

Directoraat-Generaal Fiscale Zaken
Ministerie van Financiën
Postbus 20201
2500 EE Den Haag

Adres
'Malietoren'
Bezuidenhoutseweg 12
Den Haag
Postadres
Postbus 93002
2509 AA Den Haag
Telefoon
070 349 03 49
Telefax
070 349 03 00

Briefnummer
17/10.857/DJS

Den Haag
21 augustus 2017

Onderwerp
Consultatie Wetsvoorstel Implementatie
ATAD

Telefoonnummer
070-3490432
E-mail
sinke@vnoncw-mkb.nl

Geachte heer, mevrouw,

Wij hebben met belangstelling kennis genomen van het ter consultatie voorgelegde Wetsvoorstel Implementatie van de anti-tax avoidance directive (ATAD). Korthedshalve verwijzen wij naar bijgevoegde notitie met onze reactie ten aanzien van genoemd concept wetsvoorstel.

Hoogachtend,

mr. J.M. Lammers
Directeur Economische Zaken

Implementatie van de Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)

VNO-NCW heeft met belangstelling kennisgenomen van het ter consultatie voorgelegde wetsvoorstel ter implementatie van de eerste Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD). Met de Anti Tax Avoidance Directive zet de EU belangrijke en concrete stappen in de aanpak van belastingontwijking. Europa loopt voorop bij de implementatie van de internationale afspraken die voortvloeien uit het BEPS-project van de OESO. Tegelijkertijd zien we internationaal een steeds scherpere concurrentiestrijd in het aantrekken van bedrijvigheid en werkgelegenheid, terwijl het Nederlandse vestigingsklimaat steeds meer onder druk staat.

Middels deze brief maken wij gebruik van de mogelijkheid te reageren, waarbij ons commentaar niet is beperkt tot de drie vragen die zijn voorgelegd. We zullen ingaan op een aantal fundamentele keuzes die de wetgever dient te maken, en bespreken voorts enkele aspecten waarvan het wenselijk is meer helderheid te creëren.

1. Algemeen

Vanwege de relatief kleine thuismarkt is het Nederlandse bedrijfsleven traditioneel sterk gericht op het buitenland. Het beleid is ook altijd gericht geweest op het wegnemen van belemmeringen voor het expanderen over de grens. Dat beleid heeft er tevens voor gezorgd dat Nederland aantrekkelijk is voor buitenlandse bedrijven om vanuit Nederland hun internationale activiteiten te ontplooiën. Internationaal opererende ondernemingen in Nederland bieden twee miljoen mensen direct werk (40% van de werkgelegenheid in het bedrijfsleven), een veelvoud hiervan indirect werk, zijn gemiddeld bijna twee keer zo productief als binnenlands georiënteerde ondernemingen en leveren meer dan twee derde van de productie van het bedrijfsleven. Een rijk bezit voor de welvaart van ons land. Ter behoud van het Nederlandse investeringsklimaat voor internationaal opererende ondernemingen is de relatief hoge belastingdruk een van de elementen die moet worden aangepakt. Alleen dan kunnen deze ondernemingen blijven concurreren op het internationale speelveld.

Onderhavig wetsvoorstel draagt via grondslagverbreding bij aan een hogere belastingdruk en treft ook situaties waarin geen sprake is van belastingontwijking. Een algemene renteaftrekbeperking creëert *overkill* bij ondernemingen waar geen sprake is van misbruik en waar ontwijkingsmotieven geen enkele rol spelen bij het aangaan van leningen en de daarmee samenhangende renteaftrek. Kapitaalintensieve ondernemingen financieren in de regel hun belaste inkomstgenererende activa met externe leningen, ook die rente kan getroffen worden door onderhavig wetsvoorstel.¹ Het is van belang reële economische activiteiten en hoofdkantoren voor Nederland te behouden. Dit betekent naar ons oordeel enerzijds implementatie van de minimumnorm en anderzijds het terugsluizen van budgettaire opbrengsten via verlaging van de belastingdruk bij het bedrijfsleven.

