

LEZINGEN

VAKTECHNIEK

COMMISSIE

2014



de Jonge Orde van Belastingadviseurs  
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs





# Lezingen Commissie Vaktechniek 2014

*Met bijdragen van:*

*mr. dr. M.B.A. van Hout*

*mr. S.R.M. Janssen*

*mr. J.J.A.M. Korving*

*mr. M.H.G.M. van der Linden*

*drs. M. Nieuweboer*

*mr. A.H.M.E. Pex*

*mr. drs. M.J.C. Pieterse en R.C. de Smit MSc.*

*mr. M.E. Staman en drs. E.P.H.G. Raaijmakers*

*mr. dr. A. Pleijsier*

*mr. C.D.C. Runge*

*mr. P.H.N. Quist, mr. T.J. Geuze-Draaijer en mr. R.A. de Boer*

Omslag ontwerp: Studio Putto BNO  
Opmaak binnenwerk: Ivo Schouten, Amsterdam  
Technische realisatie: TrendsCo

© 2015, Sdu Uitgevers bv, Den Haag

Sdu Uitgevers  
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag, tel. (070) 378 99 11  
Nadere informatie over de uitgaven van Sdu Uitgevers vindt u op [www.sdu.nl](http://www.sdu.nl).

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.stichting-pro.nl](http://www.stichting-pro.nl)). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden. Vanwege de aard van de uitgave, gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

# Inhoudsopgave

## Voorwoord lezingenboekje JOB Commissie Vaktechniek / 9

### **I Fiscale structurering bij fusies en overnames / 11**

- 1 Inleiding / 11
- 2 Overzicht en proces / 11
- 3 Vormgeving van de transactie / 13
- 3.1 Verliezen op niveau van de target / 13
- 3.2 Financiering / 13
- 3.3 Fiscale eenheid / 13
- 3.3.1 Juridische en economische eigendom / 13
- 3.3.2 Fiscale eenheid btw / 14
- 3.3.3 Fiscale correcties bij ontvoeging / 14
- 3.4 Transactiekosten; uitsplitsing financierings- en acquisitiekosten / 15
- 3.4.1 Omslagpunt / 15
- 4 Closing mechanisme / 16
- 4.1 Prijsbepaling / 17
- 4.2 Tijdsbepaling / 17
- 5 Tips & tricks voor fusies en overnames / 17

### **II Belastingarresten ontleden / 19**

- 1 Inleiding / 19
- 2 Belastingrechtspraak in vogelvlucht / 19
- 3 Conclusie advocaat-generaal / 20
- 4 Verschillende soorten oordelen / 20
- 5 Opbouw van een arrest / 20
- 6 Breed vs. smal arrest en signaalwoorden / 21
- 7 Hoge Raad geeft college / 23
- 8 Arrest wordt verkeerd begrepen / 23
- 9 Afwegingen van de Hoge Raad / 23
- 10 De Hoge Raad gaat 'om' / 24
- 11 De Hoge Raad repareert een uitspraak / 24
- 12 Artikel 81 Wet RO / 25
- 13 Artikel 80a Wet RO / 25
- 14 Tips en tricks / 25

<b>III</b>	<b>Aggressive tax planning: Base erosion and profit shifting / 27</b>
1	Inleiding / 27
2	Case study: X Europe Holding Technologies SCS (Luxembourg) / 27
3	BEPS and the allocation of taxing rights / 28
4	OECD, EU, G8 and G20 – ‘Doing nothing is not an option’ / 30
5	Afsluiting / 31
<b>IV</b>	<b>Amerikaans belastingrecht, de valkuilen voor de Nederlandse adviseur / 33</b>
1	Inleiding / 33
2	Creditsysteem vs. vrijstellingssysteem / 33
3	Het US tax credit-systeem / 38
4	Het Check the box-systeem / 43
5	Subpart F / 43
<b>V</b>	<b>Actualiteiten formeel belastingrecht / 47</b>
1	Wet vereenvoudiging formeel verkeer Belastingdienst / 47
2	Digitalisering / 47
3	Termijnen / 48
3.1	Aanslag- en herzieningstermijn / 48
3.2	Navordering(stermijn) / 49
3.3	Opschorting van termijnen / 49
4	Herziening / 50
4.1	Samenhangende beschikkingen / 51
5	Conclusie / 52
<b>VI</b>	<b>Uitdagingen van een bedrijfsfiscalist / 53</b>
1	Royal Dutch Shell – meerdere bedrijven in één / 53
2	Fiscaliteit en marktontwikkelingen in de energiesector / 54
3	De supply chain van Shell / 54
4	Uitdagingen van het tax department / 55
<b>VII</b>	<b>(Indirect) tax-ricicomagement in de praktijk / 57</b>
1	Inleiding / 57
2	Redenen voor Tax Risk Management / 58
3	Het tax-functieplan / 58
4	De tax-strategie / 59
5	Structuur van de tax-functie / 60
6	Tax Risk Management / 61
7	Het Tax Control Framework / 61
8	Afsluiting / 63

<b>VIII</b>	<b>Grensoverschrijdende omzetting / 65</b>
1	Introductie / 65
2	Basisbegrippen: / 65
3	Europese rechtspraak / 66
4	Problemen in de praktijk / 68
5	Onderscheid inbound / outbound omzettingen / 69
6	Fiscaliteit / 70
7	Voorontwerp / 72
<b>IX</b>	<b>Recente ontwikkelingen op het gebied van het Europees belastingrecht / 77</b>
1	Financial Transactions Tax / 77
2	Staatssteun en rullingpraktijk / 77
3	Fiat / 80
4	Amazon / 81
5	Nederlandse rullingpraktijk / 81
6	Aftrek voor onderhoudskosten aan monumentenpanden / 85
7	Binnenlandse verliesverrekening: Papillon en MSA / 86
<b>X</b>	<b>Van fiscale due diligence tot SPA / 89</b>
1	Inleiding / 89
2	Doel van een due diligence / 89
3	Analyse fiscale risico's van de target / 90
4	Onderdeel van een groter plaatje / 91
5	Een aantal tips / 92
6	Afsluiting / 93
<b>XI</b>	<b>TESCM planning anno 2014 / 95</b>
1	TESCM: de basis / 95
2	Redenen voor de klant om een TESCM-project te starten / 95
2.1	Centralisatie / 95
2.2	Transfer pricing voordelen / 96
2.3	Treasury en koersrisico's / 96
2.4	Fiscaal / 96
3	Geboorte van een TESCM-project / 96
4	TESCM-risico's / 97
4.1	Verstoring van de business / 97
4.2	Onvoorziene kosten / 97
4.3	Geen draagkracht binnen de organisatie / 97
4.4	Ontstaan van blinde vlekken / 98
4.5	Lastige fiscus / 98
5	Valkuilen van de adviseur / 98
6	TESCM anno 2014 / 98
6.1	Shared service center / 98



6.2	Principaalstructuur / 99
6.3	Principaalstructuur in Azië / 99
6.4	Wereldwijde structuur / 99
6.5	OESO / 100
6.6	Zwitserland / 100

# Voorwoord lezingenboekje JOB Commissie Vaktechniek

Geacht JOB-lid, beste lezer,

De fiscaliteit is voortdurend in beweging en de recente ontwikkelingen in nationaal en internationaal verband zorgen ervoor dat ons vak nog interessanter is geworden dan het al was. De Commissie Vaktechniek van de JOB heeft in 2014 dan ook geen gebrek gehad aan onderwerpen voor lezingen, welke zij organiseert om haar achterban van jonge belastingadviseurs de gelegenheid te bieden om met andere vakgenoten van gedachte te wisselen.

Voor de lezingen van dit jaar hebben wij wederom een keur aan vooraanstaande vakgenoten bereid gevonden om te vertellen over hun specialismen in de actuele context. Traditiegetrouw werden lezingen georganiseerd in Amsterdam, Rotterdam en Eindhoven.

De Commissie Vaktechniek heeft in 2014 elf lezingen georganiseerd die goed bezocht werden, sommige zelfs met meer dan honderd deelnemers. Het feit dat de lezingen een interactief karakter hadden en dat relevante onderwerpen aan bod kwamen in combinatie met het enthousiasme van de sprekers, zorgde ervoor dat de lezingen keer op keer een succes waren. Wij willen dit als commissie dan ook zeker voortzetten in 2015.

