

Meldingsplicht grensoverschrijdende constructies

KWEP 2020/28

Met ingang van 1 januari 2021 worden adviseurs verplicht om mogelijk fiscaal-agressieve grensoverschrijdende constructies te melden bij de Belastingdienst. Deze meldplicht vloeit voort uit de Europese Mandatory Disclosure richtlijn. Op grond van deze richtlijn moeten ook meldingsplichtige constructies waarvan de eerste stap van implementatie is gezet op of na 25 juni 2018 worden gemeld. Alhoewel de meldingsplicht primair is geïntroduceerd voor grensoverschrijdende fiscale constructies van ondernemingen, zullen ook adviseurs die zich bewegen in de brede estate planning praktijk met deze meldingsplicht worden geconfronteerd.

In dit artikel zetten wij de hoofdlijnen van de richtlijn en de implementatie daarvan in de Nederlandse wet- en regelgeving uiteen. Vervolgens gaan wij in op de specifieke wezenskenmerken die van belang zijn voor de estate planning praktijk en noemen een aantal voorbeelden. Daarna besteden wij aandacht aan de formele aspecten, in het bijzonder de vraag welke partijen meldingsplichtig zijn en welke rol het verschoningsrecht hierbij speelt. We sluiten af met een conclusie.

1. Inleiding

1.1. De Europese Mandatory Disclosure Richtlijn

De Europese Unie heeft de laatste jaren de nodige maatregelen genomen om de fiscale transparantie te vergroten door de samenwerking tussen de fiscale autoriteiten van de lidstaten te verbeteren. Dit traject is begonnen met Richtlijn 2011/16/EU,³ welke betrekking had op de uitwisseling van inlichtingen tussen de lidstaten ten behoeve van de handhaving van de nationale belastingen. De gegevensuitwisseling op basis van deze 'Directive on Administrative Cooperation' (afgekort 'DAC') kon spontaan, op verzoek of automatisch plaatsvinden. Richtlijn 2011/16/EU is sinds

haar inwerkingtreding vijf keer gewijzigd.⁴ De laatste en zesde wijziging heeft plaatsgevonden met de Mandatory Disclosure Richtlijn,⁵ welke wij hierna aanduiden als 'DAC6'. DAC6 is in werking getreden op 25 juni 2018.⁶

In de overwegingen van DAC6 valt te lezen dat deze is ingegeven vanuit de gedachte dat een transparant kader voor ontplooiing van bedrijfsactiviteiten kan bijdragen aan de bestrijding van belastingontwijking en -ontduiking op de interne markt.⁷ DAC6 creëert daarom een meldingsplicht voor alle spelers die betrokken zijn bij het bedenken, aanbieden, opzetten of beheren van mogelijk agressieve grensoverschrijdende fiscale planningsconstructies. Daarbij wordt opgemerkt dat DAC6 ziet op de interne markt en de meldingsplicht daarom uitsluitend geldt voor grensoverschrijdende situaties.

DAC6 moet ook een afschrikkende effect hebben. Om dit gestalte te geven moeten de belastingautoriteiten de relevante informatie vroegtijdig ontvangen. Ook worden de relevante inlichtingen gedeeld met de belastingautoriteiten in andere lidstaten. Deze uitwisseling zal via het door de Unie opgezette gemeenschappelijke communicatienetwerk ('CCN-netwerk') lopen. De lidstaten moeten ook doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties vaststellen voor de overtreding van de richtlijn.

1.2. Implementatie in Nederland

DAC6 verplicht de lidstaten om uiterlijk op 31 december 2019 de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen ter voldoening aan DAC6 vast te stellen. Toepassing van deze bepalingen staat voorgeschreven vanaf 1 juli 2020, maar de Europese Raad heeft onder invloed van de coronacrisis een optionele verlenging van de termijnen van DAC6 verleend.⁸

1 Mr. W. Verstijnen is partner en belastingadviseur bij Arcagna, tevens als docent verbonden aan de Erasmus School of Law.

2 Mr. A.J. van der Smeede is partner, belastingadviseur en advocaat bij Arcagna.

3 Richtlijn (EU) 2011/16 van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG (PB L 64 van 11.3.2011, blz. 1).

4 Richtlijn (EU) 2014/107 van de Raad van 9 december 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied (PB L 359 van 16.12.2014, blz. 1, 'DAC2'); Richtlijn (EU) 2015/2376 van de Raad van 8 december 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied (PB L 332 van 18.12.2015, blz. 1, 'DAC3'); Richtlijn (EU) 2016/881 van de Raad van 25 mei 2016 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied (PB L 146 van 3.6.2016, blz. 8, 'DAC4'); Richtlijn (EU) 2016/2258 van de Raad van 6 december 2016 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft toegang tot antiwitwasinlichtingen door belastingautoriteiten (PB L 342 van 16.12.2016, blz. 1, 'DAC5').

5 Richtlijn (EU) 2018/822 van de Raad van 25 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied met betrekking tot meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies (PB L 139 van 5 juni 2018, blz. 1, 'DAC6').

