

Ministerie van Financiën

Ingediend op:

<https://www.internetconsultatie.nl/verrekenprijverschillen>

Amsterdam, 1 april 2021

Betreft: Reactie AmCham Nederland op de internetconsultatie met betrekking tot het wetsvoorstel "Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel"

Geachte dames en heren,

AmCham Nederland staat voor Amerikaanse bedrijven die een toegevoegde waarde hebben voor Nederland als werkgever, innovator, verduurzamer, belastingbetaler en investeerder.<sup>1</sup> Wij zien het als een gezamenlijk belang van Nederland, deze bedrijven en hun werknemers dat Nederland een aantrekkelijk land is voor (nieuwe) investeringen die kunnen dienen als katalysator van werkgelegenheid, diversiteit, innovatie en verduurzaming. Het fiscale beleid van Nederland is een van de factoren die daaraan kunnen bijdragen. AmCham Nederland steunt fiscaal beleid dat het aantrekkelijk maakt om in Nederland te investeren, terwijl misbruik van het fiscale stelsel wordt voorkomen.

De fiscale wetgeving in Nederland en veel andere landen is complex. Omdat alle landen hun eigen rechtsstelsel hebben kan dit leiden tot mismatches waardoor winst tussen wal en schip valt. Hoewel dergelijke mismatches voor individuele bedrijven gunstig kunnen uitpakken, onderkent AmCham Nederland dat zij de integriteit en het maatschappelijk draagvlak van het fiscale systeem kunnen ondermijnen. Nederland heeft de afgelopen jaren al een groot aantal maatregelen genomen om dergelijke mismatches te voorkomen. Dit wetsvoorstel draagt daar ook aan bij.

Blijkens het Integraal Afwegingskader bij het consultatiedocument wordt met dit wetsvoorstel beoogd belastingontwijking te bestrijden die ontstaat doordat landen het

---

<sup>1</sup> Amerikaanse bedrijven zijn de grootste buitenlandse investeerders in Nederland, staan voor ongeveer 450.000 banen verspreid over heel Nederland en lopen voorop op het gebied van diversiteit en innovatie. Uit het rapport van de Commissie Ter Haar volgt dat Amerikaanse bedrijven in Nederland in de periode 2010-2017 een effectief belastingtarief hadden van 32%, terwijl het effectieve tarief voor Nederlandse bedrijven 19% was over dezelfde periode.

zakelijkheidsbeginsel in de vennootschapsbelasting verschillend toepassen of interpreteren. AmCham Nederland steunt dit uitgangspunt om belastingontwijking te bestrijden, maar maakt daarbij wel de volgende twee kanttekeningen:

1. Terugwerkende Kracht

AmCham Nederland is verrast door de materieel terugwerkende kracht van het voorgestelde artikel 35 en roept u op om de terugwerkende kracht te heroverwegen in het licht van het volgende. Bedrijven hebben in de periode van 2017 tot en met 4 maart 2021 (de datum van publicatie van het wetsvoorstel) investeringsbeslissingen genomen op grond van het toen geldende recht dat nu achteraf zou worden gewijzigd. In voorkomende gevallen zijn de fiscale gevolgen van de investeringsbeslissingen zelfs afgestemd met de Belastingdienst. Deze bedrijven konden op geen enkele manier rekening houden met deze wijziging. Het met terugwerkende kracht aanpassen van de regels heeft aanzienlijke financiële consequenties voor de investerende bedrijven en tast de reputatie van Nederland als betrouwbaar investeringsland aan. AmCham Nederland geeft in overweging – mocht u de terugwerkende kracht toch doorzetten – deze terug te laten werken tot 4 maart 2021, de datum van publicatie van het concept wetsvoorstel, omdat vanaf dat moment bedrijven pas rekening konden houden met een materieel terugwerkende kracht.