Voor VNO-NCW is het uitgangspunt dat de belastingregels ‘eerlijk’ zijn: belasting moet worden betaald waar waarde en winst worden gecreëerd, misbruik wordt bestreden, en dubbele belasting wordt voorkomen. Daarnaast is het voor belastingplichtige én Belastingdienst van belang dat het fiscale systeem te allen tijde duidelijk, eenvoudig, en transparant is. Het is voor het bedrijfsleven essentieel dat wordt gestreefd naar een gelijk speelveld, zowel op nationaal niveau als op internationaal niveau – Europees, maar ook

¹ Het kan verstreckende consequenties hebben als miv 2019 “operational leases” ook op de IFRS balans (IFRS 16) opgenomen moeten worden als “financial lease”.

mondiaal. Het is om die reden van belang om te inventariseren hoe andere lidstaten ATAD implementeren.

2. Earningstrippingregeling

2.1. 30%-ratio

In het wetsvoorstel is ervoor gekozen om de renteaftrek te beperken tot 30% van de EBITDA. Daarbij wordt aangesloten bij de gecorrigeerde belastbare winst (EBITDA). Dit betekent onder meer dat vrijgestelde inkomensbestanddelen niet worden meegenomen voor de berekening van de 30%-ratio. Dit baart ons zorgen. Het uitsluiten van vrijgestelde inkomensbestanddelen (bijvoorbeeld vrijgestelde winstuitdelingen ontvangen van buitenlandse dochtermaatschappijen) heeft disproportionele consequenties voor Nederlandse multinationale ondernemingen die een relatief groot deel van hun inkomsten in het buitenland genereren. Ondernemingen in grotere lidstaten met een grotere thuismarkt kunnen over het algemeen hogere nationale winsten genereren waardoor deze ondernemingen meer (externe) rente kunnen absorberen. Ondernemingen in die landen hebben zodoende een concurrentievoordeel ten opzichte van ondernemingen in kleinere lidstaten.

Hoewel het uitsluiten van vrijgestelde inkomensbestanddelen bij het bepalen van de gecorrigeerde belastbare winst in lijn is met ATAD, leidt deze regel tot een aanzienlijke relatieve verslechtering van het Nederlandse investeringsklimaat. Ter behoud van de Nederlandse concurrentiekracht en met het oog op het internationale *level-playing field* zal het negatieve effect van de 30%-ratio op bedrijven in Nederland gemitigeerd moeten worden. Dat kan door bij de implementatie zoveel mogelijk aan te sluiten bij de minimumnorm.

Graag vragen wij aandacht voor het indirecte effect van de maatregel op de effectiviteit van de innovatiebox. In de voorgestelde tekst lijkt de Innovatiebox de gecorrigeerde belastbare winst te verlagen. Dat betekent dat het effect van de renteaftrekbeperking groter is bij belastingplichtigen die gebruik maken van de innovatiebox dan bij andere belastingplichtigen, terwijl deze belastingplichtigen qua winstgevendheid en financiering in dezelfde positie verkeren. Wij beschouwen dit als een ongewenst indirect effect op de doelstelling achter de innovatiebox.

2.2. Drempelbedrag € 3 miljoen

In het wetsvoorstel wordt voorgesteld een drempelbedrag van € 3 miljoen in te voeren. Dit is conform de minimumvereisten van ATAD en behoedt kleinere bedrijven in Nederland voor onnodige complexiteit. Wij achten dit een verstandige keuze.

2.3. Groepsuitzondering

De ATAD biedt EU-lidstaten de mogelijkheid om de impact van de renteaftrekbeperking te mitigeren door rekening te houden met een tegenbewijsregeling in de vorm van een groepsuitzondering:

- de ratio Eigen Vermogen/Totale Activa van de belastingplichtige ten opzichte van de groep waarvan zij deel uitmaakt (**eigenvermogenuitzondering**)
- de rentelasten van de belastingplichtige ten opzichte van de (externe) rentelasten van de groep waarvan zij deel uitmaakt (**EBTIDA-uitzondering**).

Het opnemen van een groepsuitzondering is cruciaal voor het Nederlandse bedrijfsleven dat ten ene male opereert vanuit een land met een relatief kleine thuismarkt. Deze uitzondering is juist opgenomen omdat werd onderkend dat de 30%-ratio in sommige situaties tot onredelijke

uitkomsten kan leiden. Bovendien is juist in de gevallen waarin de onderneming voldoet aan de groepsuitzondering geen sprake van grondslaguitholling. De suggestie in **vraag 1** dat een groepsuitzondering achterwege zou kunnen blijven miskent doel en strekking van ATAD en zal consequenties hebben voor de internationale concurrentiepositie van het Nederlandse bedrijfsleven. Naar ons oordeel biedt de tekst van de richtlijn de mogelijkheid om beide uitzonderingen naast elkaar te laten bestaan. De onderneming kan dan kiezen voor de uitzonderingsmogelijkheid die het beste past.