6 De twintigste dag na publicatie op 5 juni 2018 in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

7 DAC 6, overweging (4).

8 Richtlijn (EU) 2020/876 van de Raad van 24 juni 2020 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU om te voorzien in de dringende behoefte aan uitstel van bepaalde termijnen voor de verstrekking en uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied vanwege de COVID-19-pandemie (PB L 204 van 26 juni 2020, blz. 46).

In Nederland is op 18 december 2019 de Wet implementatie EU-richtlijn meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies (hierna: 'Implementatiewet') aangenomen.⁹ Met deze wet zijn de Wet op de internationale bijstandsverleningen bij de heffing van belastingen (hierna: 'WIB') en de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: 'AWR') gewijzigd. De Implementatiewet is in werking getreden met ingang van 1 juli 2020. Conform DAC6 ziet de meldingsplicht ook op grensoverschrijdende constructies waarvan de eerste stap van de implementatie op of na 25 juni 2018 is gezet.¹⁰

Door de coronacrisis zijn in Nederland de meldingsdata uitgesteld.¹¹ Constructies waarvan de eerste stap van implementatie is gezet in de periode van 25 juni 2018 tot en met 30 juni 2020 moeten uiterlijk op 28 februari 2021 zijn gemeld. Voor grensoverschrijdende constructies waarvan de eerste stap is gezet in de periode van 1 juli 2020 tot en met 31 december 2020 geldt dat uiterlijk moet worden gemeld op 30 januari 2021 (binnen dertig dagen te rekenen vanaf 1 januari 2021). Vanaf 1 januari 2021 geldt de reguliere meldingstermijn van 30 dagen te rekenen vanaf het ogenblik dat de eerste stap van de implementatie is gezet.¹²

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Implementatiewet valt te lezen dat het Adviescollege toetsing regeldruk aandacht heeft gevraagd voor het feit dat intermediairs in de praktijk moeite kunnen hebben met het vaststellen van het al dan niet meldingsplichtig zijn van concrete constructies. Het Adviescollege heeft geadviseerd om kenmerken van niet-meldingsplichtige constructies te expliciteren.¹³ Dit advies heeft geresulteerd in de op 24 juni 2020 gepubliceerde Leidraad meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies ('Leidraad').¹⁴ De Leidraad is bedoeld als een dynamisch document en zal (mede) worden onderhouden door het speciale MDR-team van de Belastingdienst/Grote Ondernemingen (kantoor Rotterdam). De Leidraad gaat in op begrippen uit de Implementatiewet en werkt gestileerde voorbeelden uit.

2. De meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie

2.1 Grensoverschrijdende constructie

Het begrip constructie is in DAC6 niet gedefinieerd. In de overwegingen bij DAC6 staat genoemd dat het doeltreffender is om te proberen grip te krijgen op mogelijk agressieve fiscale planningsconstructies door een lijst samen te stellen van de kenmerken en elementen van transacties die een sterke aanwijzing voor belastingontwijking of -misbruik vormen. In DAC6 wordt ook genoemd dat een constructie tevens een reeks van constructies kan zijn en dat een constructie uit verscheidene stappen of onderdelen kan bestaan. Korving en Verbaarschot schrijven dat het begrip constructie breed moet worden uitgelegd en niet alleen ziet op nieuw op te zetten structuren.¹⁵ Ook aanpassingen van een structuur of een planningsregeling waarbij een structuur ongewijzigd blijft, maar inkomensstromen wel wijzigen zouden als constructie kunnen worden aangemerkt. In de Leidraad staat geschreven dat het begrip constructie neutraal is bedoeld en veelvormig kan zijn, waarbij kan worden gedacht aan een transactie, handeling, overeenkomst, lening, afspraak of een combinatie daarvan.

Van een grensoverschrijdende constructie is sprake als een constructie meer dan één lidstaat of een lidstaat en een derde land betreft, waarbij ook aan ten minste één van de volgende voorwaarden moet worden voldaan:

- (i) Niet alle deelnemers aan de constructie hebben hun fiscale woonplaats in hetzelfde rechtsgebied;
- (ii) Één of meer van de deelnemers heeft zijn fiscale woonplaats in tegelijkertijd meer dan één rechtsgebied;
- (iii) Één of meer van de deelnemers aan de constructie oefent in een vaste inrichting een bedrijf uit in een ander rechtsgebied en de constructie ziet op een deel of het geheel van de vaste inrichting;
- (iv) Één of meer van de deelnemers aan de constructie oefent een activiteit uit in een ander rechtsgebied zonder zijn fiscale woonplaats of vaste inrichting in dat rechtsgebied; of
- (v) De constructie heeft mogelijk gevolgen voor de automatische uitwisseling van inlichtingen of de vaststelling van het uiteindelijk belang.¹⁶

De Leidraad verduidelijkt dat een constructie die gebruik maakt van een niet in Europa gelegen deel van het Koninkrijk der Nederlanden, zoals Bonaire of Curaçao, ook kan worden gezien als een grensoverschrijdende constructie.¹⁷

9 Wet van 18 december 2019 tot wijziging van de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen en de Algemene wet inzake rijksbelastingen in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2018/822 van de Raad van 25 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied met betrekking tot meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies (*PbEU* 2018, L 139), *Staatsblad* 2019, 509.

