwetgeving te ontwijken.⁹³ Of daadwerkelijk een belastingvoordeel is behaald of zou kunnen worden behaald, zou dan geen rol spelen. Dat zou naar onze mening een benadeling zijn van partijen die open zijn over hun intenties ten opzichte van partijen die dat niet zijn, omdat de eersten in dat geval zelfs zonder dat daadwerkelijk belastingvoordeel is behaald of zou kunnen worden behaald aan dit element van de volstrekt kunstmatige constructie-toets zouden kunnen voldoen.

Belastingontwijking door middel van een volstrekt kunstmatige constructie op andere terreinen

In het Thin Cap Group Litigation-arrest heeft het HvJ EU het criterium van de volstrekt kunstmatige constructie ook gehanteerd op het terrein van de onderkapitalisatie, met hetzelfde doel als bij de volstrekt kunstmatige oprichting van een dochtervennootschap, i.e. het voorkomen van een verstoring van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid. Het Thin Cap Group Litigation-arrest had betrekking op de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk waarbij rente, betaald op leningen door een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap aan een gelieerde partij die gevestigd was in een andere lidstaat, onder voorwaarden werd geherkwalificeerd als een dividenduitkering waardoor aftrek van het gedeelte van de betaalde rente dat boven een redelijke commerciële opbrengst lag, niet werd toegestaan.⁹⁴ Volgens het HvJ EU was herkwalificatie van de rente alleen toegestaan als sprake was van een volstrekt kunstmatige situatie.⁹⁵ Het concept van de volstrekt kunstmatige constructie is dus ook toepasbaar op (financiële) transacties, waarbij de aan- of afwezigheid van economische activiteiten niet in geschil is.⁹⁶ In dat geval wordt het objectieve element van de volstrekt kunstmatige constructie ingevuld aan de hand van de zakelijkheid van de voorwaarden waaronder de transactie is verricht. Als de voorwaarden niet commercieel zijn in die zin dat ze door niet-gelieerde partijen niet in dezelfde vorm zouden zijn aangegaan, is dat een kenmerk voor de kunstmatigheid van de constructie.⁹⁷

92 HR 10 februari 2012, nr. 08/05317, BNB 2012/127, r.o. 3.5.1-3.5.2.

93 Weber, Kluwer, Digitaal, , t.a.p., Hfst V, para. 2.3.

94 HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/04, Thin Cap Group Litigation, r.o. 2, 23-25.

95 HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/04, Thin Cap Group Litigation, r.o. 79.

96 Zie uitgebreid: M. Poulsen, Freedom of Establishment and the Balanced Allocation of Tax Jurisdiction, Intertax 2012, nr. 10 p. 206 en 207.

97 HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/04, Thin Cap Group Litigation, r.o. 79-81. Zie ook HvJ EG 17 januari 2008, zaak C-105/07, Lammers & Van Cleeff) waarin op grond van een Belgische maatregel rentebetalingen van een in

Hiermee wordt impliciet aangesloten bij het in de internationale praktijk erkende ‘at arms length-beginsel’.⁹⁸

Ook op deze manier, als ‘substance’ niet het twistpunt is, ontbreekt de band met de economische realiteit.⁹⁹ Hieruit blijkt dat de aanwezigheid van commerciële voorwaarden de kunstmatigheid uit een constructie kan elimineren. Mogelijk kan daaruit worden afgeleid dat als er zakelijke gronden zijn aan te voeren voor het feit dat de oprichting van een secundaire vennootschap niet aan alle voorwaarden voor een geldige vestiging lijkt te voldoen, zij toch niet als volstrekt kunstmatig aangemerkt hoeft te worden.

5. Conclusie

Vestiging in de zin van artikel 49 en 54 VWEU vereist de uitoefening van een daadwerkelijke economische activiteit voor onbepaalde tijd, met behulp van een duurzame inrichting op het grondgebied van een andere lidstaat (Factortame II-arrest). Niet relevant is daarbij of tussenhoudster- en houdstervennootschappen activiteiten ontplooiën met het oog op het uitoefenen van het recht van secundaire vestiging (Centros-arrest). De enige vereisten zijn dat de (tussen)houdstervennootschap haar statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de EU heeft – mits niet zowel het hoofdbestuur als de hoofdvestiging in een derde land is gevestigd en er sprake is van een grensoverschrijdend karakter (dat wil zeggen geen interne situatie).