2. Voorkoming van Dubbele Heffing

Het wetsvoorstel richt zich op mismatches waarbij winst tussen wal en schip valt. Echter, verschillen tussen rechtstelsels kunnen er ook toe leiden dat dezelfde winst onbedoeld dubbel belast wordt. Het wetsvoorstel in zijn huidige vorm kan onbedoeld leiden tot dubbele heffing. In de bijlage geven wij daar een aantal voorbeelden van. Dubbele belasting is niet in het belang van Nederland en past ook niet bij het uitgangspunt van dit wetsvoorstel. Het is vrijwel ondoenlijk om alle vormen van onbedoelde dubbele belasting te ondervangen door technische aanpassingen van het wetsvoorstel. Het lijkt ons daarom beter om een algemene tegenbewijsregeling toe te voegen aan het wetsvoorstel waarmee belastingplichtigen in de gelegenheid worden gesteld aannemelijk te maken waarom in een concreet geval het voorgestelde artikel 8ba geen toepassing zou moeten vinden. Daarmee kan ook de in de literatuur reeds

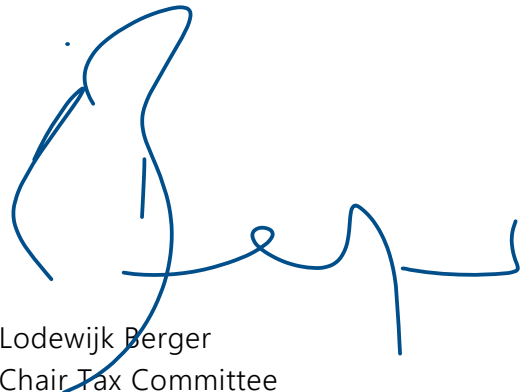
geopperde mogelijke strijdigheid met EU recht worden ondervangen. Mocht ruimte voor het opnemen van een algemene tegenbewijsregeling ontbreken, dan roepen wij op het wetsvoorstel te verduidelijken zodat de in de bijlage beschreven voorbeelden, waarin geen sprake is van een belastingontwijkingsmotief, niet leiden tot dubbele belasting.

Uiteraard is AmCham Nederland graag bereid het bovenstaande toe te lichten. AmCham Nederland heeft geen bezwaar tegen publicatie van deze reactie.

Hoogachtend,  
AmCham Nederland



Marc ter Haar  
Executive Director



Lodewijk Berger  
Chair Tax Committee

## Bijlage

In deze bijlagen geven wij een aantal voorbeelden van mogelijke dubbele belasting als gevolg van het wetsvoorstel in zijn huidige vorm:

### 1. TNMM

Het wetsvoorstel kan bij toepassing van de Transactional Net Margin Method (TNMM) onbedoeld tot onzekerheid en dubbele belasting leiden, omdat het wetsvoorstel specifiek aansluit op bilaterale rechtsverhoudingen, terwijl de TNMM juist wordt toegepast als het niet goed mogelijk is om op basis van de Comparable Uncontrolled Price (CUP) methode de zakelijke prijs vast te stellen voor elke bilaterale rechtsverhouding. Dit probleem kan zich in veel situaties voordoen en kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld:

X is een Amerikaanse bedrijf dat halffabricaten ontwikkelt, produceert en verkoopt. X verkoopt de halffabricaten aan derden en aan Y, een Nederlandse groepsmaatschappij. Y converteert de halffabricaten tot eindproduct en verkoopt het eindproduct op de Europese markt. Er is derhalve sprake van twee rechtsverhoudingen: (i) Y heeft een licentie van X en (ii) Y koopt halffabricaten van X.

Op grond van een analyse van de functies, risico's en activa van zowel X en Y is conform de OESO transfer pricing richtlijnen geconcludeerd (i) dat de zakelijke beloning van Y het beste kan worden bepaald op basis van TNMM (bijvoorbeeld een percentage van haar omzet) en (ii) dat de restwinst thuishoort bij de Amerikaanse groepsmaatschappij X. Conform deze analyse wordt aan het einde van het jaar steeds bekeken of de door Y gemaakte winst daadwerkelijk in lijn is met de op grond van TNMM vastgestelde zakelijke beloning. Indien nodig worden correcties toegepast: wanneer Y te weinig winst heeft gemaakt, betaalt X een aanvullende market support vergoeding aan Y en, vice versa, wanneer Y te veel winst heeft gemaakt, betaalt Y een aanvullende royaltyvergoeding aan X.