10 Artikel III Implementatiewet.

11 Besluit van 26 juni 2020, nr. 2020-13425, *Staatscourant* 2020, 33211.

12 Artikel 10h, elfde lid WIB jo. artikel 3b, tweede lid Uitvoeringsbesluit WIB.

13 Brief Adviescollege toetsing regeldruk d.d. 4 april 2019, kenmerk MvH/RvZ/HS/bs/ ATR0583/2019-U042.

14 Besluit van 24 juni 2020, nr. 2020-11382, *Staatscourant* 30 juni 2020, nr. 34991.

15 J.J.A.M. Korving en J.W.M. Verbaarschot, 'Mandatory Disclosure: naar de tijdgeest, maar met (fantoom)pijn?', *WFR* 2018/173.

16 Artikel 2d, eerste lid, letter a. WIB jo. artikel 3, achttiende lid, DAC6.

17 Leidraad, pagina 3.

2.2 *Meldingsplicht: de wezenskenmerken en de main benefit test*

Als eenmaal is vastgesteld dat sprake is van een grensoverschrijdende constructie, moet deze worden gemeld als de constructie voldoet aan ten minste één van de wezenskenmerken ('Hallmarks') die zijn uitgewerkt in bijlage IV van DAC6. De wezenskenmerken zijn in vijf categorieën onderverdeeld (letters A-E). Deze onderverdeling laat zich ruwweg als volgt samenvatten:

Categorie A: constructies waarbij (1) een intermediair geheimhouding bedingt ten aanzien van de wijze waarop een constructie fiscaal voordeel oplevert, of (2) een intermediair wordt beloofd op basis van het belastingvoordeel van de constructie, of waarbij (3) sprake is van een gestandaardiseerde structuur die zonder wezenlijke aanpassingen voor meerdere belastingplichtigen kan worden geïmplementeerd.

Categorie B: constructies waarbij (1) wordt gestructureerd op verliesverrekening door onder meer de overdracht van verliezen naar een ander rechtsgebied of versneld gebruik van verliezen, of (2) inkomsten worden omgezet in vermogen, schenkingen, of andere inkomstencategorieën die lager worden belast of van belasting worden vrijgesteld, of (3) waarbij middelen worden 'rondgepompt' zonder handelsdoel of van transacties die elkaar compenseren of tenietdoen.

Categorie C: constructies die betrekking hebben op (1) aftrekbare grensoverschrijdende betalingen, waarbij (2) in meerdere rechtsgebieden aanspraak wordt gemaakt op dezelfde afschrijving, waarbij (3) in meerdere rechtsgebieden aanspraak wordt gemaakt op voorkoming van dubbele belasting voor dezelfde inkomsten of vermogensbestanddelen, of waarbij (4) activa worden overgedragen en de te betalen vergoedingen in de diverse rechtsgebieden wezenlijk verschillen.

Categorie D: constructies die (1) kunnen leiden tot ondermijning van rapportageverplichtingen uit hoofde van automatische uitwisseling van inlichtingen binnen de EU of met derde landen of (2) waarbij de juridische of feitelijke eigendom niet transparant is door het gebruik van personen, juridische constructies of structuren.

Categorie E: specifieke wezenskenmerken in verband met verrekenprijzen (transfer pricing).

Voor constructies die voldoen aan de wezenskenmerken in categorieën A en B, of categorie C waar het betreft aftrekbare grensoverschrijdende betalingen met toepassing van een volledige belastingvrijstelling of gunstregime in het rechtsgebied van de ontvanger, geldt als aanvullende voorwaarde dat moet zijn voldaan aan de zogenoemde main benefit test. De main benefit test houdt in dat moet worden aangetoond dat het belangrijkste voordeel of één van de belangrijkste voordelen die van de constructie te verwachten valt het verkrijgen van een belastingvoordeel is.

Dit belastingvoordeel kan zowel binnen als buiten de EU opkomen.

Als vuistregel voor het voldoen aan de main benefit test kan gelden of de constructie ook zou zijn opgetuigd als er geen belastingvoordeel zou zijn geweest. Als niet aan dit vereiste wordt voldaan, dan hoeft de grensoverschrijdende constructie niet te worden gemeld. In de Leidraad staat hierover geschreven:

"Zou de constructie zonder de toepasselijke regelgeving echter niet (op dezelfde wijze) doorgaan? Dan kan een belastingvoordeel één van de belangrijkste te verwachten voordelen van de constructie zijn."¹⁸

Ook door het gebruik van de woorden 'op dezelfde wijze' doet de leidraad ons vermoeden dat de main benefit test ruim wordt uitgelegd.