Van alle lezingen die zijn georganiseerd zijn verslagen gemaakt, welke in dit boekje terug te vinden zijn. Zo kunt u hetgeen aan bod is gekomen nog eens op een rustig moment nalezen. Deze verslagen zijn geschreven door de leden van de Commissie Vaktechniek en vervolgens goedgekeurd door de sprekers.

Graag maak ik van de gelegenheid gebruik om hier nogmaals de sprekers te bedanken voor hun inspanningen en tijd. Verder wil ik de kantoren bedanken die ons wilden ontvangen en een zaal en catering beschikbaar stelden. Ook de Commissie Vaktechniek wil ik hartelijk danken voor hun inspanningen en niet te vergeten de medewerkers van het Bureau NOB en uiteraard de bezoekers.

Wij hopen in 2015 wederom veel JOB-leden bij onze lezingen te mogen begroeten!

Namens de Commissie Vaktechniek,  
Lenny Koot  
voorzitter



# I Fiscale structurering bij fusies en overnames

---

<i>Verlaglegger:</i>	<i>mw. M.F.J.H. (Sandra) van Buren LLM</i>
<i>Inleider:</i>	<i>mr. M.E. (Marije) Staman, tax partner bij Deloitte Belastingadviseurs BV, en drs. E.P.H.G. (Erik) Raaijmakers, tax director bij Deloitte Belastingadviseurs BV</i>
<i>Datum:</i>	<i>30 januari 2014</i>

---

## 1 INLEIDING

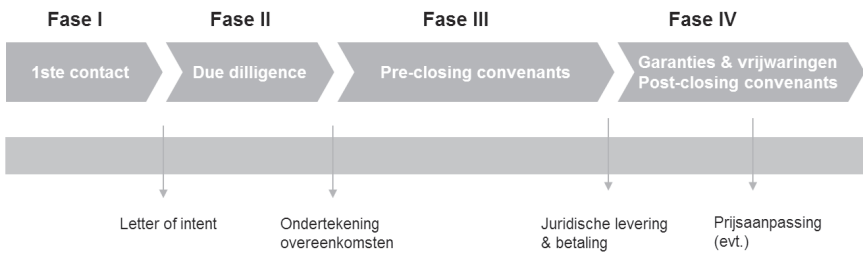
De sprekers verwelkomen het publiek allereerst bij de lezing over fiscale structurering bij fusies en overnames en maken direct een opmerking over de titel van de lezing. Voor beide sprekers en in de fiscale praktijk is het gebruikelijk om te spreken over *Mergers & Acquisitions*, oftewel *M&A*. Daarnaast vertelt mevrouw Staman dat de praktijk leert dat een overname in de *M&A*-praktijk vaker dagelijkse praktijk is dan de begeleiding bij een juridische fusie, wat dat betreft is het begrip *M&A* wellicht enigszins misleidend. De lezing zal in ieder geval in het teken staan van de fiscale structurering bij fusies en overnames.

Als mevrouw Staman vraagt waar het publiek onder andere aan denkt bij fusies en overnames, komen begrippen naar voren als *due diligence*, *sale and purchase agreement*, transactiekosten, de mededingingsautoriteiten, *private equity*, financiering, koper en verkoper. De sprekers geven aan dat een groot deel van deze onderwerpen de revue zal passeren, waarbij de focus zal liggen op de volgende vragen: Wat zijn de fiscale issues die spelen bij een fusie en overname? Hoe belangrijk is een *due diligence*? Waar moet je opletten bij het structureren van een overname? Dit alles zal worden geïllustreerd aan de hand van een aantal praktijkvoorbeelden binnen de consumer business-industrie.

## 2 OVERZICHT EN PROCES

Een overname is niets anders dan een fiscale puzzel die moet worden opgelost, maar waarbij ook de financiële, juridische en in sommige gevallen de maatschappelijke belangen in acht moeten worden gehouden. Denk bij het laatste bijvoorbeeld aan de mededingingsautoriteiten. Daarnaast spelen er ook andere belangen als je als adviseur optreedt voor de kopende of de verkopende partij.

Hieronder is schematisch het proces weergegeven van een overname, dat kan worden verdeeld in vier fasen:



Het overnameproces start in principe altijd bij twee (of soms meer) partijen die bij elkaar komen en de intentie uitspreken dat zij interesse hebben in een eventuele overname. In deze beginfase, wordt in veel gevallen een zogenoemde *Letter of Intent* tussen de kopende en verkopende partij gesloten, ook wel een intentieovereenkomst. In de *Letter of Intent* wordt in principe een aantal procedureafspraken vastgelegd. Deze afspraken hebben bijvoorbeeld betrekking op de verschillende stappen in het overnameproces en de mate waarin en voorwaarden waaronder door de potentiële verkoper informatie wordt verschaft aan de potentiële koper, oftewel in hoeverre er sprake is van een geheimhouding. Ook kan worden afgesproken hoe zal worden omgegaan met andere potentiële kopers, oftewel de exclusiviteitsclausule. De *Letter of Intent* bepaalt eigenlijk de voorwaarden waaronder de partijen toewerken naar een uiteindelijke koopovereenkomst.

Vervolgens zal worden gestart met de tweede fase; de due diligence. Tijdens de due diligence-fase wordt er gefocust op wat een eventuele koper nu eigenlijk zal kopen. Hierbij is het doel dat zo goed mogelijk in kaart wordt gebracht wat de risico's zijn van de over te nemen onderneming, maar ook wat de kansen zijn. Het due diligence-onderzoek richt zich dan ook vanzelfsprekend niet alleen op de fiscale aspecten, maar ook op de financiële, juridische, commerciële en afhankelijk van de onderneming die zal worden aangekocht ook op het personeel, milieu enz. Tijdens deze fase zal worden vastgesteld welke garanties en vrijwaringen in de koopovereenkomst moeten worden opgenomen, maar ook eventuele opschortende en/of ontbindende voorwaarden die moeten worden vervuld voordat kan worden overgegaan tot de levering. Overigens wordt opgemerkt door de sprekers dat het verschil tussen een garantie en een vrijwaring zit in de risicoverdeling. Wanneer tijdens de due diligence-fase een (mogelijk) probleem wordt opgemerkt, waarbij de koper in de toekomst eventueel een nadeel zal krijgen en waarvan de omvang nog niet bekend is, kan een vrijwaring worden opgenomen om de koper schadeloos te stellen mocht het nadeel materialiseren. Door middel van een garantie geeft de koper zekerheid omtrent de staat van bepaalde zaken.

Als de due diligence-fase is afgerond, de koopovereenkomst is getekend en de ontbindende voorwaarden (indien deze er zijn) zijn vervuld kan worden overgegaan tot de juridische levering van de onderneming en de betaling van de koopprijs aan de aandeelhouders. In de toekomst zal blijken of enige prijsaanpassing nodig zal zijn. Voor het laatste merkte de heer Raaijmakers op dat er in de praktijk vaak gebruik wordt gemaakt van een zogenoemde *escrow account*,

een derdenrekening waarbij een bepaald bedrag wordt veiliggesteld om eventuele nabetalingen te kunnen voldoen.

### 3 VORMGEVING VAN DE TRANSACTIE

Tijdens de due diligence-fase zal moeten worden beoordeeld hoe de transactie dient te worden vormgegeven. Hierbij staat de vraag centraal wat je wilt kopen, enerzijds de aandelen van een onderneming, anderzijds de activa/passiva waarbij de business zelf wordt aangekocht. De vormgeving van de transactie is afhankelijk van diverse redenen (juridische, fiscale, bedrijfseconomische of deal-technische redenen).