Van de twee opties beschouwen wij de eigenvermogensuitzondering de meest effectieve en gelijkwaardige voor bedrijven met een Nederlandse topholding en hoofdkantoor. Wij gaan er daarbij wel vanuit dat bij de berekening van de verhouding tussen het eigen vermogen en totale activa van de belastingplichtige mag worden uitgegaan van de commerciële geconsolideerde balans van de belastingplichtige (dus geen eliminatie van deelnemingen ten laste van het eigen vermogen). De voorgestelde wettekst laat hier ruimte voor en de voorbeelden lijken dit ook te suggereren. De EBITDA-uitzondering biedt minder soelaas voor Nederlandse topholdings met relatief veel vreemd vermogen. Zij hebben veelal niet de keuze om activiteiten buiten Nederland te financieren met eigen vermogen in plaats van vreemd vermogen.

2.4. Schrappen bestaande renteaftrekbeperkingen

In **vraag 1** bij deze consultatie is aangegeven dat een keuze voor de groepsuitzondering niet kan samengaan met afschaffing van bestaande specifieke renteaftrekbeperkingen van de artikelen 13l, 15ad, en 20 vierde lid van de Wet Vennootschapsbelasting 1969. Helaas wordt niet toegelicht waarom er een directe relatie is tussen deze twee elementen. Wat ons betreft hoeft het een het ander niet uit te sluiten; voor ons is niet vanzelfsprekend dat een keuze voor de groepsuitzondering in de weg staat aan afschaffen van specifieke renteaftrekbeperkingen.

Gesteld voor de keuze weegt het schrappen van specifieke renteaftrekbeperkingen niet op tegen de disproportionele effecten die optreden bij het achterwege laten van de groepsuitzondering.

2.5. Overgangsrecht

De ATAD biedt de mogelijkheid de earningstrippingregeling niet toe te passen op leningen die zijn gesloten voor 17 juni 2016. In het wetsvoorstel is niet gekozen voor overgangsrecht, mede vanwege de verwachte onevenredige uitvoeringslast die *grandfathering* met zich mee kan brengen. In **vraag 2** bij de consultatie is gevraagd of overgangsrecht wenselijk is.

Wij hechten grote waarde aan regelgeving die voor zowel Belastingdienst als belastingplichtige uitvoerbaar is zonder al te grote administratieve lasten. Dit moet afgewogen worden tegen de voordelen die de maatregelen bieden. In het verleden bleek overgangsrecht ook voor de uitvoering goed mogelijk, bijvoorbeeld bij de invoering van artikel 13l. Niet duidelijk is waarom de uitvoeringslast nu onevenredig uitpakt. Door de bewijslast bij de belastingplichtige te leggen kan de uitvoeringslast bij de Belastingdienst worden beperkt. De belastingplichtige die een beroep wil doen op de eerbiedigende werking verplicht zichzelf tot het bijhouden van een administratie van de leningen die onder de eerbiedigende werking vallen. De belastingplichtige verklaart dan jaarlijks in de aangifte dat de meest essentiële onderdelen van de 'oud-regime' leningen (i.e. looptijd, leningbedrag, en rentepercentage) niet gewijzigd zijn.

2.6. Vooruit- en terugwentelen

Vanwege het procyclische karakter van de renteaftrekbeperving hechten wij grote waarde aan de mogelijkheid van het vooruit- en terugwentelen van niet-aftrekbare overschotten en het voortwentelen van onbenutte rentecapaciteit. In het voorstel is gekozen voor de mogelijkheid om onbeperkte voorwaartse voortwenteling van niet aftrekbare overschot (optie 1). De richtlijn biedt echter ruimere mogelijkheden om de procyclische effecten te mitigeren (optie 2 en 3). Wij pleiten er daarom voor juist gebruik te maken van één van deze ruimere optie-mogelijkheden.