3. **Relevante wezenskenmerken en voorbeelden**

Hieronder zullen wij stilstaan bij situaties in de brede estate planning praktijk waarvoor een meldingsplicht kan spelen. Wij zullen dit doen aan de hand van de specifieke wezenskenmerken B.2 en D.2 die het meest relevant zijn. Een vraag die nog gesteld zou kunnen worden is of wezenskenmerk A.3, dat betrekking heeft op gestandaardiseerde structuren, in de estate planningspraktijk een rol kan spelen. In onze ervaring is, zelfs als bij de uitwerking van regelingen met juridische modellen wordt gewerkt, altijd sprake van maatwerk. Wezenskenmerk A.3 laten wij dan ook verder buiten beschouwing.

3.1 ***Wezenskenmerk B.2: inkomsten worden omgezet in vermogen, schenkingen, of andere inkomstencategorieën die lager worden belast of van belasting worden vrijgesteld***

Wezenskenmerk B.2 lijkt het meest verband te houden met de private cliëntpraktijk door de samenhang met vermogen en schenkingen. Noch DAC6 noch de memorie van toelichting bij de Implementatiewet geeft een nadere uitwerking van dit wezenskenmerk. De Leidraad geeft wel een paar voorbeelden. Wij behandelen hiervan voorbeelden 6 en 8.¹⁹

Voorbeeld 6 gaat over de overdracht van een belang in een vennootschap aan een buitenlandse rechtspersoon, al dan niet via een lichaam dat vergelijkbaar is met de Nederlandse stichting of een trustachtige. Het voorbeeld bevremdt ons omdat kennelijk wordt beoogd om dividenduitkeringen voor de inbrenger om te zetten in schenkingen. In fiscaaltechnische zin is wat ons betreft maar zeer de

¹⁸ Leidraad, pagina 4.

¹⁹ Voorbeeld 5 ziet op de inkoop van aandelen van een buitenlandse aandeelhouder waarbij geen dividendbelasting is verschuldigd. Deze situatie zal in de praktijk regelmatig aan de orde komen.

vraag of deze structuur dit effect heeft door de regeling voor afgezonderd particulier vermogen.²⁰ Voorbeeld 6 gaat op dit aspect helaas niet in en zou wat ons betreft dan ook verduidelijkt dienen te worden.

Voorbeeld 8 betreft een situatie die betrekking heeft op de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956 ('SW 1956'). Het betreft een DGA die emigreert en beoogt zijn positie voor de Nederlandse bedrijfsopvolgingsregeling te optimaliseren door via zijn holding een belang in de vennootschap van zijn zoon te nemen. Het voorbeeld ziet wat ons betreft op een nationaal fiscaal vraagstuk. DAC6 is daarentegen juist gericht op planningsconstructies die worden opgezet om te kunnen profiteren van (markt)inefficiënties die voortvloeien uit de wisselwerking tussen uiteenlopende nationale belastingregels.²¹ Boer besteedt ook aandacht aan dit voorbeeld en concludeert dat een niet-grensoverschrijdende meldingsplichtige constructie geen plaats heeft binnen de leidraad.²² Ook Van Eijdsden besteedt in een interview aandacht aan dit aspect.²³ Wat ons betreft voert het (te) ver dat een nationale fiscale planning onder de meldingsplicht valt louter vanwege buitenlandse woonplaats van een betrokkene. De staatssecretaris is deze mening kennelijk wel toegedaan in de Leidraad. Het lijkt ons zinvol dat de staatssecretaris in de Leidraad zijn visie op dit punt expliciteert en bij voorkeur nuanceert.

De vervolgvraag die wij ons stellen is welke meer reële situaties onder het bereik van Wezenskenmerk B.2 kunnen vallen. Ook bij deze situaties is het antwoord op het hiervoor genoemde punt over de grensoverschrijdende constructie van groot belang en moet ook zijn voldaan aan de main benefit test. Wij gaan hierna in op (i) testamenten en nalatenschappen, (ii) schenkingen en (iii) de wijziging van huwelijksvoorwaarden.

(i) Testamenten en nalatenschappen

Hoewel testamenten primair tot doel hebben om de (civielrechtelijke) vererving van een toekomstige nalatenschap te regelen, hebben deze vaak ook een fiscale invalshoek. Het opstellen van een testament is (naar Nederlands recht) een eenzijdige rechtshandeling. DAC6 lijkt te veronderstellen dat van een constructie slechts sprake is als er twee of meer partijen bij betrokken zijn. In zoverre lijkt het opstellen van testamenten en de advisering daarover niet tot meldingsplicht te kunnen leiden.²⁴

Bij de afwikkeling van testamenten zijn daarentegen meerdere partijen betrokken. Een vraag is dan of keuzes bij de afwikkeling van een nalatenschap als constructie kunnen worden gezien. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de rente op onderbedelingsvorderingen. Deze rente kan ertoe leiden dat de nalatenschap van een langstlevende echtgenoot wordt verminderd en bij overlijden van de langstlevende minder erfbelasting is verschuldigd. Een ander element kan bijvoorbeeld een tweetrapsmaking zijn, een regeling die vaak ook met een fiscaal oogmerk wordt opgenomen. Als in de nalatenschap vervolgens een grensoverschrijdend element is doordat een van de erfgenamen in het buitenland woont of vermogen in het buitenland gelegen is, valt deze dan onder wezenskenmerk B.2 en is dan voldaan aan de main benefit test? Wij weten het antwoord niet.