#### 3.1 Verliezen op niveau van de target

Tijdens de vormgeving van de transactie is het van belang om te kijken naar de fiscale positie van de target, bijvoorbeeld of er verliezen op het niveau van de target zijn en hoe het mogelijk is om gebruik te maken van deze verliespositie ter voorkoming van verliesverdamping. Waardering van deze verliezen voor de transactie en ook na de transactie is daarom van belang. Een voorbeeld hiervan is het realiseren van eventuele stille reserves in bepaalde activa, waardoor de verkoper gebruik kan maken van haar verliezen. Door het realiseren van de stille reserve ontstaat er een afschrijfbaar asset die aan de koper kan worden meegegeven. Een dergelijke afschrijfbaar asset levert dan weer waarde op in de transactie en zal afzonderlijk 'geprijsd' kunnen worden. In dit geval zou het voordeliger kunnen zijn om een activa/passiva-transactie te doen in plaats van een aandelentransactie.

#### 3.2 Financiering

Bij een overname is het van belang om uiteindelijk het maximale rendement te kunnen behalen en ervoor te zorgen dat de fiscale voordelen niet verloren gaan, eerder is daarom aandacht besteed aan het eventueel verdampen van fiscale verliezen. Net zo van belang is dat de rente op een eventuele financiering in de toekomst aftrekbaar is. Vanzelfsprekend kan een transactie met eigen vermogen worden gefinancierd, maar in de praktijk blijkt dat bijna elke transactie wordt gefinancierd met vreemd vermogen, de rentekosten die samenhangen met de financiering kunnen dan in mindering worden gebracht op de fiscale winst. De fiscale consequenties van eventuele financiering met vreemd vermogen spelen een grote rol, maar bij het opzetten van een structuur gelden natuurlijk ook de eisen die door bijvoorbeeld de banken of andere geldverstrekkingen worden gesteld.

#### 3.3 Fiscale eenheid

##### 3.3.1 *Juridische en economische eigendom*

Het kan zijn dat de targetvennootschap onderdeel is van een fiscale eenheid vennootschapsbelasting met de verkopende partij en andere groepsvennootschap-

pen. De verkoop van de targetvennootschap leidt tot verbreking van deze fiscale eenheid waaraan diverse fiscale consequenties zijn verbonden.

De verkrijging van de economische en juridische eigendom van de aandelen in de targetvennootschap door de kopende partij zal in vele gevallen niet plaatsvinden op hetzelfde moment. In de praktijk wordt in de meeste gevallen de juridische eigendom pas na de economische eigendom verkregen. De levering van het juridische eigendom vindt in de meeste gevallen pas plaats een aantal dagen na de vervulling van de laatste voorwaarde. Deze kan liggen op het gebied van de vereiste toestemming, maar ook op ieder ander gebied. Afhankelijk van de voorwaarden, zal het economische eigendom overgaan op het moment van het vervullen van de laatste voorwaarde en daarmee automatisch een paar dagen voor de juridische levering liggen. Het samenlopen van het tijdstip van de overdracht van de juridische en de economische eigendomsoverdracht van de aandelen is van belang voor de vorming van een aansluitende fiscale eenheid. Anders zou dit betekenen dat de targetvennootschap in de tussenliggende periode zelfstandig belastingplichtig is. Indien het tijdstip van de verkrijging van de economische eigendom van de aandelen in de targetvennootschap gelegen is voor de levering van de juridische eigendom en tussen die tijdstippen niet meer dan vijf werkdagen zijn gelegen, wordt de verkrijging van de juridische eigendom geacht toch gelijktijdig met de verkrijging van de economische eigendom te hebben plaatsgevonden en kan vanaf die datum (als aan de overige voorwaarden is voldaan) een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting worden gevormd.

De vennootschappen die onderdeel uitmaakten van de fiscale eenheid blijven hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsbelastingsschulden voor de periode dat zij onderdeel waren van die fiscale eenheid. Dit geldt dus eveneens voor de targetvennootschap die wordt overgenomen.

### 3.3.2 *Fiscale eenheid btw*

De targetvennootschap kan ook onderdeel zijn van een fiscale eenheid voor de btw met de verkopende partij en andere groepsvennootschappen. Indien de targetvennootschap wordt ontvoegd uit de fiscale eenheid voor de btw, is deze niet langer hoofdelijk aansprakelijk voor nieuwe btw-schulden van de fiscale eenheid. De Belastingdienst moet dan wel worden geïnformeerd over de ontvoeging van de targetvennootschap uit deze fiscale eenheid. Voor de kopende partij is het dus van belang dat de Belastingdienst zo spoedig mogelijk wordt geïnformeerd.

### 3.3.3 *Fiscale correcties bij ontvoeging*

Als een targetvennootschap wordt ontvoegd uit de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting zullen er diverse fiscale consequenties zijn, die ook van invloed zijn voor de kopende partij:

- Herwaardering herinvesteringsreserve. Op het moment vlak vóór de ontvoeging mag de herinvesteringsreserve van de fiscale eenheid niet meer zijn dan het totaal aan herinvesteringsreserves bij de moeder en de ontvoegde dochter in de situatie dat er geen fiscale eenheid zou bestaan. Een herinves-

teringsreserve moet worden gealloceerd aan de maatschappij die het vermogensbestanddeel, waarvan de vervreemding heeft geleid tot de vorming van de herinvesteringsreserve, heeft vervreemd.

- Verliespositie: Op verzoek kan de moedermaatschappij verliezen aan de ontvoegende targetvennootschap meegeven. Dit is van belang voor een eventuele waardering van deze verliezen. Is het namelijk mogelijk om deze verliezen op een later tijdstip te verrekenen met eventuele winsten?

Daarnaast voorziet de wet erin dat als in de periode dat de targetvennootschap onderdeel was van de fiscale eenheid er vermogensbestanddelen zijn overgedragen tussen de groepsvennootschappen en de targetvennootschap en de waarde in het economische verkeer van deze vermogensbestanddelen hoger is dan de boekwaarde, alsnog vennootschapsbelasting zal worden geheven over de stille reserves, zie art. 15ai Wet VPB 1969. De art. 15ai-sanctie vindt geen toepassing als de vervreemding van het overgedragen vermogensbestanddeel minstens (drie of) zes jaar na de interne overdracht heeft plaatsgevonden.

### 3.4 Transactiekosten; uitsplitsing financierings- en acquisitiekosten

Bij de meeste overnames is een groot aantal adviseurs en financiers betrokken. De adviseurs werken vaak zowel aan het voltooien van de transactie als het verkrijgen van de financiering, waarbij onderscheid dient te worden gemaakt tussen aftrekbare acquisitiekosten, aftrekbare financieringskosten en te activeren aan- en verkoopkosten deelneming.

Kosten die betrekking hebben op de acquisitie van een deelneming, de zogenoemde aankoopkosten, zijn in principe niet fiscaal aftrekbaar. In de praktijk wordt vaak een onderscheid gemaakt in de tijd. Daarbij dient een onderverdeling te worden gemaakt naar kosten die zijn toe te rekenen aan de fase waarin er nog geen (volledige) zekerheid aanwezig was dat de aankoop door de kopende partij zijn doorgang zou vinden, welke kosten op basis van onder andere het zogenaamde 'Boorput-arrest'<sup>1</sup> fiscaal aftrekbaar zijn en kosten die zijn toe te rekenen aan de fase waarin deze zekerheid reeds wel aanwezig was. Deze tweede categorie kosten kunnen niet in aftrek komen, maar dienen te worden geactiveerd als onderdeel van de kostprijs deelneming.

#### 3.4.1 Omslagpunt

Het omslagpunt wat betreft de zekerheid van het doorgang vinden van een overname kan worden afgeleid van een aantal gebeurtenissen waaruit blijkt dat er een zekere mate van zekerheid is dat de overname doorgang gaat vinden. Welke gebeurtenissen dit zijn zal van transactie tot transactie verschillen.

Mevrouw Staman vertelt over een transactie waar het gaat om een mogelijke aankoop van een beursgenoteerde vennootschap en een speelveld waarbij er meerdere partijen in de biedingsstrijd zijn betrokken. Een eerste aanknopingspunt zou het tekenen van de koopovereenkomst kunnen zijn, maar in de praktijk wordt vaak aangesloten bij die gebeurtenissen die aanleiding geven tot het onherroepelijk worden van de koopovereenkomst en de realisatie van een

1. HR 12 april 1995, nr. 29 866, BNB 1995/180.



rechtens afdwingbare overeenkomst. Deze gebeurtenissen worden meestal als een opschortende voorwaarde opgenomen in de koopovereenkomst tussen partijen. In deze casus waren de voorwaarden als volgt:

- De mogelijkheid dat een andere bidder een hoger bod kon uitbrengen onder betaling van een schadevergoeding aan de (initiële) kopende partij. Op deze wijze zou de (initiële) kopende partij nog onder de getekende koopovereenkomst uit kunnen.
- Goedkeuring van de transactie door de mededingingsautoriteiten, welke na de ondertekening van de koopovereenkomst heeft plaatsgevonden.
- Goedkeuring door de Algemene Vergadering van aandeelhouders.