De Belastingdienst is het eens met de toepassing van TNMM en de zakelijkheid van de totale beloning die Y krijgt uit het samenstel van rechtsverhoudingen. Echter, op grond van het wetsvoorstel zou gesteld kunnen worden dat elke rechtsverhouding

individueel beoordeeld moet worden. Stel dat op grond van zo'n individuele beoordeling zou worden vastgesteld dat de prijs die door Y wordt betaald voor de halffabricaten te hoog is.

Dit zou de volgende consequenties hebben:

- Omdat de zakelijke vergoeding voor Y als geheel niet ter discussie staat, zou Y op basis van de toepassing van het totaalwinstbegrip en het huidige artikel 8b Wet Vpb in zo'n geval zowel de productprijzen (verlaging) als de royalty (verhoging) corrigeren, waardoor het eindresultaat klopt.
- Echter, onder het voorgestelde art. 8ba Wet Vpb is er een risico dat de Belastingdienst de compenserende verhoging van de royaltyvergoeding niet in aftrek kan toelaten, omdat er ter zake van die rechtsverhouding geen sprake is van een corresponderende aanpassing in de VS bij X. Dit zou leiden tot dubbele belastingheffing, hoewel er in totaliteit gezien geen sprake is van een transfer pricing-mismatch.

## 2. LLCs

Amerikaanse bedrijven maken vaak gebruik van Amerikaanse limited liability companies (LLCs), die doorgaans als fiscaal transparant kwalificeren voor Amerikaanse doeleinden. Vanuit een Nederlands fiscaal perspectief kwalificeert een LLC doorgaans als niet-transparant. Hierdoor kwalificeert de LLC als een hybride entiteit. De activa, passiva en winst van een dergelijke LLC worden toegerekend aan haar achterliggers, veelal een Amerikaanse corporation, en bij hen in de Amerikaanse belastingheffing betrokken. Het gebruik van LLCs heeft geen fiscaal motief, maar dient veelal om bepaalde activiteiten in een separate vennootschap onder te brengen om deze juridisch af te schermen.

- Blijkens de artikelsgewijze toelichting bij het consultatiedocument dient op het niveau van het aan de belastingplichtige gelieerde lichaam met wie de onderlinge rechtsverhouding is aangegaan getoetst te worden of sprake is van betrekking in een naar de winst geheven belasting. Daarbij wordt opgemerkt dat om te bepalen met welk lichaam de onderlinge rechtsverhouding is aangegaan,

wordt aangesloten bij het lichaam aan wie de onderlinge rechtsverhouding toerekenbaar is op basis van artikel 8b Wet Vpb 1969, het Verrekenprijsbesluit en de OESO Transfer Pricing Guidelines.

- Indien het gelieerde lichaam met wie de onderlinge rechtsverhouding is aangegaan als een hybride lichaam kwalificeert, zoals bovengenoemde Amerikaanse LLC, vindt AmCham Nederland dat in een dergelijke situatie doorgekeken zou moeten worden naar de achterligger(s), mits op dat niveau sprake is van betrekking in een naar de winst geheven belasting. Deze vraag speelt uiteraard evenzeer in de omgekeerde situatie, waarin het gelieerde lichaam naar Nederlandse fiscale maatstaven transparant is, terwijl het desbetreffende buitenland het lichaam als niet-transparant beschouwd naar lokale fiscale maatstaven. In een dergelijk geval lijkt het redelijk dat op het niveau van dit transparante lichaam getoetst kan worden of sprake is van betrekking in een naar de winst geheven belasting.