(ii) Schenkingen

Uit de omschrijving van wezenskenmerk B.2 maken wij op dat een schenking an sich niet voldoet. Er moet sprake zijn van het omzetten van inkomsten in vermogen, schenkingen of andere inkomsten categorieën die lager worden belast. Zelfs als de schenking noch bij de schenker noch bij de ontvanger in de heffing van schenkbelasting wordt betrokken, lijkt dus niet aan wezenskenmerk B.2 te worden voldaan.

Een vraag is of een schenking onder specifieke omstandigheden wel onder wezenskenmerk B.2 kan vallen. Wat te denken van een tweetraps-schenking waarbij de schenker/insteller in het buitenland woont, geen fictief inwoner van Nederland is voor de SW 1956 en de begiftigde/bezwaarde in Nederland woont? Indien de schenker buiten Nederland woonachtig blijft, zal ook de toekomstige verkrijging door de verwachter niet zijn belast met Nederlandse schenkbelasting. Is hierbij dan wel sprake van het omzetten van inkomsten in een categorie inkomsten die lager is belast of vrijgesteld? Wij menen van niet, omdat ook voor de verwachter sprake is van een schenking en deze anders dan door schenking (of toekomstige vererving) geen aanspraak heeft op inkomsten uit het bezwaarde vermogen. Naar onze mening zou het daarbij geen verschil mogen maken dat de schenker civiel juridisch niet verkrijgt van de bezwaarde, maar van de insteller.

Ook bij de schuldiggerkenning uit vrijgevigheid kan de vraag worden gesteld of deze onder wezenskenmerk B.2 valt, met name met het oog op de rente die is verschuldigd. De rente wordt immers anders – en dus mogelijk lager – belast dan ingeval dit vermogen recht-toe-recht-aan zou worden geschonken. Ons lijkt het ver te gaan als dit onder wezenskenmerk B.2 zou vallen, maar we durven er onze hand niet voor in het vuur te steken.

20 Artikel 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001.

21 *Kamerstukken II* 2018-2019, 35 255, nr. 3, pagina 1.

22 J.P. Boer, 'De meldingsplichtige niet-grensoverschrijdende constructie: ontrictio in terminis?', *NIFR* 2020/2824.

23 www.taxlive.nl/nl/documenten/nieuws/leidraad-voor-nieuwe-meldplicht-belastingadviseurs-smaakt-naar-meer/.

24 De NOB heeft recent de Sectie MDR opgericht waarin – onder andere – casusposities worden besproken. In een interview gepubliceerd op 8 oktober 2020 geeft sectievoorzitter Van der Jagt een gelijke uitleg. Zie hiervoor <https://www.nob.net/vijf-vragen-aan-robert-van-der-jagt-over-nieuwe-sectie-mdr>.

(iii) Aangaan of wijzigen van huwelijksvoorwaarden

Door het aangaan en wijzigen van huwelijksvoorwaarden kunnen vermogensverschuivingen tussen echtgenoten plaatsvinden. Bijvoorbeeld door in het zicht van overlijden een huwelijksgemeenschap te creëren, kan de overlevende echtgenoot zonder heffing van schenkbelasting aanspraak krijgen op de helft van het tot de gemeenschap behorende vermogen. Als de gemeenschap niet zou zijn aangegaan en de langstlevende het vermogen krachtens erfrecht zou hebben verkregen, zou erfbelasting verschuldigd zijn. Als tot het vermogen aandelen behoren die kwalificeren als aanmerkelijk belang, schuift ook de inkomstenbelastingclaim op 50% van deze aandelen door naar de langstlevende. Dit terwijl bij overlijden inkomstenbelasting zou zijn geheven. Ook in deze situatie is de vraag of wordt voldaan aan wezenskenmerk B.2 en aan de main benefit test. Ook is relevant om te weten hoe het grensoverschrijdende element wordt uitgelegd. Bij een ruime uitleg zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn van meldingsplicht als beide echtgenoten in Nederland wonen, maar in het buitenland gelegen vermogensbestanddelen betrokken zijn.

3.2 *Wezenskenmerk D.2: de juridische of feitelijke eigendom is niet transparant door het gebruik van personen, juridische constructies of structuren*

Dit wezenskenmerk ziet op structuren die aan de volgende cumulatieve voorwaarden voldoen: (a) geen wezenlijke economische activiteit uitoefenen en (b) zijn opgericht, worden beheerd in, inwoner zijn van, onder zeggenschap staan of zijn gevestigd in een ander rechtsgebied dan de uiteindelijk begunstigde van de activa van de betreffende structuur en (c) de UBO's van die personen, juridische constructies of structuren niet-identificeerbaar zijn gemaakt. Voor de definitie van UBO wordt aangesloten bij de vierde Europese anti-witwasrichtlijn.²⁵ Van belang is dat voor dit wezenskenmerk niet voldaan hoeft te worden aan de main benefit test.