Het omslagpunt in een aankooptransactie is gelegen op de datum waarop het daadwerkelijk doorgaan van een aankoop onherroepelijk is geworden. In deze casus was het ook na het tekenen van de verkoopovereenkomst tussen de verkopende en kopende partij onzeker en was de overname geen gedane zaak. Naar aanleiding van voorgaande is de stelling ingenomen dat de acquisitiekosten gemaakt tot aan de vervulling van de opschortende voorwaarden fiscaal aftrekbaar zouden moeten zijn. Dit was een bijzondere situatie en in veel gevallen zal worden aangesloten bij de datum van de koopovereenkomst of de daarvoor gelegen *Letter of Intent*. De situatie zal aan de hand van de feiten en omstandigheden van de desbetreffende casus moeten worden beoordeeld. In de praktijk ziet men vaak dat in overleg wordt getreden met de Belastingdienst.

In de praktijk is het vaak niet zo zwart/wit en is er niet altijd één moment aan te duiden waarop het zeker is dat een transactie zal plaatsvinden. Het volgende is daarom aan te raden:

- Bouw een dossier op, waarbij de diverse kosten (financieringskosten en acquisitiekosten) zoveel mogelijk dienen te worden uitgesplitst.
- Leg feiten en omstandigheden nauwkeurig vast, zodoende ook het omslagpunt.
- Allocatie aan financiering, daar waar de kosten gemaakt zijn in het kader van het verkrijgen van de benodigde financiering.

Mede van belang is niet alleen de aftrekbaarheid voor de vennootschapsbelasting van de financierings- en acquisitiekosten, maar ook de behandeling voor de btw. Dit wordt als aandachtspunt meegegeven, maar hier wordt tijdens deze lezing niet verder op ingegaan.

#### 4 CLOSING MECHANISME

Als een van de laatste onderdelen van deze lezing wordt nog kort ingegaan op de *Sale and Purchase Agreement*, oftewel de koopovereenkomst. In de koopovereenkomst worden vaak begrippen opgenomen die niet voor iedereen dagelijkse praktijk zijn. Eerder is al gesproken over de mogelijkheid om vrijwaringen en garanties, alsmede ontbindende of opschortende voorwaarden op te nemen in de koopovereenkomst.

## 4.1 Prijsbepaling

Vanzelfsprekend dient er voor de overname een prijs te worden bepaald. Dit kan op diverse manieren, waarvan de zogenoemde *Locked box* regelt dat de verkoper een vast bedrag krijgt bij *Closing*. Een ander type *Closing*-mechanisme is de *Closing Accounts*, waarbij de verkoper een geschat bedrag krijgt bij *Closing*, dat later wordt gecorrigeerd door het *Closing Accounts*-mechanisme.

## 4.2 Tijdsbepaling

- *Signing date*: de datum waarop de koopovereenkomst wordt ondertekend.
- *Effective date*: de datum waarop de economische eigendom wordt overgedragen aan de kopende partij.
- *Closing date*: de datum waarop de transactie definitief wordt en er wordt overgegaan tot juridische levering van de onderneming.

In de koopovereenkomst zal moeten worden bepaald welke partij verantwoordelijk is voor de diverse belastingen in die bepaalde periode.

## 5 TIPS & TRICKS VOOR FUSIES EN OVERNAMES

Als laatste geven de sprekers nog een aantal ‘tips & tricks’, waarbij de belangrijkste overwegingen voor het goed begeleiden van een transactie worden meegegeven:

- Wie adviseer je? De koper of verkopende partij?
- Hoe ziet de *target business* eruit? Denk hierbij aan de industrie, ontwikkelingsfase, type aandeelhouder.
- Wat wordt er gekocht? Is er sprake van aandelen of activa/passiva-transactie?
- Hoe wordt de transactie gefinancierd? Eigen vermogen versus vreemd vermogen, en hoe lopen de financieringsstromen?
- Wat gaat de koper doen met de *business van de target*?
- Wat zijn de belangrijkste (fiscale) elementen om rekening mee te houden tijdens de transactie:
  - verliezen;
  - andere deferred tax-posities (welke een waardebepalende factor kunnen hebben);
  - koop je een fiscale eenheid of een vennootschap uit de fiscale eenheid;
  - vastgoed;
  - samenhang due diligence, structurering en de SPA?



## II *Belastingarresten ontleden*

---

*Verslaglegger:* mw. L. (Lenny) Koot LLM

*Inleider:* mr. drs. M.J.C. (Maarten) Pieterse, verbonden aan het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden en R.C. (Ruud) de Smit MSc., verbonden aan het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden en daarnaast werkzaam als docent Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam

*Datum:* 12 februari 2014

---

### 1 INLEIDING

Het lijkt op het eerste gezicht best lastig en tijdrovend om een arrest te ontleden en goed te begrijpen. Daarom lezen veel mensen graag de samenvatting van en aantekening bij een arrest in bijvoorbeeld *Vakstudie Nieuws*. Deze lezing is gegeven met het idee dat het met de tips & tricks van de sprekers gemakkelijker is om zelf een arrest te lezen. Dit is niet alleen veel nuttiger, ook kan men het arrest zelf interpreteren waardoor men niet meer afhankelijk is van de mening of de deskundigheid van de auteur die de samenvatting van of aantekening bij het arrest heeft geschreven.

### 2 BELASTINGRECHTSPRAAK IN VOGELVLUCHT

De sprekers beginnen de lezing met een korte beschrijving van de verschillende facetten van de belastingrechtspraak. De gang naar de belastingrechter begint wanneer belanghebbende in beroep gaat tegen de uitspraak op bezwaar van een door hem aangevochten beslissing. Vervolgens zal de rechtbank zich buigen over de zaak en uitspraak doen. Mocht één van de twee (of beide) partijen zich niet in deze uitspraak kunnen vinden, dan gaat men in (hoger) beroep tegen de uitspraak. Het gerechtshof is de volgende instantie die naar de zaak zal kijken en uitspraak zal doen. Indien alleen rechtsvragen aan de orde zijn, kunnen de partijen – na wederzijdse toestemming – echter ook sprongcassatie instellen waardoor partijen hun zaak rechtstreeks bij de Hoge Raad kunnen laten voorkomen.

Indien het gerechtshof uitspraak doet en één van de twee (of beide) partijen zich niet in deze uitspraak kan (kunnen) vinden, dan stelt men beroep in cassatie in tegen de uitspraak van het hof. De Hoge Raad zal zich nu over de middelen of klachten buigen en een eindoordeel vellen over de zaak. De feiten komen niet meer aan bod bij de Hoge Raad, aangezien de Hoge Raad geen feitenrechter is. De Hoge Raad kan een zaak echter ook verwijzen naar een (ander) gerechtshof

indien dit noodzakelijk blijkt te zijn. Voorafgaand aan de behandeling door de Hoge Raad kan een advocaat-generaal (hierna: A-G) een conclusie nemen.

### 3 CONCLUSIE ADVOCaat-GENERAAL

In belastingzaken is een conclusie van de A-G niet verplicht. Dit betekent in de praktijk dat A-G's zaken uitkiezen waarin naar hun mening een conclusie wenselijk is. Er zijn momenteel vier A-G's werkzaam bij het parket: Wattel, Niessen, Van Hilten en IJzerman.

De A-G's beoordelen aan de hand van het 'drieluik' (de bestreden uitspraak, het beroepschrift in cassatie en het verweerschrift in cassatie) of het nemen van een conclusie wenselijk is. Een belangrijk criterium daarvoor is of de conclusie van belang kan zijn voor de rechtsontwikkeling. Dit leidt ertoe dat het merendeel van de genomen conclusies gaat over nieuwe, interessante juridische vragen of vragen die van maatschappelijk belang zijn. In de praktijk komt dit erop neer dat in ongeveer 15% van de fiscale zaken conclusie wordt genomen door de A-G.