2.7. Openbare infrastructuurprojecten

De ATAD geeft de mogelijkheid om van de earningstrippingregeling uit te zonderen ‘leningen die voor de financiering van een langlopende openbare-infrastructuurproject worden gebruikt waarbij de uitvoerder van het project, de financieringskosten, de activa en de inkomsten zich allemaal in de Europese Unie bevinden’. In het wetsvoorstel is echter geen uitzondering voor de financiering van dergelijke ‘openbare infrastructuurprojecten’ opgenomen. Wij zouden graag zien dat een richtlijnconforme vrijstelling voor de financiering van PPS-projecten wordt opgenomen. Secundair pleiten we voor het opnemen van een overgangsregeling voor leningen van PPS-projecten die voor 17 juni 2016 zijn verstrekt (zie 2.5 Overgangsrecht).

De door de overheid geïnitieerde PPS-projecten kennen een lange looptijd (van 20 tot 30 jaar) welke met een relatief groot percentage vreemde vermogen zijn gefinancierd. De financiering van PPS-projecten is gebaseerd op de cash flow die met het PPS-project wordt gegenereerd. De voorgestelde earningstrippingregeling heeft een aanzienlijke impact op die cash flow en leidt ertoe dat bestaande PPS-projecten in grote problemen komen. De in het consultatiedocument genoemde bezwaren tegen het opnemen van een uitzondering voor PPS-projecten overtuigen niet.

- Voor de veronderstelde moeilijke afbakening van het begrip PPS-projecten kan aansluiting worden gezocht bij definities zoals die in andere EU-lidstaten worden gehanteerd. In dit verband wijzen wij op ‘qualifying infrastructure companies’ definitie in het Verenigd Koninkrijk en de PPP-vennootschap definitie in de Belgische thincap regeling. Ook in het BEPS 4 rapport is een definitie opgenomen van PPS-projecten (paragraaf 66).
- Nu het overgrote deel van de PPS-projecten is ondergebracht in separate zelfstandig belastingplichtige vennootschappen zal de veronderstelde bewerkelijke cijfermatige uitvoering zich in de praktijk niet voordoen. De fiscale gevolgen van PPS-projecten worden in constructief overleg vooraf en gedurende de looptijd van het project worden afgestemd met de Belastingdienst.
- Ten slotte geldt dat gelet op de aard van de PPS-projecten, de publieke sector als opdrachtgever en het feit dat PPS-projecten voor het overgrote deel extern zijn gefinancierd, grondslaguitholling of winstverschuiving zich niet of nauwelijks voordoen.

Tegelijk kan de uitzonderingsclausule de financiering van openbare-infrastructuurprojecten met een maatschappelijk belang vergemakkelijken. Wij denken aan investeringsprojecten op het terrein van een duurzame energievoorziening en andere projecten die bijdragen aan het versterken van de Nederlandse (digitale) infrastructuur.

3. Exit heffing

Wij onderschrijven de gekozen wijze van implementatie.

4. GAAR

Wij onderschrijven de gekozen wijze van implementatie.

5. CFC-regels

De CFC-regels uit ATAD zijn primair gericht op belastingplichtigen die winsten van (veelal mobiele) inkomensstromen verplaatsen naar laagbelaste landen zonder dat daar reële economische activiteiten tegenover staan.

Het internationaal gehanteerde uitgangspunt bij de bestrijding van belastingontwijking is dat belasting moet worden geheven daar waar waarde en winsten worden gegenereerd. Dit betekent dat als een onderneming in het buitenland winst maakt met reële economische activiteiten, deze aldaar moeten worden belast en niet in de Nederlandse heffing moeten worden betrokken. Het is van belang te benadrukken dat het enkel houden van een vennootschap in een laagbelast land niet per definitie hoeft te leiden tot een ‘bijheffing’ in Nederland.

Het wetsvoorstel lijkt aan te sluiten bij de reële heffingstoets van artikel 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met als enige verschil het tarief. Hieruit maken wij op dat een ‘pure houdstervenootschap’ die slechts vrijgestelde dividenden ontvangt en daarmee een effectief tarief van *nihil* heeft, daarmee geen gecontroleerd lichaam is geworden, mits in Nederland de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing zou zijn geweest. Het is dus van belang dat wordt gekeken naar hoe de inkomsten vanuit Nederlands perspectief behandeld zouden worden. Wij adviseren hier in de toelichting bij het wetsvoorstel meer aandacht aan te besteden.