Hierna bekijken wij bij welke structuren dit wezenskenmerk in de praktijk een rol kan gaan spelen. Allereerst staan wij in dit kader stil bij een houdster of beleggingsstructuur die gebruik maakt van een open commanditaire vennootschap (hierna: 'CV') of open fonds voor gemene rekening (hierna: 'FGR'). Eén van de kenmerken van deze structuren is dat de CV en het FGR (in beginsel) niet onder het jaarrekeningrecht vallen en zodoende geen jaarrekening hoeven te deponeren. Voor buitenstaanders is het om deze reden minder gemakkelijk om zicht te krijgen op de omvang van het vermogen in de structuur en daarmee van het vermogen van de achterliggers. In de praktijk is bij deze structuren

vaak geen sprake van een grensoverschrijdend element. Zou echter wel sprake zijn van een grensoverschrijdend element, bijvoorbeeld omdat de entiteit is opgericht naar het recht van een andere lidstaat of één van de achterliggers buiten Nederland woont, dan wordt met de structuur naar onze mening niet voldaan aan wezenskenmerk D.2. De UBO's van de CV en het FGR zullen immers ingeschreven worden in het UBO-register waardoor er geen sprake is van niet-identificeerbare UBO's.²⁶ Opmerkelijk is overigens dat de Belastingdienst in vooroverleg dat betrekking heeft op CV of FGR-structuren aangeeft dat zij geen zekerheid vooraf geeft over de fiscale gevolgen van rechtshandelingen waardoor in het maatschappelijk verkeer mogelijk minder eenduidig is wie de uiteindelijk begunstigde(n) is (zijn) tot een vermogen van juridische entiteiten. De CV en het FGR zijn onder het UBO-register verplicht om accurate informatie bij te houden over wie hun uiteindelijk begunstigde(n) is (zijn). De terughoudendheid van de Belastingdienst op dit punt berust wat ons betreft dan ook op een oneigenlijk argument.

Structuren die in de praktijk wel zullen vallen onder wezenskenmerk D.2 zijn wat ons betreft structuren waarbij niet EU-entiteiten worden gebruikt, zelfs als deze fiscaal in Nederland gevestigd zijn. Informatie over uiteindelijk begunstigde(n) hoeft op grond van de vierde Europese anti-witwasrichtlijn uitsluitend te worden bijgehouden voor vennootschappen en entiteiten die zijn opgericht binnen het grondgebied van een lidstaat.²⁷ Voor het nog in te voeren Nederlandse UBO-register voor trusts kan dit overigens anders zijn. In het consultatiewetsvoorstel is over de reikwijdte namelijk opgenomen dat ook trusts waarvan de trustee buiten de EU is gevestigd onder het bereik van het register vallen als de trustee in Nederland een zakelijke relatie aangaat of onroerend goed verwerft.²⁸

4. **Formele aspecten**

4.1 *Meldingsplicht: intermediair, hulpintermediair, relevante belastingplichtige*

De definitie van intermediair is ruim en strekt zich uit tot personen die een meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie bedenken, aanbieden, opzetten, beschikbaar maken voor implementatie of implementeren.²⁹ Daarbij is genoemd dat ook als intermediair worden aangemerkt de personen die weten of redelijkerwijs konden weten dat zij rechtstreeks of via andere personen hulp, bijstand of advies verstrekken bij het bedenken, aanbieden, opzetten, beschikbaar maken voor implementatie of implementeren van een meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie. Deze laatste categorie wordt aangeduid als 'hulpintermediair'.

25 Richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie (PB L 141 van 5 juni 2015, blz. 73).

26 Voor de CV is dit ten tijde van het schrijven van dit artikel al het geval. Voor het FGR geldt dat dit – naar alle waarschijnlijkheid – zal worden opgenomen in het nog te creëren UBO-register voor trusts.

27 Artikel 30, eerste lid, Richtlijn (EU) 2015/849.

28 Artikel 3, consultatiewetsvoorstel Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van trusts en soortgelijke juridische constructies.

29 Artikel 2d, eerste lid, letter d. WIB jo. artikel 3, eenentwintigste lid, DAC6.

Een belangrijk verschil tussen de intermediair en de hulpintermediair betreft de mogelijkheid voor de hulpintermediair om bewijs te kunnen leveren van het feit dat deze niet kon weten bij een meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie betrokken te zijn. Ter ondersteuning van dit bewijs kunnen alle relevante feiten en omstandigheden, beschikbare informatie en relevante deskundigheid en begrip ervan worden vermeld.