Op de conclusie van de A-G mogen partijen binnen twee weken reageren. Deze schriftelijke reactie noemt men ook wel de Borgersbrief (naar de EHRM-zaak Borgers). Het indienen van een Borgersbrief kan bijvoorbeeld van belang zijn, wanneer de A-G van een onjuist feitencomplex is uitgegaan en dit in 'het nadeel uitwerkt van één van de procespartijen'. De Hoge Raad neemt kennis van de Borgersbrief en betreft de inhoud hiervan in het debat in de raadkamer.

### 4 VERSCHILLENDE SOORTEN OORDELEN

Er kan onderscheid worden gemaakt tussen feitelijke oordelen en rechtsoordelen. Feitelijke oordelen hebben geen uitstralingseffect naar andere belastingplichtigen, aangezien het feitencomplex anders zal liggen. Rechtsoordelen zien op het recht in het algemeen en zijn wel nuttig voor de toekomst, aangezien zij precedentwerking hebben. Ook bestaan gemengde oordelen, waarbij sprake is van een rechtskundig en feitelijk element. Deze gemengde oordelen hebben weinig precedentwerking.

### 5 OPBOUW VAN EEN ARREST

Een arrest wordt doorgaans op een vaste manier opgebouwd. Hieronder volgt de volgorde van een arrest zoals dat wordt opgenomen op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl), *BNB* of *Vakstudie Nieuws*:

Kopje: raadsheren, partijen, vorige instantie en hetgeen in geschil is

Onderdeel 1: Geding in feitelijke instantie(s)

Onderdeel 2: Geding in cassatie

Onderdeel 3: Beoordeling van de middelen

Onderdeel 4: Proceskosten

Onderdeel 5: Beslissing

Deze standaard opbouw vergroot de overzichtelijkheid en toegankelijkheid van de arresten.

In het kopje van het arrest staan onder meer de raadsheren vermeld. Een zaak wordt behandeld door drie of vijf raadsheren. De gecompliceerde en vaak belangrijker arresten worden afgedaan door vijf raadsheren. Dit is zodoende een eerste indicatie van het belang van de zaak.

Onderdeel 1 van het arrest geeft het verloop van de procedure in feitelijke instantie(s) weer. In onderdeel 2 van het arrest volgt een beschrijving van het (verloop van het) geding in cassatie. In dat onderdeel wordt bijvoorbeeld gemeld of er een conclusie is genomen door een A-G. Het feit dat er een conclusie is genomen, is een tweede indicatie van het belang van de zaak.

Wanneer je niet veel tijd hebt om een arrest te lezen, kun je het beste eerst in onderdeel 3 van het arrest kijken om te bezien of het de moeite waard is om ook onderdeel 1 en 2 van het arrest te lezen. In onderdeel 3.1 van een arrest worden in beginsel de relevante feiten voor cassatie genoemd. Door de in onderdeel 3.1 opgenomen feiten kan worden achterhaald welke specifieke feiten de Hoge Raad van belang acht voor zijn arrest.

In onderdeel 3.2 wordt het geschil voor het gerechtshof weergegeven, alsmede het oordeel van het hof. Dit is het oordeel van het gerechtshof, en nog niet het oordeel van de Hoge Raad, let hier goed op!

In onderdeel 3.3 e.v. volgen de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad. Dit is een belangrijk onderdeel van het arrest waaruit, door het herkennen van signaalwoorden, kan worden afgeleid of het arrest 'breed' of 'smal' is.

## 6 BREED VS. SMAL ARREST EN SIGNAALWOORDEN

In een smal arrest geeft de Hoge Raad geen algemene regels, maar ziet het arrest alleen op het onderhavige geval. De feiten en de omstandigheden van het geval zijn dan doorslaggevend voor de beslissing. Signaalwoorden in het arrest waaruit dit valt af te leiden zijn 'in een geval als het onderhavige', 'zoals hier' of 'onder voormelde omstandigheden'. In een breed arrest daarentegen geeft de Hoge Raad wel algemene regels. In dat geval gebruikt de Hoge Raad bijvoorbeeld signaalwoorden als 'een belastingplichtige' in plaats van '(de) belanghebbende' of 'inspecteur' (met een kleine letter) en niet 'Inspecteur' (met een hoofdletter). De 'Inspecteur' is degene die bij de procedure betrokken is in de zin dat hij bijvoorbeeld de aanslag heeft opgelegd, terwijl 'inspecteur' duidt op de inspecteur in het algemeen. Het is dus erg belangrijk om op deze signaalwoorden te letten. Op deze manier kan worden voorkomen dat uit een arrest algemene conclusies worden getrokken, terwijl uit de signaalwoorden in het arrest volgt dat de Hoge Raad juist een smal arrest heeft gewezen.

Ook kan aan de signaalwoorden worden gezien of sprake is van een feitelijk oordeel of een rechtsoordeel. Een arrest met feitelijke oordelen kan de signaalwoorden 'niet onbegrijpelijk', 'van feitelijke aard' en 'kan in cassatie niet met vrucht worden bestreden' bevatten. Rechtsoordelen kunnen de signaalwoorden

'juist', 'met juistheid', 'terecht', 'op goede gronden een juiste beslissing', 'onjuist', of 'heeft het hof een te strenge/onjuiste maatstaf aangelegd' bevatten.

#### *Fraus legis*

Bij *fraus legis* moet zijn voldaan aan twee vereisten: (i) de doorslaggevende beweegreden voor het aangaan van de rechtshandeling is verijdeling van de belastingheffing (het motiefvereiste) en (ii) de gekozen wijze van belastingverijdeling is strijdig met doel en strekking van de wet (het normvereiste). Aangezien de Hoge Raad geen feitenrechter is, kan de Hoge Raad niet zelfstandig vaststellen of is voldaan aan het belastingverijdelingsmotief van de belanghebbende in de procedure. Het motiefvereiste moet derhalve reeds in feitelijke instantie, dus bij de rechtbank of het gerechtshof, (vast)gesteld zijn. Tenzij dit oordeel onbegrijpelijk is dan wel onvoldoende gemotiveerd is, kan dit (feitelijke) oordeel in cassatie niet meer worden bestreden. De Hoge Raad kan wel over het normvereiste beslissen.

De sprekers geven het voorbeeld van het flitspartnerschap dat aangegaan is om de heffing van overdrachtsbelasting te voorkomen, zoals aan de orde was in HR 15 maart 2013, nr. 11/05609, *BNB* 2013/151. In deze zaak stond het motiefvereiste reeds vast.

In het volgende gedeelte van dit arrest van de Hoge Raad is het signaalwoord 'onjuist' belangrijk. Verder wordt naar een zaak uit 2009 verwezen ter vergelijking:

'3.3.2. (...) Deze opvatting is *onjuist* (vgl. HR 10 juli 2009, nr. 43 363, *LJN* BJ2006, *BNB* 2009/237).(...)

3.4. (...) De Hoge Raad kan de zaak afdoen. *Nu vaststaat dat het aangaan van het geregistreerde partnerschap heeft plaatsgevonden met als doorslaggevend motief het ontgaan van overdrachtsbelasting door middel van toepassing van de vrijstelling, en toepassing van de vrijstelling in een geval als het onderhavige gelet op het hiervoor in 3.3 overwogene in strijd komt met doel en strekking van de hier relevante bepalingen in de Wet BRV, is sprake van wetsontduiking.'*

Een volgend voorbeeld met betrekking tot signaalwoorden wordt gegeven aan de hand van het arrest HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, *BNB* 2013/137. Dit arrest zag op het wel dan niet van toepassing zijn van art. 10a Wet VPB 1969 en de verdeling van de bewijslast. De vraag of belanghebbende in casu heeft voldaan aan de bewijslast, is een feitelijke vraag. Of de juiste maatstaf is aangelegd, is een rechtsvraag. Dat sprake is van een gemengd oordeel, blijkt uit onderstaand fragment waarin zowel de signaalwoorden 'terecht' (behorend bij een rechtsoordeel) als 'van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk, in cassatie niet met vrucht worden bestreden' (behorend bij een feitelijk oordeel) voorkomen.

