

208. De impact van de strijd tegen internationale belastingontwijking op de Nederlandse financiële sector

REINOUT DE BOER EN CHARLOTTE TOLMAN

De internationale en Europese ontwikkelingen in de strijd tegen internationale belastingontwijking hebben een hoge vlucht genomen. In 2013 deed het door de G20 geïnitieerde actieplan van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) gericht op de bestrijding van Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) de discussie omtrent internationale tax planning structuren en transparantie wereldwijd oplaaien.

1. Inleiding

Het kabinet heeft de BEPS-rapporten positief ontvangen en acht de aanpak van internationale belastingontwijking en misbruik maatschappelijk wenselijk en maatregelen onontkoombaar. De staatssecretaris heeft enerzijds aangegeven dat Nederland actief meewerkt aan de gecoördineerde uitwerking van de actiepunten en dat Nederland daarin een voortrekkersrol beoogt te vervullen. Anderzijds heeft de staatssecretaris ook aangegeven in te zetten op behoud van ons aantrekkelijk fiscaal vestigingsklimaat door de belangrijke sterke punten van het Nederlandse belastingstelsel (het uitgebreide verdragennetwerk, de deelnemingsvrijstelling, de afwezigheid van bronheffingen op rente en royalty's en de goedwerkende en efficiënte Belastingdienst) te verstevigen en misbruik te voorkomen.¹

In een voor de internationale fiscaliteit hoog tempo volgden nieuwe Europese regels en OESO aanbevelingen elkaar op in de afgelopen jaren. We noemen hier: de aanpassing van de fiscale EU Moeder-Dochterrichtlijn,² het finale OESO BEPS Action Plan (bestaande uit 15 uitgebreide rapporten)³ en de introductie van de Europese *Anti Tax Avoidance Directive* op 21 juni 2016 ('ATAD 1').⁴ Van deze laat-

ste richtlijn is door de EU-lidstaten inmiddels alweer een wijziging aangenomen die specifiek ziet op hybride structuren en instrumenten die tot kwalificatieverschillen leiden ('ATAD 2').⁵ Europese richtlijnen moeten door lidstaten afzonderlijk geïmplementeerd worden, hetgeen reeds tot de nodige aanpassingen van de Nederlandse fiscale wetgeving heeft geleid.⁶ Bovendien heeft de focus op internationale tax planning geleid tot verschillende onderzoeken naar onder andere de Nederlandse trustsector⁷ en nadruk op de Nederlandse *substance* vereisten.⁸

Deze bijdrage leent zich niet voor een bespreking van alle fiscale wijzigingen. Daarom beperken wij ons tot de impact van maatregelen gericht op het vergroten van transparantie uit de OESO BEPS Rapporten en de EU richtlijn die de automatische uitwisseling van rulings en verrekenprijssafspraken tussen EU-lidstaten regelt (par. 2);⁹ daarbij besteden wij ook aandacht aan de Nederlandse fiscale ruling praktijk. Dan gaan wij in op de relevantie van ATAD 2 (par. 3) voor de Nederlandse financiële sector. Ook staan wij nog kort stil bij de impact van Nederlandse maatregelen op de vereiste *substance* voor Nederlandse houdster- en financieringsvennootschappen (par. 4).

1 Zie bijvoorbeeld de 'Brief appreciatie uitkomst BEPS en vooruitblik Nederlands vestigingsklimaat' van de staatssecretaris, 5 oktober 2015.
2 Richtlijn (EU) 2011/96 (de Moeder-Dochterrichtlijn), laatstelijk aangepast op 27 januari 2015, waarbij de algemene anti-misbruikmaatregel ('GAAR') is geïntroduceerd.
3 OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015 Final Reports, te raadplegen via www.oecd.org/tax/beps/beps-actions.htm.
4 Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (*PbEU* 2016, L193/1).