De administratieve lasten die gepaard gaan met de invoering van de CFC-regels zullen enorm zijn voor belastingplichtige én Belastingdienst. Bij het toepassen van de CFC-regels en het vaststellen of een buitenlandse onderneming een “gecontroleerd lichaam” is in de zin van 15ba, moet door de hele structuur van een onderneming worden gekeken. Voor elk van de vennootschappen waarin mogelijk besmette voordelen zitten, moet een berekening worden gemaakt om te bepalen of de winst van de dochteronderneming “naar Nederlandse maatstaven redelijk is”. Dit gaat verder dan de huidige regelgeving die slechts naar direct gehouden dochtervennootschappen kijkt.

In overeenstemming met ATAD1 is een uitzondering opgenomen voor financiële ondernemingen waarbij de besmette voordelen ten minste hoofdzakelijk afkomstig zijn van derden. Echter, de CFC regels ten aanzien van vaste inrichtingen bevatten geen soortgelijke uitzondering voor financiële ondernemingen. In het voorgestelde artikel 15e, tiende lid, laatste volzin van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ontbreekt de verwijzing naar het voorgestelde artikel 15ba, derde lid, onderdeel b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Het consultatiedocument bevat geen toelichting ten aanzien van dit punt. Ten behoeve van een gelijke behandeling van dochtermaatschappijen en vaste inrichtingen zou de uitzondering voor financiële ondernemingen van overeenkomstige toepassing moeten zijn op vaste inrichtingen van de belastingplichtige.

5.1. Model A of Model B?

In **vraag 3** wordt gevraagd naar de voorkeur voor Model A of Model B. In het wetsvoorstel is gekozen voor Model A omdat dit strookt met de motie Groot. Deze motie is tijdens de behandeling van het Belastingplan 2017 aangenomen en stelt dat Model A “zeer effectief is ter bestrijding van grondslaguitholling en kunstmatige winstverplaatsing” en Model B “niet veel toevoegt aan bestaande regels voor transfer pricing.”

Wij achten dit geen correcte voorstelling van zaken, nu de indruk wordt gewekt dat Model B niets zou doen ter bestrijding van kunstmatige verschuiving van winst en dat Model A het beste alternatief zou zijn. Een dergelijke presentatie doet geen recht aan de verwachte effectiviteit van beide varianten en is feitelijk een diskwalificatie jegens de opstellers van de richtlijn. Naar ons oordeel zou de uitkomst bij Model A en Model B elkaar niet veel moeten ontlopen: activiteiten worden belast daar waar waarde en winsten worden gegenereerd, en kunstmatige constructies gericht op het verschuiven van winsten naar laagbelaste landen worden bestreden door in specifieke situaties alsnog bij te heffen in Nederland. In beide modellen wordt een CFC-regel geïmplementeerd die ervoor zorgt dat kunstmatige verschoven winsten via buitenlandse lichamen in laagbelaste landen alsnog in de Nederlandse heffing worden betrokken. Desondanks zijn er vanuit de praktische uitvoerbaarheid van de regeling enkele belangrijke verschillen die uiteindelijk beslissend zullen zijn voor de keuze voor Model A of Model B.

5.2. Model A

Model A betreft CFC-regels die besmette voordelen van direct of indirect gehouden laagbelaste dochtervennootschappen of vaste inrichtingen in de Nederlandse heffing betreft. Op basis van CFC-regels worden de door een als CFC kwalificerende vennootschap niet-uitgekeerde passieve inkomsten (de zgn. besmette voordelen) bij de controlerende aandeelhouder belast. Dit betekent ons inziens dat besmette voordelen die wel zijn uitgekeerd nog steeds vrijgesteld zijn op basis van de deelnemingsvrijstelling. De vraag rijst hoe ‘besmette voordelen’ en ‘uitgekeerd’ moet worden geïnterpreteerd: zijn dit alleen dividenden voor zover er voldoende winstreserves zijn, of ook terugbetalingen van kapitaal indien de winstreserves niet toereikend zijn? Dit moet worden verhelderd. Daarnaast staat in de toelichting weinig uitleg over wat onder de besmette voordelen moet worden verstaan. Er staat dat zal worden aangesloten bij de huidige uitvoeringspraktijk maar dat biedt erg weinig aanknopingspunten. Het begrip factureringsactiviteiten is bijvoorbeeld erg breed geformuleerd waardoor het veel meer zal raken dan enkel factureringsactiviteiten. Wij verzoeken de wetgever om meer duidelijkheid te verschaffen over de reikwijdte van de diverse categorieën van voordelen.

