



Voorstel van richtlijn ter voorkoming van misbruik van 'shell companies'

Op 22 december 2021 heeft de Europese Commissie een voorstel van richtlijn gepubliceerd tot voorkoming van misbruik van zogenaamde shell companies voor belastingdoeleinden. Daarmee wordt nogmaals het belang van voldoende substantie benadrukt. De kwalificatie van een vennootschap als een 'shell company' brengt een rapporteringsverplichting met zich mee en heeft ook belangrijke fiscale gevolgen. Het voorstel voorziet in een inwerkingtreding op 1 januari 2024.

Achtergrond

Op 22 december 2021 publiceerde de Europese Commissie twee voorstellen van richtlijnen. Het eerste voorstel heeft betrekking op de invoering van een minimumbelasting voor multinationals en grote binnenlandse ondernemingen. Het tweede voorstel van richtlijn (hierna 'het Voorstel'), waar in dit artikel dieper op ingegaan wordt, handelt over het tegengaan van misbruik van 'shell companies' voor belastingdoeleinden. Beide initiatieven zijn te situeren binnen de tendens om het internationale belastingsysteem evenwichtiger, efficiënter en billijker te maken en fiscaal misbruik tegen te gaan.

Zevenstappensysteem

Het Voorstel voorziet in een zevenstappensysteem voor de identificatie en rapportering van 'shell companies', het vaststellen van de relevante fiscale gevolgen en een automatische gegevensuitwisseling. Dat stappenplan moet gevolgd worden door elke onderneming die fiscaal inwoner is van een lidstaat voor vennootschapsbelastingdoeleinden.

Stap 1: Identificatie van 'risicogeval'

In eerste instantie worden de ondernemingen geïdentificeerd die het risico lopen om onvoldoende economische substantie te hebben en voor belastingdoeleinden misbruikt te worden. Een onderneming kwalificeert als een 'risicogeval' als een aantal kenmerken cumulatief vervuld zijn. Ten eerste moet meer dan 75% van de inkomsten die de onderneming in de voorgaande twee inkomstenjaren behaald heeft 'relevante inkomsten' zijn. Het gaat dan onder meer om inkomsten uit aandelen, leningen, intellectuele eigendom, verzekeringsactiviteiten, kredietverlening, bankactiviteiten of andere financiële activiteiten of uit het verlenen van diensten die uitbesteed worden aan andere gelieerde ondernemingen, enz. Daarnaast verricht de onderneming grensoverschrijdende de activiteiten, zoals omschreven in het Voorstel en heeft zij in de voorgaande twee inkomstenjaren het beheer van de dagelijkse activiteiten en de besluitvorming over belangrijke functies uitbesteed.

Er wordt tevens voorzien in enkele uitzonderingen die per definitie niet als een 'risicogeval' bestempeld worden, zoals beursgenoteerde ondernemingen, gereguleerde financiële ondernemingen, holdings die hoofdzakelijk beleggen in operationele ondernemingen die fiscaal inwoner zijn van dezelfde lidstaat, terwijl hun uiteindelijke gerechtigden daar ook hun fiscale woonplaats hebben, holdings die fiscaal inwoner zijn van dezelfde lidstaat als hun aandeelhouders of hun uiteindelijke moederonderneming en ondernemingen met ten minste vijf eigen voltijdse werknemers die uitsluitend de relevante inkomstengenererende activiteiten verrichten.

Stap 2: Rapportering

De 'risicogevallen' moeten in hun belastingaangifte rapporteren over hun substantie en daarvan bewijs leveren. Concreet moet worden aangetoond, aan de hand van concrete bewijsstukken, dat de volgende criteria cumulatief vervuld zijn: (i) de beschikbaarheid van bedrijfsruimten voor het exclusieve gebruik van de onderneming; (ii) het hebben van ten minste één eigen en actieve bankrekening in de EU; (iii) de aanwezigheid van een directeur met voldoende kwalificaties en beslissingsbevoegdheid, die dicht bij de onderneming woont en zich volledig met de bedrijfsactiviteiten bezighoudt, of van een voldoende aantal werknemers van de onderneming die zich bezighouden met haar belangrijkste inkomstengenererende activiteiten en die dicht bij de onderneming wonen.

Stap 3: Vermoeden van ontbreken van minimale substantie en fiscaal misbruik

Slaagt de onderneming er niet in om het bewijs onder stap 2 te leveren, dan wordt de onderneming geacht een zgn. shell company te

zijn. Merk evenwel op dat 'risicogevallen' die wel aan alle substantiecriteria voldoen, nog altijd onderworpen kunnen worden aan andere (antimisbruik)maatregelen opgelegd door de lokale belastingadministratie, bv. omdat die onderneming niet de uiteindelijke gerechtigde is van de aan haar betaalde inkomsten of op basis van de lokale criteria toch een gebrek aan substantie vertoont.