5 Zie het persbericht van de Raad van de Europese Unie van 29 mei 2017 (<http://www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2017/05/29-corporate-tax-avoidance-hybrid-mismatches/>).
6 Zie bijvoorbeeld de Wet implementatie Moeder-dochterrichtlijn 2015, *Stb.* 2015, 543; de Wet uitwisseling inlichtingen over rulings, *Stb.* 2016, 543; en de implementatie van *Country-by-Country Reporting* regels in de Wet overige fiscale maatregelen 2016, *Stb.* 2015, 540.
7 Zie bijvoorbeeld 'Alertheid op fiscale risico's', *Nieuwsbrief trustkantoren*, 5 januari 2016 (via www.dnb.nl/nieuws) en *Uit de schaduw van het bankwezen* door: SEO economisch onderzoek, Amsterdam 2013.
8 Zie bijvoorbeeld Brief van de staatssecretaris van Financiën van 4 november 2016 ('Motie Grashoff en Groot substance-eisen').
9 Richtlijn (EU) 2015/2376 van de Raad van 8 december 2015 tot wijziging van richtlijn (EU) 2011/16 wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied.

2. Transparantie

Het OESO BEPS Action Plan is geïnitieerd door de G20 om tot een wereldwijde, gecoördineerde aanpak te komen tegen belastingontwijking door grondslaguitholling en winstverschuiving. De 15 OESO BEPS Rapporten beogen een dam op te werpen tegen legale, maar kunstmatige constructies die – aldus de OESO – met name door multinationals worden gebruikt om belasting te ontwijken. De actiepunten kunnen worden ingedeeld in drie overkoepelende beginselen: (i) coherentie; (ii) substance; en (iii) transparantie. Het transparantiebeginsel is een belangrijke pijler om ervoor te zorgen dat de belastingautoriteiten tot een gezamenlijke, internationale aanpak kunnen komen.

Transparantie is voor de OESO een belangrijke pijler om tot een gezamenlijke, internationale aanpak van belastingontwijking te komen

2.1 Country-by-country reporting

De OESO BEPS Rapporten 5 (*Harmful tax practices*) en 13 (*Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*) beogen (meer) fiscale transparantie te bewerkstelligen. In Nederland heeft dit onder andere geresulteerd in de verplichte *Country-by-Country reporting* vanaf 1 januari 2016 voor multinationals met een omzet vanaf € 750 miljoen.¹⁰ Middels landenrapporten, een groepsdossier en lokale dossiers moeten multinationals jaarlijks verslag uitbrengen aan de lokale belastingautoriteiten over de financiële situatie, activiteiten en aanwezigheid in het betreffende land. De landenrapporten dienen automatisch uitgewisseld te worden tussen lidstaten.¹¹

2.2 Uitwisseling rulings

Als gevolg van de EU-richtlijn die de automatische uitwisseling van rulings en verrekenprijzafspraken tussen EU-lidstaten regelt,¹² heeft Nederland zich verplicht om informatie over rulings en andersoortige afspraken met belastingplichtigen afgegeven op of na 1 januari 2017 waar EU-landen bij betrokken zijn, op te nemen in een Europese database.¹³

De richtlijn is een uitwerking van OESO BEPS Rapport 5 (*Harmful Tax Practices*) dat een minimumstandaard bevat voor de verplichte spontane uitwisseling van informatie over rulings. Informatie over rulings waarbij OESO-landen betrokken zijn en die zijn afgegeven op of na 1 april 2017, wordt met het betreffende OESO land gedeeld.¹⁴ De grondslag voor de uitwisseling van rulings in OESO-verband zal met name zijn gelegen in bilaterale belastingverdragen of zogenoemde TIEA's.¹⁵