Ook voor de toegang tot het recht van vestiging speelt de omvang van de economische activiteiten van de (tussen)houdstervennootschap geen rol, mits de aandeelhouder beslissende invloed kan uitoefenen op de activiteiten van de (tussen)houdstervennootschap. Het feit dat de activiteiten door de aandeelhouder bepaald *kunnen* worden is een voldoende vestigingshandeling om een beroep op de vrijheid van vestiging te kunnen doen.

Het vestigingsbegrip komt in concernrelaties pas aan de orde bij een onderzoek naar eventueel misbruik in de vorm van belastingontwijking in het kader van het vaststellen van een grond die de inbreuk van een nationale maatregel op de vrijheid van vestiging rechtvaardigt. Centraal staat daarbij de economische verbondenheid met de lidstaat van ontvangst van de secundaire vestiging van een (tussen)houdstervennootschap of

België gevestigde dochtervennootschap die toegekend werden aan een bestuurder die een buitenlandse vennootschap was, werden geherkwalificeerd in dividend. Dit gebeurde echter niet als de bestuurder een binnenlandse vennootschap was. Het HvJ EU oordeelde, onder verwijzing naar het Thin Cap Group Litigation -arrest, dat een dergelijke maatregel alleen gerechtvaardigd is voor zover zij enkel volstrekt kunstmatige constructies een dergelijke beperking oplegt. Daarvan is uitsluitend sprake als de interest meer bedraagt dan onder normale voorwaarden overeen zou zijn gekomen. Het arrest is daarmee dus vooral een toepassing van het Thin Cap Group Litigation -arrest en voegt geen nieuwe elementen toe aan de volstrekt kunstmatige constructietoets. Vgl. tevens HvJ 21 januari 2010, zaak C-311/08, SGI, r.o. 72 en HvJ 5 juli 2012, zaak C-318/10, SIAT, r.o. 52.

98 Op grond van dit beginsel worden transacties tussen gelieerde partijen herleid tot zakelijke voorwaarden, zodat niet een voordeel verkregen wordt dat niet daadwerkelijk uit eigen ondernemingsactiviteiten voortkomt (H. Vermeulen, Cursus Belastingrecht. Vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer digitaal, par. 2.0.4.A.b.).

99 HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/04, Thin Cap Group Litigation, r.o. 74.

de vestiging van de tussenhoudstervennootschap (zelf ook een secundaire vestiging). De activiteiten in de lidstaat van oorsprong spelen geen rol bij het uitoefenen van een secundair vestigingsrecht, zoals uit het Centros-arrest volgt.

Van misbruik is sprake als de oprichting of het aanhouden van de (tussen)houdstervennootschap als een volstrekt kunstmatige constructie kan worden aangemerkt. Dat is het geval als uit de feiten volgt dat met de oprichting of het aanhouden daarvan het met de vrijheid van vestiging beoogde doel van het bevorderen van economische en sociale integratie niet wordt bereikt (objectief element). Dat betekent dat er geen band is met de economische realiteit, door het ontbreken van een vestiging in de zin van het Factortame II-arrest. Daarvoor is vereist dat een vennootschap daadwerkelijke activiteiten uitoefent in een andere lidstaat en voor onbepaalde tijd, door middel van een materiële installatie. Aanknopingspunt is dus de aanwezigheid van lokalen, personeel en uitrusting om activiteiten uit te kunnen oefenen. Wat als voldoende fysiek bestaan kan worden aangemerkt, hangt af van de activiteiten die uitgeoefend worden – de voorzieningen moeten in verhouding staan tot de uit te voeren werkzaamheid. Passieve activiteiten, zoals houdsteractiviteiten, vereisen in het algemeen weinig voorzieningen.

Vervolgens moet er in de bedrijfsinrichting een daadwerkelijke economische activiteit worden uitgevoerd. Ook passieve activiteiten zoals bepaalde houdsteractiviteiten kunnen daar in beginsel onder vallen, tenzij deze zo marginaal zijn dat van verbondenheid met de economische realiteit niet meer kan worden gesproken. Uit het Daily Mail-arrest valt mogelijk af te leiden dat het uitoefenen van passieve activiteiten zonder dat dit gepaard gaat met enige dienstverrichting niet volstaat als daadwerkelijke economische activiteit. Als de (tussen)houdstervennootschap dus geen diensten verricht voor een groepsmaatschappij dan wel voor een derde, dan vormt dat een aanwijzing voor het ontbreken van een band met de economische realiteit.