'4.2.3.1 (...) Het Hof is *terecht* ervan uitgegaan dat de omstandigheid dat een dividenduitkering strekt ter verwezenlijking van een zakelijk gefundeerd doel, niet uitsluit dat dit niet geldt voor de wijze van financiering van die dividenduitkering. (...) 4.2.3.2 (...) Het oordeel van het hof dat belanghebbende niet is geslaagd in de van haar verlangde weerlegging, kan, als *van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk, in cassatie niet met vrucht worden bestreden'*.

Wanneer sprake is van een belangrijk aspect dat meeweegt bij de beslissing van de Hoge Raad, stelt de Hoge Raad dit bij zijn overweging voorop, voorafgaand aan de beoordeling van het middel. Deze vorm van ‘college geven’ door de Hoge Raad kan men afleiden uit de volgende signaalwoorden: ‘Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld’, ‘De Hoge Raad stelt voorop’, en ‘Als regel/van deze regel mag worden afgeweken’. Dit is bijvoorbeeld te lezen in een van de belangrijke arresten met betrekking tot de onzakelijke lening, HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37:

‘3.3. De Hoge Raad stelt het volgende voorop.

3.3.1. Voor de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking door een moedervernootschap aan haar dochtervernootschap voor wat betreft de fiscale gevolgen als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend. Deze regel luidt in drie gevallen uitzondering, te weten:

(...)

(onder meer HR 24 mei 2002, nr. 37071, *LJN* AE3171, *BNB* 2002/231)’.

Het komt in de praktijk weleens voor dat een arrest verkeerd wordt begrepen. De Hoge Raad kan dan in een volgend arrest een signaal aan de praktijk en wetenschap geven. Een voorbeeld hiervan kan wederom in het onzakelijke lening-arrest *BNB* 2012/37 worden gevonden:

‘3.3.5. (...) *Anders dan in de literatuur die naar aanleiding van het hiervoor vermelde arrest van de Hoge Raad met nummer 43849 is verschenen wel is aangenomen, moet voor de lening als geheel worden beoordeeld of sprake is van een onzakelijke lening.*’

Een ander voorbeeld is de zaak HR 14 september 2012, nr. 11/02105, *BNB* 2013/12, die gaat over de aanvang van een terbeschikkingstelling bij borgstelling. In deze zaak werd het volgende geoordeeld door de Hoge Raad:

‘3.3. Gelet op het arrest van de Hoge Raad van 6 april 2012, nr. 10/01949, *LJN* BU3784, *RvdW* 2012/534, moet, *anders dan wel is afgeleid uit de in 3.2 genoemde arresten van de Hoge Raad, tot uitgangspunt dienen dat de regresvordering van een hoofdelijk verbonden schuldenaar pas ontstaat op het moment dat hij de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.*’

Ook hier werd door de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat andere opvattingen niet juist zijn en zodoende geen pleitbaar standpunt kan worden ingenomen op basis van de ‘onjuiste’ literatuur.

Het komt niet vaak voor dat de Hoge Raad in een arrest expliciet een afweging maakt. In de gevallen waarin dit wel voorkomt, kan dit wederom aan signaalwoorden worden gezien. De Hoge Raad gebruikt in dergelijke gevallen de sig-



naalwoorden ‘tegen elkaar afwegend’, ‘enerzijds’ en ‘anderzijds’. Een voorbeeld hiervan kan worden gevonden in de zaak HR 13 april 2012, nr. 10/02196, *BNB* 2012/190, die ging over de beëindiging van een terbeschikkingstelling:

‘3.3.5. Het in 3.3.2, 3.3.3 en 3.3.4 overwogene *tegen elkaar afwegend* komt de Hoge Raad tot het oordeel dat het Hof *terecht* aan zijn beslissing ten grondslag heeft gelegd de opvatting dat een vermogensbestanddeel dat na beëindiging van een feitelijke terbeschikkingstelling (...) wordt aangehouden in afwachting van een geschikte gelegenheid tot vervreemding tot het moment van de verkoop en levering tot het werkzaamheidsvermogen blijft behoren.’

## 10 DE HOGE RAAD GAAT ‘OM’

Het gebeurt zelden, maar de Hoge Raad komt weleens terug op een eerder gegeven rechtsoordeel. Dit wordt ook wel het ‘om’ gaan van de Hoge Raad genoemd. Wanneer hier sprake van is, dan gebeurt dit bijna altijd expliciet. Een voorbeeld hiervan kan gevonden worden in de zaak HR 13 mei 2011, nr. 10/03845, *BNB* 2011/218, die ging over het nagaan van ontvankelijkheden door de rechter:

‘3.3.7. In de argumenten genoemd onder 3.3.4 tot en met 3.3.6 vindt de Hoge Raad aanleiding om *terug te komen* van zijn in 3.3.2 bedoelde rechtspraak. De Hoge Raad is thans van oordeel dat ...’

De Hoge Raad geeft hier dus expliciet aan dat hij terugkomt op een eerdere uitspraak. Dit gebeurde ook in het Aankoopkosten-arrest HR 24 mei 2002, nr. 37 021, *BNB* 2002/262:

‘3.3 (...) Dit in aanmerking genomen, is de Hoge Raad thans, *in afwijking van de in zijn arresten van 8 juli 1996, nrs. 30 918 en 31 496, BNB 1996/367 en BNB 1996/368, neergelegde zienswijze*, van oordeel dat de bijzondere aard van het bedrijfsmiddel deelneming meebrengt dat goed koopmansgebruik toelaat kosten ter zake van de aankoop van een deelneming op gelijke wijze als kosten ter zake van de verkoop van een deelneming ten laste van het resultaat te brengen in het jaar waarin zij zijn gemaakt.’

## 11 DE HOGE RAAD REPAREERT EEN UITSPRAAK

Wanneer de Hoge Raad van mening is dat het hof tot een correct oordeel is gekomen, maar dat hetgeen daaraan ten grondslag ligt niet voldoet, kan hij de uitspraak van het hof in zoverre herformuleren of bijbuigen. Dit gebeurt door middel van het gebruik van de signaalwoorden ‘kennelijk’, ‘klaarblijkelijk’ en ‘daarin ligt besloten’. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de zaak HR 16 april 2010, nr. 08/05088, *BNB* 2010/227, die ging over een ambtelijk verzuim:

‘3.3.3. Hiermee heeft het Hof *kennelijk bedoeld te oordelen* dat ... (volgt juiste rechtsregel). *In dit oordeel ligt besloten* dat de Inspecteur in redelijkheid geen aanleiding tot twijfel hoefde te vinden (...), omdat er desondanks een niet onwaarschijnlijke mogelijkheid bestond dat de door belanghebbende gemaakte ziektekosten op hem drukten.

3.3.4. *Aldus opgevat* geeft ’s Hof’s oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.’

Het komt ook voor dat de Hoge Raad zich kan vinden in het eindoordeel, maar dat de overwegingen van de rechtbank en het hof niet worden gedeeld. Een voorbeeld hiervan kan worden gevonden in de zaak HR 29 juni 2012, nr. 11/00482, BNB 2012/247, die ging over de toepassing van art. 10d Wet VPB 1969:

*'3.5.2 (...) De Rechtbank heeft, wat er zij van de daartoe gebezigde gronden, derhalve terecht geoordeeld dat artikel 10d van de Wet in het onderhavige geval enkel dient te worden getoetst aan de vrijheid van vestiging en dat het verbod op beperking van die vrijheid toepassing mist, aangezien belanghebbende's aandeelhouder is gevestigd buiten de Europese Unie.'*

## 12 ARTIKEL 81 WET RO

De meeste zaken bij de Hoge Raad worden afgedaan met art. 81 Wet RO. Dit wil zeggen dat de Hoge Raad van oordeel is dat de klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechts-eenheid of de rechtsontwikkeling. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn in geval van onaantastbare feitelijke oordelen, wanneer de kwestie al eerder is beslist, of er onduidelijke grieven zijn die volgens de Hoge Raad niet tot cassatie kunnen leiden. Dat een zaak wordt afgedaan met art. 81 Wet RO wil overigens niet per definitie zeggen dat dit een kansloze zaak is. Ook is het zo dat de Hoge Raad wel inhoudelijk kijkt naar een zaak die met art. 81 Wet RO wordt afgedaan. De motivering blijft echter achterwege. Dit wil overigens niet zeggen dat de Hoge Raad de motivering van het hof onderschrijft, hij onderschrijft slechts het eindoordeel waartoe het hof is gekomen.