Fiscale rulings bieden zekerheid vooraf aan in Nederland gevestigde bedrijven of buitenlandse bedrijven die voornemens zijn zich in Nederland te gaan vestigen. De belastingplichtige verkrijgt inzicht in het standpunt van de Belastingdienst, hetgeen enerzijds bijdraagt aan de rechtszekerheid en anderzijds het toezicht door de Belastingdienst efficiënt en effectief mogelijk maakt. De term 'rulings' heeft soms een negatieve connotatie waardoor ze betrekking lijken te hebben op 'geheime afspraken' en *sweetheart deals* met multinationals.¹⁶ De verschillende staatssteunonderzoeken door de Europese Commissie¹⁷ lijken de fiscale rulings eveneens in een negatief daglicht te plaatsen, omdat deze een selectief voordeel aan de belastingplichtigen zouden verschaffen. De staatssecretaris heeft overigens benadrukt dat de kritiek op fiscale rulings niet ligt aan de Nederlandse fiscale wet- en regelgeving.¹⁸ Fiscale rulings worden afgegeven binnen de kaders van wet- en regelgeving en beogen niets anders dan de fiscale rechtspositie van een belastingplichtige onder de wet- en regelgeving te bevestigen. De Europese Commissie heeft voorts expliciet aangegeven dat rulings op zichzelf niet het probleem vormen, maar dat sommige rulings nadelige effecten hebben:¹⁹

“Tax rulings are in themselves not considered to be a problem and many Member States issue them. But there is an issue if the tax ruling gives preferential treatment to certain companies or (intentionally or not) facilitates aggressive tax planning. For example, tax rulings which offer a low level of taxation in one Member State can

10 *Country-by-Country Reporting*-regels zijn geïmplementeerd in de Wet overige fiscale maatregelen 2016, *Stb.* 2015, 540 en opgenomen in de artikelen.

11 Richtlijn (EU) 2016/881 van de Raad van 25 mei 2016 tot wijziging van richtlijn (EU) 2011/16 wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied. Zie ook het aanhangige wetsvoorstel Wet aanvullende regels uitwisseling landenrapporten (34 651), dat voorziet in additionale aanpassingen van de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (WIB) en de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ter implementatie van richtlijn (EU) 2016/881.

12 Richtlijn (EU) 2015/2376 van de Raad van 8 december 2015 tot wijziging van richtlijn (EU) 2011/16 wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied.

13 Zie de richtlijn (EU) 2015/2376, *PbEU* 2015, L 332/5. 'Oude EU rulings' afgegeven tussen 1 januari 2012 en 31 december 2013 én die op of na

1 januari 2014 geldig waren en EU rulings afgegeven tussen 1 januari 2014 en 31 december 2016 moeten in de database worden opgenomen.

14 'Oude rulings' die op of na 1 januari 2010 en die op of na 1 januari 2014 nog geldig waren, moeten ook worden opgenomen in de database.

15 Een TIEA is een Taks Information Exchange Agreement. Daarnaast zijn er andere grondslagen denkbaar waarop de uitwisseling is gebaseerd. Op 17 juli 2015 heeft Nederland met Duitsland bijvoorbeeld een Memorandum van Overeenstemming gesloten inzake de intensivering van de spontane inlichtingenuitwisseling m.b.t. grensoverschrijdende belastingafspraken met en beslissingen van de belastingdiensten (Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juli 2015, *Stcrt.* 2015, 21781).

16 Zie bijvoorbeeld het rapport 'Nederland Belastingparadijs' van Oxfam Novib van 12 mei 2016.

17 Zie bijvoorbeeld het staatssteunonderzoek inzake Starbucks, Besluit van de Commissie van 21 oktober 2015, C(2015) 7143.

18 'Brief en beantwoording vragen APA/ATR-praktijk', staatssecretaris Wiebes, 14 april 2017.

19 Memo Europese Commissie, 'Combating corporate tax avoidance', 18 maart 2015.

encourage companies to artificially shift profits there, leading to serious revenue losses for other Member States.”