### 3. Vaste inrichting

Een Nederlandse vennootschap X heeft een buitenlandse vaste inrichting Y. Y heeft transacties met een andere (niet-Nederlandse) groepsvennootschap Z. Op de aan Y toegerekende winst is in Nederland de objectvrijstelling van toepassing. Bij een controle stelt de inspecteur dat de winst van Y onzakelijk hoog is, doordat zij transacties met Z tegen onzakelijke condities is aangegaan.

- Onder de huidige toepassing van het totaalwinstbegrip en art. 8b Vpb zou de overwinst van Y niet in Nederland in de heffing kunnen worden betrokken, aangezien deze winst niet aan de Nederlandse activiteiten is toe te rekenen, maar aan Z.
  - Onder het voorgestelde art. 8ba Vpb zal de overwinst van Y in Nederland in de heffing worden betrokken, aangezien niet aannemelijk kan worden gemaakt dat er een corresponderende aanpassing wordt gemaakt bij Z.
  - Dit zou leiden tot dubbele belastingheffing, hoewel er in totaliteit bezien geen sprake is van een transfer pricing-mismatch: de winst wordt (in de visie

van de inspecteur) onterecht belast in land Y in plaats van in land Z. Nederland is geen partij in deze verhouding, het is daarom de vraag of belastingheffing in Nederland een zinvolle oplossing voor dit probleem is. Tot slot is het de vraag wat er zou gebeuren bij een latere transfer pricing correctie in Z: de wederpartij bij een MAP- of arbitrageprocedure zou land Y moeten zijn, terwijl de winst belast is in Nederland.

#### 4. Toepassing CFC-wetgeving

In de artikelsgewijze toelichting wordt opgemerkt dat heffing op grond van CFC-wetgeving niet plaatsvindt op het niveau van het lichaam waarmee de onderlinge rechtsverhouding bestaat en ook niet kwalificeert als een corresponderende opwaartse aanpassing ter zake van een onderlinge rechtsverhouding, omdat doorgaans alleen een bedrag in aanmerking wordt genomen dat ziet op passieve inkomsten. AmCham Nederland geeft u in overweging om een CFC-heffing als een corresponderende opwaartse aanpassing te laten kwalificeren, mits aan de eisen voor betrekking in de heffing wordt voldaan zoals die tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel ATAD2 zijn geformuleerd (Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 35 241, nr. 3, p. 59-60). Met andere woorden, indien een vergoeding of betaling als zodanig volledig tegen het reguliere statutaire tarief in de heffing wordt betrokken en met betrekking tot die vergoeding of betaling geen recht op verrekening van winstbelasting bestaat, zou naar de mening van AmCham Nederland sprake moeten zijn van betrekking in een naar de winst geheven belasting van een corresponderende opwaartse aanpassing.

#### 5. Andere vormen van dubbele belasting

Ten slotte kan AmCham zich voorstellen dat er andere situaties bestaan waarin de voorgestelde regels toepassing vinden, terwijl geen sprake is van enig fiscaal motief bij een transactie. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat vermogensbestanddelen voor lokale accounting en fiscale doeleinden verplicht tegen de relevante boekwaarde dienen te worden overgedragen, indien het een overdracht binnen dezelfde groep betreft, terwijl als gevolg daarvan geen enkel fiscaal voordeel wordt behaald. Daarnaast kan de situatie zich voordoen dat een Nederlandse BV naar



Amerikaanse fiscale maatstaven transparant is en rechtstreeks door een Amerikaanse niet-transparante vennootschap wordt gehouden. Hierdoor is een betaling van de BV aan de Amerikaanse vennootschap niet zichtbaar voor Amerikaanse doeleinden, en kan dus geen sprake zijn van betrekking in een naar de winst geheven belasting. In een dergelijke situatie wordt het inkomen van de BV in beginsel evenwel geheel in de Verenigde Staten opgepikt. Ook in een dergelijke situatie zou er volgens AmCham ruimte voor tegenbewijs moeten zijn, waarbij een parallel getrokken kan worden met dubbel in aanmerking genomen inkomen onder de ATAD2 regels (artikel 12ac lid 1 sub d Wet Vpb).