## 13 ARTIKEL 80A WET RO

De Hoge Raad kan een cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaren wanneer de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen. Dit kan zo zijn wanneer sprake is van onvoldoende belang of wanneer de klachten niet tot cassatie kunnen leiden. Wanneer een adviseur in een zaak met art. 80a Wet RO te maken krijgt, is dat geen compliment.

## 14 TIPS EN TRICKS

Ter afronding van de lezing geven de sprekers nog een aantal aanvullende tips en tricks:

- Let op de feiten van de zaak: in geval van een andere feitenconstellatie kan ook een arrest anders luiden.
- Verwijs niet in een beroep- of verweerschrift naar eerdere stukken, maar neem die op.
- Gebruik alleen houtsnijdende middelen; geen schot hagel ('en overigens is sprake van strijd met EU-recht').
- Let op! Een niet-gemotiveerd beroepschrift moet ook echt niet-gemotiveerd zijn.
- Val niet in herhaling: een conclusie van repliek is niet bedoeld om het beroepschrift te herhalen/een Borgersbrief is niet bedoeld om na te pleiten.



# III *Aggressive tax planning: Base erosion and profit shifting*

---

Verslaglegger:	<i>mw. D.M. (Daphne) Oudshoorn MSc</i>
Inleider:	<i>drs. M. (Mark) Nieuweboer, belastingadviseur bij Pereira Consultants en universitair docent aan de Erasmus School of Economics</i>
Datum:	<i>20 maart 2014</i>

---

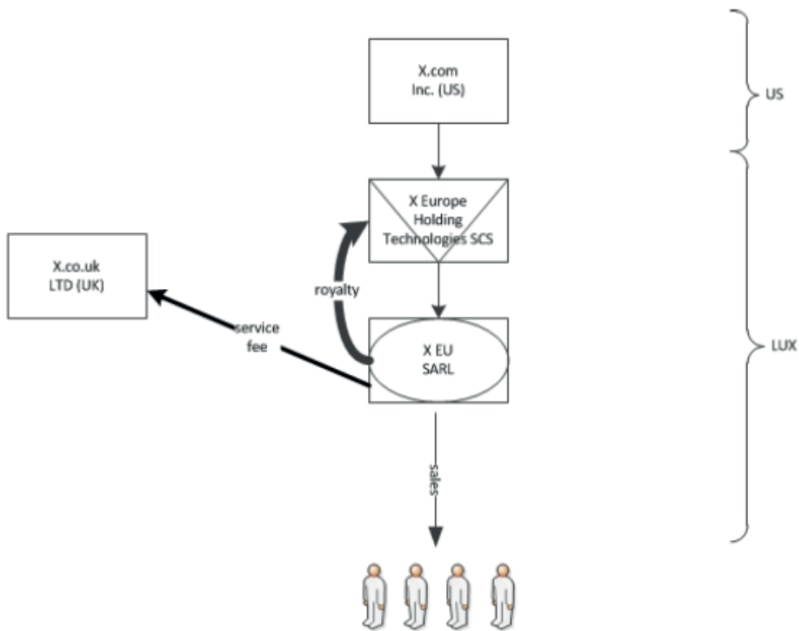
## 1 INLEIDING

*De aandacht voor internationale belastingontwijking beperkte zich – tot voor kort – tot een discussie tussen fiscale technici. Sinds enkele jaren echter heeft deze discussie zich verplaatst naar de publieke en politieke arena, waarbij de maatschappelijke verontwaardiging sterk is toegenomen. De bijbehorende retoriek is vaak weinig genuanceerd, waarbij multinationals van naam en faam aan de fiscale schandpaal worden genageld. In zijn lezing schetst drs. M. Nieuweboer de initiatieven en actieplannen van de OECD, EU, G8 en G20, gericht tegen ‘aggressive tax planning’ door multinationale ondernemingen.*

Nieuweboer is sinds oktober 2009 werkzaam bij Pereira Consultants. Hij adviseert multinationale ondernemingen in diverse sectoren. Naast zijn rol als belastingadviseur is hij als universitair docent belastingrecht verbonden aan de Erasmus School of Economics van de Erasmus Universiteit Rotterdam. Hij schrijft een academisch proefschrift over de beginselen van antimisbruik in een internationale fiscale context.

## 2 CASE STUDY: X EUROPE HOLDING TECHNOLOGIES SCS (LUXEMBOURG)

Aan de hand van een voorbeeld – o.a. de casus van Amazon – wordt de problematiek die tijdens de lezing zal worden besproken, aan de orde gesteld. Onderstaande afbeelding laat de structuur van de Amazon-groep zien. Het bedrijf maakt gebruik van de fiscale technieken om winst te drukken, door binnen de groep gebruik te maken van een hybride entiteit. Daarnaast is het zo dat wanneer een consument een product bestelt bij Amazon, de consument een overeenkomst sluit met de Luxemburgse entiteit (X EU SARL) en de entiteit in het Verenigd Koninkrijk slechts een service fee ontvangt.



### 3 BEPS AND THE ALLOCATION OF TAXING RIGHTS

De fundamentele vraag die centraal staat is ‘Wie mag er belasting heffen over de winst?’. Nieuweboer koppelt de volgende onderwerpen aan deze centrale vraag, waarvan de eerste twee tijdens de lezing in meer detail worden besproken:

1. Wettelijk aanknopingspunt / ‘Jurisdiction to tax’
2. Transfer Pricing
3. Leverage

#### *Wettelijk aanknopingspunt / ‘Jurisdiction to tax’*

De onderliggende principes voor het wettelijke aanknopingspunt om belasting te heffen zijn (i) nationaliteit, (ii) woonplaats en (iii) bron. Sinds de jaren twintig probeert de Organisation for Economic Co-operation and Development (hierna: OECD) te voorkomen dat dubbele belasting wordt geheven wanneer twee staten verschillende principes toepassen.

Het wettelijke aanknopingspunt of ‘the jurisdiction to tax’ kan worden ‘gemanipuleerd’. Denk hierbij bijvoorbeeld aan base and shell companies, waarbij wel een onderscheid gemaakt kan worden tussen deze twee varianten. Van een base company wordt gesproken wanneer een bedrijf zich vestigt in een staat om toegang te krijgen tot het verdrag (beter bekend als de brievenbusfirma) en daarnaast heeft het bedrijf andere (fiscale en/of civielrechtelijke, organisatorische of commerciële) redenen om voor de betreffende lidstaat te kiezen. Ook een shell company is gevestigd in een lidstaat om zodoende toegang te krijgen tot een belastingverdrag, echter is nu sprake van een brievenbusfirma zonder enige andere activiteiten en/of motieven om in dat land gevestigd te

zijn. Daarnaast kan een groep ook kiezen voor een vaste inrichting in een bepaalde jurisdictie. Door gebruik te maken van een vaste inrichting kan een bedrijf een fiscale structuur opzetten waar geen zelfstandig lichaam in een land wordt gevestigd, maar slechts een branch van het hoofdhuis: een fiscale aanwezigheid zonder een juridische aanwezigheid.

Andere vormen van ‘manipulatie’ zijn ook samen te vatten als hybride mismatches. Denk hierbij aan dual residency, hybride entiteiten, hybride financiële instrumenten en hybride transacties.

Al met al komt het erop neer dat wanneer sprake is van ‘manipulatie’ van het wettelijke aanknopingspunt, de belasting nexus niet meer aansluit bij de economische nexus.

### *Transfer pricing*

Er is een grote kans dat wanneer je aan een fiscalist vraagt ‘Waar denk je aan bij transfer pricing?’, art. 8b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969) het antwoord op deze vraag is. In art. 8b Wet VPB 1969 is het arm’s length-principe wettelijk vastgelegd.