Het APA/ATR-team, het team van de Belastingdienst dat verantwoordelijk is voor het afgeven van rulings, ziet zelf ook een keerzijde van transparantiemaatregelen. In sommige gevallen wordt de vinger juist op de zere plek gelegd. In een interne notitie die naar aanleiding van een Wob-verzoek is gepubliceerd, heeft het APA/ATR-team gewezen op het risico dat door het verstrekken van landenrapporten en de uitwisseling van rulings met belastingautoriteiten, de toepassing van het decennia geleden door de Hoge Raad bevestigde fiscale leerstuk van ‘informeel kapitaal’ in internationale structuren zichtbaar wordt.²⁰ Het fiscale leerstuk van ‘informeel kapitaal’ houdt in dat transacties tussen groepsvennootschappen moet worden herleid tot zakelijke transacties. Een ‘informeel kapitaal’-situatie doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een bevoordeling binnen een concern is gelegen in de aandeelhouderssfeer. Gedacht kan worden aan de situatie waarbij een buitenlandse groepsmaatschappij een renteloze lening verschaft aan een Nederlandse groepsmaatschappij. Op basis van het *at arm's length*-beginsel dient een (fictieve) zakelijke vergoeding in Nederland te worden geïmputeerd, wat leidt tot een aftrekpost in Nederland. Er wordt aldus geen vergoeding betaald door de Nederlandse groepsmaatschappij, maar deze entiteit mag wel een fictieve rente (een zakelijke vergoeding) in aftrek brengen van de belastbare winst. Indien de fictieve rente in het land van de buitenlandse groepsmaatschappij die de renteloze lening heeft verschaft, niet wordt erkend en derhalve onbelast blijft, treedt een internationale mismatch op: een renteaftrek in Nederland, zonder dat hier een corresponderende belaste winst in het buitenland tegenover staat. Ondanks dat deze situaties zich ook kunnen voordoen zonder dat de Nederlandse Belastingdienst van te voren zekerheid geeft middels een ruling, kan de uitwisseling van dit soort informeel kapitaal-rulings de wenkbrauwen in het buitenland doen fronsen.

De staatssecretaris heeft benadrukt dat rulings worden afgegeven binnen de kaders van wet- en regelgeving

De transparantiemaatregelen zijn niet alleen vanwege fiscale redenen ingegeven. Onlangs is in Nederland het conceptwetsvoorstel voor een openbaar register van *ultimate beneficial owners* (de ‘UBO’s’) gepubliceerd.²¹

De invoering van een openbaar UBO-register is primair gericht op witwaspraktijken en terrorismefinanciering, maar dient ook belastingontduiking tegen te gaan op straffe van sancties als boetes en eventuele strafrechtelijke vervolging bij niet-nakoming. Nederland neemt een actieve rol in bij het internationaal bestrijden van misbruik, blijkens het consultatiewetsvoorstel. Er is kritiek geuit op het consultatiewetsvoorstel omdat de Nederlandse definitie van wat onder een UBO moet worden verstaan verder gaat dan de Europese richtlijn en omdat UBO’s onder Nederlands recht meer gegevens moeten uitwisselen dan waartoe de Europese richtlijn verplicht. Bovendien wordt in het consultatiewetsvoorstel voorzien in een terugmeldingsplicht door Wwft-instellingen (waaronder advocaten) indien zij twijfel hebben over de juistheid van de verstrekte UBO-informatie. Dit staat op gespannen voet met de geheimhoudingsplicht en het daaraan gekoppelde verschoningsrecht van advocaten.²² De intrede van het UBO-register zal impact hebben op Nederlandse structuren en zal mogelijk leiden tot verplaatsing van activiteiten naar buiten de Europese Unie.²³