Daarnaast is voor het aanmerken als misbruik – en dus het ontbreken van een vestiging – vereist dat de geobjectiveerde wil van de moedervennootschap om met de oprichting van de secundaire vestiging een belastingvoordeel te verkrijgen moet worden vastgesteld (subjectief element). Daar is sprake van als uit de feiten blijkt dat de constructie geen ander doel kan hebben gediend dan belastingontwijking.

Alles in overweging nemende zijn de materiële eisen die het EU-recht stelt aan de vestiging van (tussen)houdsters dus vrij marginaal. Centraal staat de verbondenheid van een vennootschap met de lidstaat van ontvangst middels de uitoefening van daadwerkelijke economische activiteiten, waarbij het begrip “daadwerkelijke economische activiteiten” ruim geïnterpreteerd dient te worden. Ook passieve activiteiten als bepaalde houdsteractiviteiten kunnen daar in beginsel onder vallen, mits de (tussen)houdster voldoende fysiek bestaan heeft om de activiteiten uit te voeren en de constructie niet enkel is opgericht met als doel belastingontwijking.

In de ZIFO-reeks verschenen:

1. **Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?**
Bestuurszaak, bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe artikel 2:9 BW
prof. mr. J.B. Huizink, mr. J.M. de Jongh, prof. mr. W.J.M. van Veen,
prof. mr. A.F. Verdam
2. **Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit**
prof. mr. W.J.M. van Veen
3. **Wie is de aandeelhouder?**
Beschouwingen over de wenselijkheid van een centraal aandeelhoudersregister en de kenbaarheid van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen
prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. D.F.M.M. Zaman, mr. T.J.C. Klein Bronsvort,
prof. mr. E.P.M. Vermeulen, prof. mr. A.F. Verdam
4. **Crisiswetgeving voor financiële instellingen en ondernemingen**
dr. A.H.E.M. Wellink, mevr. mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. M.W. den Boogert,
mr. R.P.B. van Outersterp, prof. mr. C.E. du Perron, prof. mr. A.F. Verdam,
prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers. Met een inleiding van Prof. mr. W.J.M. van Veen
5. **De implementatie van de AIFM Richtlijn**
mr. N.B. Spoor, mr. M. Tausk, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. R.P. Raas
6. **Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen**
Tribuut aan Jaap Bellingwout
mr. G.F. Boulogne en mr. L.J.A. Pieterse (red.)
7. **Ontwikkelingen rond pensioenen en pension fund governance**
Onder redactie van prof. mr. A.F. Verdam, met bijdragen van: prof. dr. E. Lutjens, prof. mr. R.H. Maatman, mr. A.G. van Marwijk Kooy en mr. S.W.A.M. Visée.
8. **Postmoderne rechtsvormen**
Aanbevelingen voor verdere modernisering van het ondernemingsrecht
Mr. F. van Horzen en prof. mr. J.W. Bellingwout, prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers, mr. A.J.S.M. Tervoort, prof. mr. W.J.M. van Veen en prof. mr. I.S. Wuisman.
9. **Herstructurering en insolventie: naar een Scheme of Arrangement?**
Mr. J. Jol, prof. mr. R. Vriesendorp, mr. R. Hermans en mr. K. de Vries, prof. mr. B. Wessels, met een inleiding van prof. mr. J.B. Huizink.
10. **Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing**
Vrijheid van vestiging, vennootschapsrecht en fiscaal recht
Prof. mr. W.J.M. van Veen, mr. P.C.S. van der Bijl, prof. mr. J.W. Bellingwout en prof. mr. F.P.G. Pötgens.

11. De veranderende rol van toezichhouders in de financiële sector

Prof. dr. R.G.C. van den Brink, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. J.B.S. Hijink & mr. L. in 't Veld, mr. Kitty Lieverse, ir. Th.F. Kockelkoren, mr. A.J. Kellermann, prof. mr. R.M.I. Lamp en mr. R. Mellenbergh.

12. Substance en de Nederlandse houdsterverenootschap

Prof. mr. J.W. Bellingwout, mr. J. Gooijer, mr. F. van Horzen, Claus Jochimsen, prof. mr. F.P.G. Pötgens, Eric Schiffer, mr. E.B. van der Stok, mr. M.J.E. Straathof en prof. mr. A.J. Verdam