5.2.1. *Tussenhoudstervervennootschappen*

Toepassing van Model A lijkt het hebben van een tussenhoudstervervennootschap in een structuur te ‘bestrafen’. Er ontstaat een aanzienlijk risico van dubbele heffing in situaties waar om niet-fiscale redenen is gekozen voor een structuur met een of meerdere, al dan niet laagbelaste, vennootschappen. Dergelijke structuren kunnen in de historie zo zijn gegroeid of bijvoorbeeld door overnames zijn meegekocht. Zie hieronder een tweetal overwegingen, en voorbeelden ter illustratie, die voor het Nederlandse bedrijfsleven essentieel zijn.

Ten eerste, ingeval sprake is van investeringen binnen of buiten de EU door middel van een enkele tussenhoudstervervennootschap of een keten van entiteiten die in meerdere lidstaten zijn gevestigd, kan het zo zijn dat elke lidstaat onder de voorgestelde CFC-regels gelijktijdig een

bevoegdheid tot heffing zou hebben. Dat lijkt een onbedoelde samenloop/stapelning van deze antimisbruikbepaling, en zal in de praktijk leiden tot een onacceptabel risico van dubbele belastingheffing. In de toelichting op het wetsvoorstel wordt aangegeven dat “ATAD1 [niet] voorziet [...] in regels die dubbele heffing voorkomen in het geval dat meerdere landen ter zake van hetzelfde (gecontroleerde) lichaam de CFC-maatregel toepassen.” Waar een belastingheffing op winsten op z’n plaats is, druist dubbele belastingheffing in tegen de uitgangspunten van een eerlijk belastingstelsel.

Voorbeeld 1:

Een vennootschap in Singapore ontvangt royalty's voor een merkrecht dat zij bezit. Haar effectieve belastingdruk is 11% op basis van lokale regels. De Singapore vennootschap wordt gehouden door een keten van drie vennootschappen gevestigd in en/of buiten de EU. Het hoofdkantoor (en tophoudstervenootschap) is gevestigd in Nederland. In theorie kan elk van tussenhoudstervenootschappen de CFC-regels toepassen en de niet-uitgedeelde inkomsten van de Singapore vennootschap in de heffing betrekken. Dit betekent dat de winst van de Singapore vennootschap 3-4 keer in de heffing betrokken kan worden en de effectieve belasting kan oplopen tot meer dan 100%.

Ten tweede, de wetgeving laat onduidelijkheid bestaan over de vraag of CFC-regels toepassing zouden moeten vinden op niet-uitgedeelde winsten van ‘actieve’ dochtervennootschappen die zouden kwalificeren als deelneming volgens artikel 13 Wet vennootschapsbelasting 1969, maar die worden gehouden door een inactieve en/of laagbelaste tussenhoudstervenootschap die als gecontroleerd lichaam kwalificeert. Ons inziens mogen uitgekeerde winsten van een direct gehouden actieve dochtervennootschap fiscaal niet anders behandeld worden dan uitgekeerde winsten van een dergelijk indirect gehouden actieve dochtervennootschap, immers, de door het gecontroleerde lichaam ontvangen winst (dividend) zou volgens Nederlandse fiscale wetgeving niet belast zijn (deelnemingsvrijstelling). Dit is in lijn met artikel 8.1 van de ATAD (“... the income to be included shall be calculated in accordance with the rules of the corporate tax law of the Member State where the taxpayer is resident for tax purposes or situated.”) en staat marginaal in de toelichting op het conceptwetsvoorstel (pagina 33: “De omvang van de besmette voordelen wordt naar Nederlandse maatstaven bepaald”), maar blijkt niet uit de tekst van het voorgestelde artikel 15ba. Een richtlijnconforme implementatie betekent dat dit dient te worden opgenomen in de wettekst zelf.

Voorbeeld 2:

Een vennootschap heeft een fabriek en relevant personeel in het Verenigd Koninkrijk (VK) maar heeft niet-uitgedeelde winsten. Haar effectieve belastingdruk is 20% op basis van lokale regels. Als deze vennootschap een Nederlandse houdstervenootschap heeft, dan zijn de CFC-regels niet van toepassing en zijn de deelnemingsdividenden vrijgesteld. Als de VK-vennootschap wordt gehouden door een Zwitserse ‘inactieve’ tussenhoudster met een effectieve belastingdruk van 10%, dan mag Nederland niet bijheffen op uitgedeelde winsten van de VK-vennootschap voor zover die nu onderdeel uitmaken van de niet-uitgedeelde winsten van de Zwitserse tussenhoudstervenootschap.