3. ATAD 2 (hybrid mismatches)

De Europese anti-BEPS richtlijn, ATAD 1, bevat een set minimum maatregelen tegen belastingontwijking, waaronder een renteaftrekbeperking, CFC regels voor laagbelaste beleggingsmaatschappijen en maatregelen om kwalificatieverschillen ten aanzien van hybride entiteiten of hybride financiële instrumenten (zgn. *hybrid mismatches*) tussen lidstaten te beperken. Hybride entiteiten zijn entiteiten die naar het belastingrecht van de ene staat fiscaal transparant zijn en naar het belastingrecht van de andere juist aangemerkt worden als een belastingplichtige entiteit. Hybride financiële instrumenten zijn bijvoorbeeld geldverstrekkingen die in de ene staat fiscaal als eigen vermogen, maar in de andere staat als vreemd vermogen gekwalificeerd worden. Lidstaten moeten de minimumregels uit ATAD 1 uiterlijk op 31 december 2018 in hun nationale wetgeving hebben geïmplementeerd zodat de regels vanaf 1 januari 2019 in werking treden. In vervolg op ATAD 1, werd op 5 oktober 2016 al een eerste voorstel door de Europese Commissie gecirculeerd om ATAD 1 te wijzigen (ATAD 2).²⁴

De voorgestelde tekst van ATAD 2 bouwt voort op de maatregelen uit ATAD 1 om internationale hybride kwalificatieverschillen (*‘hybrid mismatches’*) tussen gelieerde maatschappijen te neutraliseren, waarbij aangesloten wordt bij het OESO BEPS Rapport 2 (*Neutralising the effects of*

20 Zie bijvoorbeeld ‘De APA/ATR-praktijk: notitie over de meest voorkomende verschijningsvormen’, bekend gemaakt via het Besluit op Wob-verzoek m.b.t. de notitie APA/ATR-praktijk van 27 maart 2017.

21 Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden (consultatieversie), gepubliceerd op 31 maart 2017. Het wetsvoorstel behelst de implementatie van de richtlijn (EU) 2015/849.

22 Zie ook de consultatiereactie Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbende van de Nederlandse Orde van Advocaten, 4 mei 2017.

23 ‘Rijken brengen bezit naar buitenland als eigendom op straat komt te liggen’, door Laurens Berentsen, verschenen in het *FD* van 10 mei 2017.

24 Voorstel om de richtlijn (EU) 2016/1164 aan te passen, gepubliceerd op 22 februari 2017 (2016/0339(CNS)).

hybrid mismatch arrangements).^{25,26} Door gebruik te maken van hybride financiële instrumenten kunnen situaties ontstaan waarin kosten tweemaal in aftrek kunnen worden gebracht ('*Double Deduction*') of waarbij een aftrekpost wordt gerealiseerd zonder dat dit tot heffing leidt in het andere land ('*Deduction without Inclusion*'). De werkingssfeer van de maatregelen wordt onder ATAD 2 uitgebreid tot derde landen en bevat een ruimere definitie van verschijningsvormen die onder *hybrid mismatches* moeten worden verstaan.

De voorgestelde bepalingen zullen impact hebben op het gebruik van financiële instrumenten. De internationaal voorkomende structuren waarbij gebruik wordt gemaakt van kwalificatieverschillen van het (vreemd vs. eigen) vermogen, vallen onder de werkingssfeer van ATAD 2.²⁷ Maar ook structuren als *bond lending* of *securities lending* kunnen onder voorwaarden (bijv. als door uiteenlopende fiscale kwalificaties van rente- of dividendbetalingen in verband met deze instrumenten een '*Deduction without Inclusion*' ontstaat) worden aangemerkt als hybride instrumenten waartegen mogelijk moet worden opgetreden.

Structuren als *bond lending* of *securities lending* kunnen onder voorwaarden worden aangemerkt als hybride financiële instrumenten waartegen mogelijk moet worden opgetreden

Lidstaten kunnen ervoor kiezen om bepaalde maatregelen niet te implementeren.²⁸ Ook zijn er tijdelijke uitzonderingen voor banken en financiële instellingen, bijvoorbeeld voor zover zij gebruik maken van hybride financiële instrumenten tussen groepsmaatschappijen in het kader van

kapitaaleisen (bijv. om verliezen op te kunnen vangen).²⁹ Gedacht kan hierbij worden aan *Contingent Convertibles* ('CoCo's'). De rente die banken betalen op CoCo's is aftrekbaar gesteld voor de verstrekker (de financiële instelling).³⁰ De uitzondering onder ATAD 2 mag worden toegepast tot 31 december 2022. Daarna zal bezien moeten worden in hoeverre de *hybrid mismatch*-bepalingen van toepassing zijn en rentebetalingen t.a.v. CoCo's niet langer aftrekbaar zal zijn.