Noch in DAC6 noch bij de parlementaire behandeling van de Implementatiewet, noch in de Leidraad worden voorbeelden gegeven van intermediairs en hulpintermediairs. So wieso zal de belastingadviseur (meestal) als intermediair kwalificeren. Ook advocaten en notarissen die betrokken zijn bij de opzet van een constructie zullen snel als intermediair kwalificeren. In de private clientpraktijk komen vaak ook het multi family office, het single family office, de corporate finance adviseur, de accountant, de bank, de vermogensbeheerder, het trustkantoor en andere vertrouwenspersonen naar voren. Ook deze partijen zullen zich zeker ervan bewust moeten zijn dat hun rol kan leiden tot een meldingsplicht. Daarbij dient te worden opgemerkt dat de hulpintermediair geen onderzoeksplicht heeft en niet is gehouden om meer informatie te verzamelen dan benodigd voor de betreffende dienstverleningen om te kunnen beoordelen of hij kwalificeert als hulpintermediair.³⁰ Voor wat betreft de persoon van de intermediair geldt dat zowel natuurlijke als rechtspersonen als intermediair kunnen kwalificeren. Bij de beoordeling van wie intermediair is, gelden de contractuele verhoudingen, waardoor ingeval van een dienstverleningsovereenkomst met een belastingadvieskantoor het kantoor als intermediair wordt gezien en niet de individuele belastingadviseur.³¹

Meldingen moeten worden gedaan in het land waarmee de meldingsplichtige connectie heeft door (i) fiscaal inwonerschap, (ii) een vaste inrichting van waaruit diensten in verband met de constructie zijn verleend, (iii) oprichting of toepasselijkheid van wetgeving of (iv) inschrijving bij een beroepsorganisatie voor juridische, fiscale of adviesdiensten. Het is voor de meldingsplicht niet relevant waar de deelnemers aan een constructie hun fiscale woonplaats hebben. Een Nederlandse intermediair moet dus ook een melding in Nederland doen als hij optreedt bij de implementatie van een buitenlandse grensoverschrijdende constructie.

In beginsel zijn alle (hulp)intermediairs verplicht om aan de meldingsplicht te voldoen. Er geldt een ontheffing als een andere (hulp)intermediair, in Nederland of elders in Europa, al melding heeft gemaakt van de grensoverschrijdende constructie. Dit kan aannemelijk worden gemaakt door te verwijzen naar het referentienummer dat deze an-

dere intermediair heeft ontvangen bij de melding aan de fiscale autoriteiten.³²

Het fiscale verschoningsrecht van de AWR is doorgetrokken in de Implementatiewet.³³ Dit betekent dat – onder andere – advocaten en notarissen zich kunnen beroepen op hun geheimhoudingsplicht, waarbij de vraag is of dit beroep ook kan worden gedaan als werkzaamheden worden verricht in de hoedanigheid van belastingadviseur en niet van verschoningsgerechtigde. Intermediairs die zich op hun verschoningsrecht beroepen moeten andere intermediairs die betrokken zijn bij dezelfde meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie, of bij gebreke van andere intermediairs, de relevante belastingplichtigen onverwijld in kennis stellen als zij een beroep doen op hun verschoningsrecht. Als er door het beroep op het verschoningsrecht van intermediairs geen meldende intermediair is, zal de relevante belastingplichtige moeten melden.³⁴

Doordat er al snel een groot aantal partijen een meldingsplicht heeft is het voor een belastingplichtige zaak om de regie rondom meldingen naar zich toe te trekken door samen met zijn belangrijkste adviseur/intermediair toe te zien op een melding die juist en volledig is en rekening houdt met alle onderdelen van een meldingsplichtige constructie. Als onderdeel van de advisering wordt dan aan alle betrokkenen duidelijk welke intermediair zal melden en zal het referentienummer ook worden gedeeld.

4.2 Gegevens en inlichtingen

Een melding van een meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie moet de volgende gegevens en inlichtingen bevatten:

- a. naam, fiscale woonplaats, fiscaal nummer van de intermediair en de relevante belastingplichtige(n) en eventueel van personen die een verbonden onderneming vormen met de relevante belastingplichtige;
- b. geboortedatum en -plaats van natuurlijke personen die intermediair of relevante belastingplichtige zijn;
- c. nadere bijzonderheden over de van toepassing zijnde wezenskenmerken;
- d. een samenvatting van de grensoverschrijdende constructie;
- e. de datum waarop de eerste stap van implementatie is of zal worden gezet;
- f. nadere bijzonderheden van de nationale bepalingen die aan de meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie ten grondslag liggen;
- g. de waarde;³⁵

32 Artikel 10h, negende lid, WIB.

33 Artikel 10h, vijfde lid, WIB. In dit artikel wordt artikel 53a, eerste lid, AWR van overeenkomstige toepassing verklaard. Zie voor nadere uiteenzettingen ook J.H.G. Visser, 'De Mandatory Disclosure Rules: notarissen opgelet!', *JBN 2020-10.42* en C. Bruijsten, 'Mandatory Disclosure: uitstel melding grensoverschrijdende constructies', *FBN 2020/7-8-32*.

34 Artikel 10h, achtste lid, WIB jo. artikel 8 bis ter, zesde lid, DAC6.

35 Wat onder waarde moet worden verstaan is niet toegelicht en daarmee voor interpretatie vatbaar.

30 *Kamerstukken II 2018-2019, 35 255, nr. 3, pagina 33.*

31 *Kamerstukken II 2018-2019, 35 255, nr. 3, pagina's 33-34.*

- h. de lidstaat van de relevante belastingplichtige en eventuele andere lidstaten waarop de meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie van invloed zal zijn;
- i. de identificatiegegevens van andere personen op wie de meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie naar alle waarschijnlijkheid van invloed zal zijn, onder vermelding van de lidstaten waar deze personen een relatie mee hebben.