Uiteraard gaan wij er in de voorbeelden van uit dat geen sprake is van een kunstmatige constructie en de tussenhoudster niet is opgericht puur en alleen om belastingheffing te vermijden.

5.2.2. *Substance carve-out*

De CFC-regels van Model A blijven achterwege als de laagbelaste buitenlandse vennootschap “een wezenlijke economische activiteit uitoefent, ondersteund door personeel, uitrusting, activa en gebouwen.” Ten behoeve van duidelijkheid en zekerheid voor bedrijven, is het van belang dat voor het bepalen of sprake is van wezenlijke economische activiteit aangesloten wordt bij de zich door de tijd ontwikkelde Nederlandse regelgeving. Dit houdt onder meer in dat aansluiting wordt gezocht bij de Nederlandse *substance* regels voor houdstervennootschappen.

In het wetsvoorstel is in artikel 15ba lid 3 onder a gebruik gemaakt van de uitzondering van artikel 7 lid 3 ATAD, voor zover het gaat over de omvang van de besmette voordelen ten opzichte van het totaal. Wij merken daarbij op dat de richtlijn de grens legt op 1/3 (33,3%) terwijl in artikel 15ba lid 3 onder a het hoofdzakelijkheidscriterium wordt gehanteerd, hetgeen duidt op een 30%-grens. In verband met het streven naar een internationaal gelijk speelveld, is het van belang dat Nederland bij het implementeren van de regelgeving niet verder gaat dan de minimumeisen van de ATAD en dat in de wettekst wordt uitgegaan van 1/3.

5.2.3. *Carry forward van negatieve besmette voordelen artikel 15ba*

Het conceptwetsvoorstel stelt dat omwille van eenvoud is gekozen om negatieve besmette voordelen slechts voorwaarts te verrekenen. Hoewel wij begrip hebben voor de toename van administratieve lasten, wordt ook hier voorbijgegaan aan de minimumnormen van de ATAD. Ons inziens moet de verrekening worden verruimd en moet worden aangesloten bij de voor- en achterwaartse periode die bij verliesverrekening wordt gehanteerd.

5.2.4. *Samenloop artikel 13, lid 9 en 13a*

In het conceptwetsvoorstel wordt aan artikel 13 een negentiende lid toegevoegd. Dit artikel beoogt een dubbele heffing te voorkomen op winsten die zowel onder artikel 13 lid 9 of 13a vallen, als onder het nieuwe 15ba. Het nieuwe artikel 13 lid 19 voorkomt echter slechts de dubbele heffing op voordelen die zijn genoten “in het jaar of het daaraan voorafgaande jaar”. Dit zal dubbele heffing veroorzaken over voordelen die buiten deze periode vallen. Hetzelfde geldt voor de overeenkomstige bepaling in het voorgestelde artikel 15e lid 11. De ATAD schrijft geen beperking in de tijd voor en er is ook geen logische reden dat wel te doen bij implementatie in nationale wetgeving.

5.2.5. *Objectvrijstelling artikel 15e*

Artikel 15e lid 10 van het conceptwetsvoorstel verwijst naar een zevende lid van 15ba. Wij gaan ervan uit dat er geen zevende lid is en dat deze omissie wordt hersteld.

5.2.6. *Verrekening artikel 23e*

Artikel 23e zou moeten worden uitgebreid tot winstbelasting die is betaald door dochter- of kleindochters van een gecontroleerd lichaam die zelf geen gecontroleerd lichaam zijn, en waarvan de winst na belastingen wordt uitgekeerd aan het gecontroleerd lichaam en vervolgens via de toepassing van artikel 15ba, lid 1, letter c, als winst is bijgeteld bij een Nederlandse belastingplichtige. Zonder een dergelijke bepaling kan immers alsnog dubbel belastingheffing ontstaan over winsten van niet-gecontroleerde lichamen die geen besmette activiteiten hebben en aan een hoog tarief zijn onderworpen.