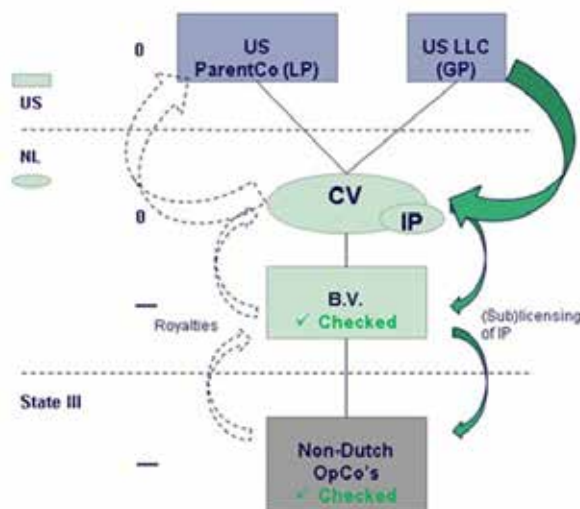
Daarnaast introduceert ATAD 2 een specifieke *reverse hybrid mismatch*-bepaling.³¹ Deze bepaling zal ervoor moeten zorgen dat hybride entiteiten, die door de ene jurisdictie transparant wordt geacht, maar door de andere jurisdictie niet, door de lidstaat waar deze entiteit is gevestigd, in de belastingheffing betrokken zal worden. De huidige tekst van de *reverse hybrid mismatch*-bepaling zal impact hebben op Nederlandse besloten CV's, die naar Nederlandse maatstaven transparant (en dus niet belastingplichtig) zijn, maar vanuit het buitenland niet-transparant worden geacht (dergelijke *mismatches* kunnen voorkomen bij afwezigheid van dwingende, eenduidige kwalificatieregels in het (internationale) belastingrecht). Een veelvoorkomende structuur waarin de besloten CV als houdstermaatschappij wordt gebruikt, is de zgn. CV/BV-structuur. De exacte impact van de *reverse hybrid mismatch*-bepaling moet nog worden afgewacht, maar het komt erop neer dat transparante CV's in dergelijke structuren in Nederland belastingplichtig zullen worden. De huidige tekst van ATAD 2 kent een uitzondering voor *collective investment vehicles*, inhoudende dat deze entiteiten niet zelfstandig belastingplichtig zullen worden. Het lijkt erop alsof hier slechts gereguleerde fondsen onder vallen en geen ongereguleerde *private equity*, *hedge funds* of *trusts*, maar over de exacte invulling van het begrip moet nog duidelijkheid komen.³²

25 Definitie 'gelieerde onderneming' in ATAD 1: "(a) een entiteit waarin de belastingplichtige rechtstreeks of middellijk een deelneming qua stemrecht of kapitaalbezit houdt van 25 percent of meer of gerechtigd is tot ontvangst van 25 percent of meer van de winst van die entiteit; (b) een natuurlijke persoon of een entiteit die rechtstreeks of middellijk een deelneming qua stemrecht of kapitaalbezit houdt van 25 percent of meer of gerechtigd is tot ontvangst van 25 percent of meer van de winst van de belastingplichtige; Indien een natuurlijke persoon of een entiteit rechtstreeks of middellijk een deelneming van 25 percent of meer houdt in een belastingplichtige en een of meer entiteiten, worden alle betrokken entiteiten, waaronder de belastingplichtige, eveneens als gelieerde ondernemingen beschouwd. Voor de toepassing van artikel 9 en voor zover een hybride entiteit bij het kwalificatieconflict betrokken is, wordt deze definitie gewijzigd zodat in plaats van 25 percent, 50 percent nodig is."