Stap 4: Weerlegging vermoeden

Een onderneming die als een 'shell company' kwalificeert, kan nog altijd bewijzen dat ze toch voldoende substantie heeft of dat er geen misbruik voor belastingdoeleinden is. Dat tegenbewijs veronderstelt dat voldoende informatie verstrekt wordt over: (i) de commerciële (niet-fiscale) redenen voor de oprichting en instandhouding van de onderneming; (ii) de middelen die deze onderneming gebruikt om haar activiteit uit te oefenen, alsook informatie over de profielen van de werknemers, hun niveau van ervaring, beslissingsbevoegdheid en positie binnen de organisatie; (iii) de nexus van de onderneming met de lidstaat waarvan ze claimt fiscaal inwoner te zijn, en dat aldus aangetoond wordt dat aldaar de doorslaggevende beslissingen genomen worden aangaande de inkomstengenererende activiteiten van de onderneming.

Het resultaat van deze 'weerleggingsprocedure' kan door de lidstaat waarvan de onderneming fiscaal inwoner is geldig verklaard worden voor een periode van maximaal zes jaar, voor zover de omstandigheden gedurende die periode niet wijzigen.

Stap 5: Vrijstelling wegens het ontbreken van fiscale motieven

Als in de feiten onvoldoende substantie is, waardoor het tegenbewijs van stap 4 niet met succes geleverd kan worden, kan de onderneming verzoeken om een vrijstelling te verkrijgen van de door het Voorstel opgelegde verplichtingen. Daartoe zal ze moeten kunnen aantonen dat ze gebruikt wordt voor echte zakelijke activiteiten ('genuine business activities') zonder dat er een belastingvoordeel gecreëerd wordt voor haarzelf, haar bredere groep of de uiteindelijke begunstigde. Ook hier kan de vrijstelling door de woonstaat van de betrokken onderneming gevalideerd worden voor een periode van maximaal zes jaar.

Stap 6: Fiscale gevolgen

Zodra een onderneming voor de toepassing van het Voorstel aangemerkt wordt als een 'shell', en er geen weerlegging is (stap 4) noch vrijstelling verleend wordt (stap 5), zijn er fiscale gevolgen. De lidstaat waarvan de 'shell' fiscaal inwoner is, weigert om een woonplaatscertificaat af te leveren of levert minstens een certificaat af met een specifieke waarschuwing. De bronlidstaat, de lidstaat waar de onderneming gevestigd is die de betalingen doet aan de 'shell', weigert om de belastingvoordelen toe te passen voorzien in de belastingverdragen of EU-richtlijnen, zoals de Moeder-dochterrichtlijn. Dat veronderstelt uiteraard dat het tussenplaatsen van de 'shell' precies tot gevolg had dat men een dergelijk belastingvoordeel zou genieten, terwijl dat zonder de 'shell' niet het geval zou zijn. De lidstaat waarvan de achterliggende aandeelhouders van de 'shell' fiscaal inwoner zijn, zal de relevante inkomsten belasten, alsof de Moeder-dochterrichtlijn. Dat veronderstelt uiteraard dat het tussenplaatsen van de 'shell' precies tot gevolg had dat men een dergelijk belastingvoordeel zou genieten, terwijl dat

zonder de 'shell' niet het geval zou zijn. De lidstaat waarvan de achterliggende aandeelhouders van de 'shell' fiscaal inwoner zijn, zal de relevante inkomsten belasten, alsof de achterliggende aandeelhouders die rechtstreeks ontvangen zouden hebben. Men past hier aldus een soort van doorkijkbelasting toe. De belasting die al betaald werd in de lidstaat waarvan de 'shell' fiscaal inwoner is, zou wel in mindering gebracht kunnen worden.

Stap 7: Automatische informatie-uitwisseling

Ten slotte zal er tussen de EU-lidstaten automatisch informatie uitgewisseld worden zodra een onderneming overeenkomstig stap 1 als 'risicovol' aangemerkt wordt. Merk tot slot nog op dat de lidstaten andere lidstaten zullen kunnen verzoeken om een audit te doen, wanneer ze vermoeden dat een onderneming die in die andere lidstaat fiscaal inwoner is niet over de vereiste minimale substantie beschikt.

Boete

Het Voorstel voorziet ook in een boete van 5% van de omzet van de betrokken onderneming, als die zijn rapporteringsverplichting niet zou nakomen of valse verklaringen zou afleggen.

Inwerkingtreding

Als het Voorstel aangenomen wordt, moeten de lidstaten uiterlijk op 30 juni 2023 de nodige wettelijke bepalingen aannemen tot omzetting van de richtlijn. De eigenlijke inwerkingtreding is voorzien vanaf 1 januari 2024.

Erik Sansen - Bernd Tiebout

Advocaten Sansen International Tax Lawyers

Financieel Management Pro n° 9 - 04/02/2022