5.3. Model B

De ATAD bevat ook een alternatieve CFC-variant waarbij geen definitie van passief inkomen wordt gegeven, maar waarbij de belastingheffing moet aansluiten bij de functies die in het land worden uitgeoefend. Deze transactiebenadering sluit aan bij de huidige praktijk van transfer pricing en het wereldwijd geaccepteerde arm's length-beginsel. Dit gaat ervan uit dat er niet zozeer een dubbele heffing zal plaatsvinden op niet-uitgedeelde winsten op kunstmatige transacties, maar dat de winst op niet-kunstmatige transacties gecorrigeerd zal worden in lijn met de transfer pricing regels. Dit houdt in dat per entiteit wordt bekeken wat voor activiteiten in een vennootschap worden verricht, waar de sleutelfuncties zich bevinden, en of de winst daar wordt gerapporteerd (en belast) waar de daadwerkelijke waarde wordt gegenereerd.

Overigens moet ook voor deze toepassing duidelijk zijn hoe moet worden omgegaan met hoog- of laagbelaste vaste inrichtingen en/of tussenhoudstervenootschappen.

5.4. Conclusies

Naar onze mening pakken beide modellen de gewraakte belastingontwijking aan, maar brengt Model A een zeer reëel risico van dubbele belastingheffing op allerlei terreinen met zich mee. Beide modellen vergen bovendien een bijzonder grote administratieve capaciteit voor belastingplichtige en Belastingdienst. Bij Model A is de administratieve last mogelijk nog zwaarder omdat per inkomensstroom moet worden getoetst hoe de Nederlandse heffing zou hebben uitgewerkt.

Wij vinden de conclusie dat Model B “niet veel toevoegt aan bestaande regels voor transfer pricing” onbegrijpelijk. Bij juiste toepassing van de transfer pricing regels sluit winstheffing naadloos aan bij de economische activiteit en de waardecreatie daarvan. Het is een wereldwijd toegepast fiscaal principe; de aanname dat het niet effectief is, duidt meer op gebrek aan fiscaal begrip en/of een gebrek aan vertrouwen in de fiscale uitvoerder van de regels.

Zoals nader onderbouwd in paragraaf 5.2 en in het consultatiedocument reeds wordt opgemerkt, bergt Model A een reëel risico in zich dat in verschillende landen in een ‘keten’ van entiteiten belastingheffing optreedt. Dit kan bijvoorbeeld komen doordat landen geen voorkoming verlenen voor reeds elders in de keten geheven belasting, of omdat de begrippen omtrent ‘niet-uitgekeerde winst’ uiteenlopen.

Model A brengt bovendien veel rechtsonzekerheid mee omdat de inkomensbestanddelen die in de heffing zouden worden betrokken voor verschillende uitleg vatbaar zijn, de *substance carve-out* door verschillende landen verschillend zal worden uitgelegd, of omdat landen verschillende statutaire tarieven hebben en dus een ander ‘drempeltarief’ voor de dochtervennootschap hanteren.

Model B sluit meer aan bij een zuiver systeem van belastingheffing: winst wordt verdeeld op basis van reële economische activiteit en de belastingheffing sluit zich daarbij aan. Voor de allocatie van winst wordt aangesloten bij de plaats waar de activiteiten plaatsvinden en waar de sleutelfuncties van een activiteit zich bevinden (*significant people functions*). Dit betekent dat aansluiting wordt gezocht bij de gangbare, en reeds jaren doorontwikkelde praktijk van transfer pricing. Dit veronderstelt dat de OECD Transfer Pricing regels worden gevolgd, en dat de EU niet een eigen set regels ontwerpt die verder gaan dan de OECD-standaard.

Het uitspreken van een definitieve keuze voor een van beide modellen is lastig omdat nog veel onduidelijk is. Vooralsnog geven wij de voorkeur aan Model B boven Model A omdat het tot een meer zuivere benadering van de winstallocatie leidt, hetgeen in lijn is met de huidige mondiale ontwikkeling van belastingstelsels. Het risico op dubbele belasting is aanmerkelijk kleiner en het is bovendien een minder kunstmatige benadering om belastingontwijking tegen te gaan, en sluit daarom beter aan bij de uitgangspunten van de ATAD-implementatie.

Mocht een keuze voor Model A prevaleren, dan is het van essentieel belang dat de *substance carve-out* wordt uitgelegd conform huidige Nederlandse praktijk en regelgeving, en moet er aanvullende regelgeving komen om situaties van dubbele belastingheffing af te wenden en administratieve lasten te beperken.