26 Zie randnummer 27 van de preambule bij ATAD 2.

27 Zie art. 9 lid 2 ATAD 2.

28 Zie art. 9 lid 4 ATAD 2. De voorgestelde maatregel waarbij de betalende lidstaat inkomsten in de heffing zal moeten betrekken, omdat deze niet in het ontvangende derdeland in aanmerking worden genomen, is in sommige situaties optioneel.



collective investment vehicle. For the purposes of this Article, collective investment vehicle means an investment fund or vehicle that is widely-held, holds a diversified portfolio of securities and is subject to investor-protection regulation in the country in which it is established."

Uitleg CV/BV-structuur: Vanuit Nederlands perspectief is de CV transparant. Er wordt een royalty betaald aan de US. Vanuit US-perspectief is de CV niet-transparant (vanwege het check-the-box systeem) en komt er (nog) geen royalty de US binnen. De US kent een uitstelregeling, waardoor de betalingen pas in de US belast worden als ze daadwerkelijk door de CV aan de US worden betaald (de ‘sjaarpot op zee’). Door de reverse-hybrid mismatch-bepaling zal het inkomen van de besloten CV zelfstandig in de Nederlandse heffing betrokken worden.

Na goedkeuring van ATAD 2 door het Europees Parlement, zullen lidstaten de minimumregels uiterlijk op 31 december 2019 geïmplementeerd moeten hebben in hun nationale wetgeving (inwerkingtredingsdatum 1 januari 2020). Implementatie van de *reverse hybrid mismatch*-bepaling mag volgens de huidige tekst van ATAD 2 worden uitgesteld tot 31 december 2021 (inwerkingtredingsdatum 1 januari 2022). Onduidelijk is nog of Nederland de *reverse hybrid mismatch*-bepaling uit zal stellen tot 2022 of al tegelijkertijd met de overige ATAD 2 maatregelen zal implementeren in de nationale wetgeving (31 december 2019).

4. Nederlandse houdster- en financieringsmaatschappijen

Als gevolg van de internationale ontwikkelingen liggen de Nederlandse houdster- en financieringsmaatschappijen eveneens onder aandacht en ligt aanpassing van dergelijke structuren in de huidige tijdsgeest voor de hand. Zo zullen Nederlandse houdster- en financieringsstructuren in de toekomst (nog) robuuster moet worden opgezet, waarbij de nadruk nog meer op *substance* in Nederland zal komen te liggen.

Niet alleen Nederlandse entiteiten, maar ook buitenlandse (tussen)houdsters moeten thans voldoen aan de *substance* vereisten

In 2014 zijn de *substance*-vereisten voor dienstverleningslichamen en Nederlandse houdster- en financieringsmaatschappijen al eens aangescherpt. Houdster- en financieringsmaatschappijen die zich in Nederland willen vestigen en vooraf zekerheid wensen over de structuur middels een fiscale ruling, moeten reeds voldoen aan het lijstje ‘minimum *substance*-vereisten’. Op basis van deze vereisten moet bijvoorbeeld tenminste de helft van de bestuurders in Nederland wonen, moeten bestuursbesluiten (fysiek) in Nederland worden genomen en moeten belangrijke zaken als de boekhouding en bankrekeningen vanuit Nederland worden (aan)gehouden. Het niet voldoen aan de *substance*-eisen door dienstverleningslichamen heeft tot gevolg dat informatie over de structuur wordt uitgewisseld met het buitenland. Het is vervolgens aan het buitenland om belas-

ting (bij) te heffen, waardoor de Nederlandse *substance*-eisen feitelijk slechts als pressiemiddel werken.