Voor alle duidelijkheid merken wij op dat een intermediair hierbij uitsluitend de gegevens hoeft te verstrekken waar hij kennis of bezit van heeft of controle over heeft. Er bestaat voor de intermediair geen onderzoeksplicht.³⁶

In artikel 16 AWR wordt bepaald dat de gegevens die ingevolge DAC6 zijn gemeld voor de inspecteur niet als bekend worden aangemerkt als deze de inspecteur niet redelijkerwijs anders bekend hadden kunnen zijn. Bij het opleggen van navorderingsaanslagen kan de inspecteur dan ook niet worden tegengeworpen dat er geen sprake is van een nieuw feit door – louter – de melding op grond van DAC6.

4.3 Boete

Het niet, niet tijdig, niet volledig of niet juist nakomen van de meldingsverplichtingen wordt als vergrijp aangemerkt als er sprake is van opzet of grove schuld van de intermediair. Dit vergrijp kan worden beboet met een bestuurlijke boete van ten hoogste het bedrag van de zesde categorie (met ingang van 1 januari 2020 EUR 870.000.³⁷ De verschoningsgerechtigde blijft hierbij niet buiten schot, omdat ook de kennisgeving aan andere intermediairs en/of relevante belastingplichtigen onder het bereik van de boete is gebracht. Voor de boeteoplegging wordt voor de vraag wie kwalificeert als intermediair ook uitgegaan van de contractuele verhoudingen, waardoor bijvoorbeeld het dienstverlenende belastingadvieskantoor als intermediair wordt gezien en niet de individuele belastingadviseur.

Met de hoogte van deze boete wordt wat ons betreft ruimschoots voldaan aan het afschrikwekkende effect dat van DAC6 moet uitgaan. De boete moet daarbij proportioneel zijn en rekening houden met strafverminderende en strafverzwarende omstandigheden, waarbij volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Implementatiewet ook de 'mate van agressie' meeweegt.³⁸ Voor de praktijk is van belang dat een pleitbaar standpunt aan boeteoplegging in de weg staat. Voor (hulp)intermediairs is het dan ook raadzaam om overwegingen rondom meldingen of het achterwege laten van meldingen vast te leggen, zodat deze

in latere discussies kunnen worden ingebracht. Niet in de laatste plaats betreft dit overwegingen rondom de main benefit test, meer in het bijzonder de vraag of de constructie ook zou zijn opgetuigd als er geen belastingvoordeel was.

5. Conclusie

Wat ons betreft kunnen de volgende conclusies worden getrokken uit DAC6, de Implementatiewet en de Leidraad:

- De potentiële reikwijdte van de regelgeving is groot. Het aantal situaties dat tot een melding kan leiden in de brede estate planning praktijk is daardoor ook groot.
- Veel is nog onduidelijk, mede omdat de Leidraad op dit moment uitgaat van niet reële voorbeelden, waarbij ook de vraag kan worden gesteld of deze überhaupt een internationale component hebben. Er rust dus een schone taak op de Staatssecretaris van Financiën en het MDR-team van de Belastingdienst om deze duidelijkheid te verschaffen bij de verdere ontwikkeling van de Leidraad.
- Het aantal meldingsplichtige partijen is groot en niet beperkt tot de belangrijkste adviseur. Zo zullen family offices, trustkantoren, banken enz. ook al snel een meldingsplicht hebben. Een wettelijk verschoningsrecht zal er nimmer toe leiden dat er geen melding hoeft te worden gedaan, aangezien uiteindelijk de belastingplichtige zal dienen te melden. De verschoningsgerechtigde mag daarbij niet over het hoofd zien om andere (hulp)intermediairs en de belastingplichtige te informeren over zijn beroep op het verschoningsrecht.
- De boetes voor (hulp)intermediairs die bewust niet melden en verschoningsgerechtigden zoals notarissen en advocaten die hun cliënten en andere betrokken intermediairs niet informeren over het achterwege laten van een melding vanwege een beroep op het verschoningsrecht zijn hoog. De noodzaak om te voldoen aan de meldingsplicht vanaf begin 2021 is dan ook groot.
- Het is voor een belastingplichtige en zijn trusted adviser belangrijk om de regie over de melding naar zich toe te trekken. De melding kan dan juist en volledig worden gedaan en creëert ook rust voor alle betrokken adviseurs.

³⁶ *Kamerstukken II* 2018-2019, 35 255, nr. 3, pagina 37. Hier wordt genoemd dat het voorgestelde artikel 10h, eerste lid, WIB regelt verder dat een intermediair alleen de gegevens en inlichtingen, bedoeld in het voorgestelde artikel 10h, tweede lid, WIB, behoeft te verstrekken waarvan hij kennis of bezit heeft of waarover hij controle heeft.

³⁷ Artikel 23, vierde lid, Wetboek van Strafrecht.

³⁸ *Kamerstukken II* 2018-2019, 35 255, nr. 3, pagina's 44-45.