Eind 2016 is een motie aangenomen door de Tweede Kamer voor het weren van zogenaamde ‘brievenbusfirma’s’ zonder noemenswaardige activiteiten in Nederland. Een aanscherping van de *substance*-eisen voor vennootschappen wordt beoogd, waarbij de staatssecretaris in zijn reactie heeft aangegeven dat daarbij bijvoorbeeld gedacht kan worden aan een minimum aantal werknemers in Nederland, een minimaal kostenniveau als indicatie voor de reële aanwezigheid in Nederland en hogere eisen aan het minimale eigen vermogen voor internationale houdstermaatschappijen.³³

Overigens heeft de aanpassing in de Moeder-dochterrichtlijn in 2015 reeds gezorgd voor de implementatie van de algemene antimisbruikbepaling in de Nederlandse Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965.³⁴ Voor het beantwoorden van de vraag of er al dan niet sprake is van een houdsterstructuur die is opgezet vanwege commerciële redenen (en niet slechts een structuur die geen economische werkelijkheid reflecteert), wordt zwaar gewicht toegekend aan de mate van *substance* op het niveau van de aandeelhouder. Daarbij wordt aangesloten bij de minimum *substance*-vereisten die de Nederlandse Belastingdienst stelt bij het aanvragen van een APA/ATR-ruling.³⁵ Dit betekent dat niet alleen Nederlandse entiteiten, maar ook buitenlandse (tussen)houdsters thans moeten voldoen aan de Nederlandse vereisten zodat jaarlijks bestuursvergaderingen in het betreffende land moeten worden gehouden, minimaal de helft van de bestuurders inwoner is van het betreffende land en boeken, bescheiden en bankrekeningen in het betreffende land moeten worden gehouden.

5. Afsluiting

De hierboven geschetste maatregelen laten zien dat er diverse stappen worden gezet in de strijd tegen internationale belastingontwijking. Veel maatregelen hebben met elkaar gemeen dat zij transparantie beogen te vergroten, hetgeen mogelijk tot internationale druk op de (Nederlandse) ruling-praktijk zal leiden.

Daarnaast worden er op EU-niveau steeds ingewikkelder en verder strekkende regels ontwikkeld om veelgebruikte planingsstructuren, met name in verhouding tot de VS, tegen te gaan. Hoewel implementatie van de diverse Europese

33 Zie ook de reactie van staatssecretaris Wiebes op de motie van Kamerleden Grashoff en Groot, ‘Brief over motie substance eisen’, 4 november 2016.

34 EU Richtlijn 2015/121 van 27 januari 2015 tot wijziging van EU Richtlijn 2011/96 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2015, L 21), geïmplementeerd in Nederland bij de Wet implementatie Moeder-dochterrichtlijn 2015, Stb. 2015, 543.

35 Besluit van 13 juni 2014, DGB 2014/3099 (APA/ATR-besluit).

richtlijnen door de lidstaten afzonderlijk dient te gebeuren, is een gemeenschappelijke Europese aanpak onmisbaar en lijkt – voor sommigen – een gemeenschappelijke Europese grondslag voor de winst- of vennootschapsbelasting niet uitgesloten.³⁶

Op nationaal niveau heeft de internationale strijd tegen belastingontwijking geleid tot aanscherping van de *substance*-vereisten, hetgeen naar verwachting in de toekomst verder zal worden aangescherpt.

Nederland werkt volop mee aan de internationale initiatieven en stuurt aan op een uniforme, gezamenlijke aanpak. Daarnaast blijft de Nederlandse regering voorstander

van een aantrekkelijk fiscaal vestigingsklimaat. Bijvoorbeeld door zich in te zetten voor behoud van de deelnemingsvrijstelling en door de voorgenomen introductie van een inhoudingsvrijstelling voor de dividendbelasting in kwalificerende deelnemingsituaties in grensoverschrijdende deelnemingsverhoudingen (geflankeerd door anti-misbruikmaatregelen).³⁷

Over de auteurs

Reinout de Boer

Fiscaal advocaat bij Stibbe N.V. in Amsterdam en Onderzoeker bij de Universiteit van Amsterdam.

Charlotte Tolman

Junior Associate bij Stibbe N.V. in Amsterdam.

³⁶ Zie ook het Commissievoorstel voor een CCTB, richtlijnvoorstel (EU) 2016/0337, 25 oktober 2016.

³⁷ Zie hiervoor de Internetconsultatieversie van de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling, gepubliceerd op 16 mei 2017.