‘Indien een lichaam, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam en tussen deze lichamen ter zake van hun onderlinge rechtsverhoudingen voorwaarden worden overeengekomen of opgelegd (verrekenprijzen) die afwijken van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen, wordt de winst van die lichamen bepaald alsof die laatstbedoelde voorwaarden zouden zijn overeengekomen.’

Een vergelijking met een onafhankelijke derde partij dient te worden gemaakt op basis van functies, assets en risico’s. Nieuweboer licht toe dat op het gebied van transfer pricing duidelijke ontwikkelingen zijn waar te nemen. Voorheen werd de wereldwijde waardeketen van een bedrijf beoordeeld naar de goederen en diensten die door het bedrijf worden geleverd. Vandaag de dag komt de analyse van de waardeketen binnen een concern neer op het analyseren van de verschillende taken, functies en risico’s binnen de totale bedrijfsketen. In plaats van goederen/diensten worden functies en risico’s beprijsd.

Ook voor transfer pricing kunnen we spreken over mogelijkheden tot ‘manipulatie’. Opgemerkt dient te worden dat dit begrip niet per definitie negatief uitgelegd hoeft te worden. Als voorbeeld wordt intellectual property (hierna: IP) aangedragen. Uit een Brits onderzoek blijkt dat de waarde van de Top 500-merken in 2011 ten opzichte van 2010 is gegroeid met 14% tot USD 3,306 miljard.<sup>2</sup> Vanuit een fiscaal oogpunt loont het om als concern te analyseren waar de IP het beste kan worden gealloceerd. Wanneer de IP in een land met een fiscaal gunstig regime wordt geplaatst, kan vervolgens een deel van de winst – het deel dat toerekenbaar is aan deze IP – worden belast in dat betreffende land. IP is hier slechts een voorbeeld, binnen een concern kunnen er ook andere assets aanwezig

2. Brand Finance Global 500, ‘The annual report on the world’s most valuable brands’, March 2011.

zijn welke gemakkelijk kunnen worden verplaatst naar een fiscaal gunstigere jurisdictie.

Zoals hiervoor besproken kan voor het wettelijke aanknopingspunt sprake zijn van een disconnectie tussen de belasting nexus en de economische nexus. Ook met betrekking tot het onderwerp transfer pricing kan worden gesproken van een disconnectie. In dit geval tussen de uitkomsten van de transfer pricing en de waardecreatie binnen een concern.

#### 4 OECD, EU, G8 AND G20 – ‘DOING NOTHING IS NOT AN OPTION’

Sinds 2009 heeft de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) een focus op het voorkomen van dubbele niet-belasting. De OESO is een samenwerkingsverband van 34 landen en is ingesteld om sociaal en economisch beleid te bespreken, te bestuderen en te coördineren. Een aantal belangrijke economieën – zoals Afrika, Rusland, veel landen in Azië en Zuid-Amerika – maken echter geen deel uit van het samenwerkingsverband. Enkele van deze landen maken ook geen deel uit van de G8, G20 of Europese Unie, wat betekent dat deze landen niet zijn vertegenwoordigd in de organisaties die zich vandaag de dag bezighouden met het voorkomen van dubbele (non-)belasting.

Een trend die de laatste jaren zichtbaar is, is de zogenoemde ‘race to the bottom’. Dit staat voor de daling in belastingtarieven welke door meerdere landen is ingezet.

Vanuit het publiek wordt de vraag gesteld waarom de focus met betrekking tot het ontwijken van belastingen is gericht op de vennootschapsbelasting. Dit komt voort uit het feit dat vennootschapsbelasting veel gemakkelijker ‘af te schuiven’ is. Als je de heffing van vennootschapsbelasting vergelijkt met de heffing van inkomstenbelasting en overdrachtsbelasting, is het verschil dat het subject voor de vennootschapsbelasting gemakkelijker verplaatsbaar is. Dit wordt dan ook weleens als argument genoemd om de vennootschapsbelasting af te schaffen.

De OESO heeft het doel gesteld dat winst moet vallen en dient te worden belast daar waar waarde wordt toegevoegd. De OESO heeft hiermee een ‘mammoet’-project op zich genomen, welke binnen drie jaar tot het gewenste resultaat dient te leiden, namelijk dat 34 landen op één lijn komen binnen diverse thema’s. Eén van die thema’s is hybride mismatches. De OESO heeft op 19 maart jl. rapporten gepubliceerd over hybride mismatches en voorstellen om hier tegen op te treden.<sup>3</sup> De maatregelen zijn enerzijds gericht op aanpassingen in de nationale wetgeving welke hybride mismatches dienen aan te pakken en anderzijds aanpassingen van het OESO-Modelverdrag.

3. <http://www.oecd.org/tax/beps-news.htm>.

Een andere trend in de afgelopen jaren is het sluiten van informatie-uitwisselingsverdragen. Het afsluiten van informatie-uitwisselingsverdragen resulteert in meer transparantie. Bepaalde landen gaan overigens nog een stap verder in het licht van deze ontwikkeling. In het Verenigd Koninkrijk zijn er bijvoorbeeld regels waarbij belastingplichtigen en adviseurs worden verplicht aan de autoriteiten door te geven welke adviezen zij hebben geadviseerd en/of geïmplementeerd.

Naast de actieplannen en voorgestelde maatregelen van de OESO staat ook de EU niet stil wanneer het gaat om de ontwikkelingen op het fiscale gebied. Zo is de EU met een eigen actieplan gekomen. In de mededeling van 25 november 2013 heeft de EU een tweetal aanbevelingen gedaan, gericht op de aanpak van hybride mismatches.<sup>4</sup> De eerste aanbeveling is vergelijkbaar met de implementatie van een soort van onderworpenheidseis. De tweede aanbeveling is de implementatie van een meer algemene antimisbruikmaatregel. Met de conceptaanpassing van de Moeder-dochterrichtlijn is door de EU een eerste concrete stap gemaakt om hybride mismatches aan te pakken. Echter, hoe de voorgestelde wijzigingen exact uitpakken is nog niet geheel duidelijk.

## 5 AFSLUITING

De Commissie Vaktechniek van de Jonge Orde van Belastingadviseurs dankt Nieuweboer hierbij voor de interessante lezing over dit 'hot topic' (niet alleen voor fiscalisten, maar voor de hele wereld).

4. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-1149\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1149_en.htm).





# IV *Amerikaans belastingrecht, de valkuilen voor de Nederlandse adviseur*

---

*Verslaglegger:* mw. L. (Lenny) Koot LLM

*Inleider:* mr. H.G.M. (Mark) van der Linden, partner van de Dutch desk van Ryan in New York

*Datum:* 10 april 2014

---

## 1 INLEIDING

Amerika is een van de grootste handelspartners van Nederland. De kans is daarom groot dat je als fiscalist in je carrière met het Amerikaanse belastingrecht te maken krijgt. Omdat het Amerikaanse belastingrecht op een geheel andere leest geschoeid is dan het Nederlandse belastingrecht, levert dit een potentieel mijnenveld op voor de Nederlandse belastingadviseur. Tijdens deze lezing heeft de spreker ons aan de hand meegenomen door het Amerikaanse belastingsysteem. Daarbij is het van belang om altijd het meest essentiële verschil tussen het Amerikaanse en het Nederlandse belastingsysteem in het achterhoofd te houden: Amerika hanteert een creditsysteem en Nederland een vrijstellingssysteem.

## 2 CREDITSYSTEEM VS. VRIJSTELLINGSSYSTEEM

Nederlandse fiscalisten zijn opgeleid als ‘vrijstellingsmensen’ en zo denken wij dan ook. Amerikanen zijn ‘creditmensen’ en denken dus ook anders. De filosofie achter het credit- en vrijstellingssysteem is de kapitaalexport- en kapitaalimportneutraliteit. Hoe groter de markt is, hoe sneller de wetgever een kapitaalexportneutraliteitssysteem zal introduceren. Bij een kleine markt hoort zodoende een kapitaalimportneutraliteitssysteem.

Nederland heeft een kapitaalimportneutraliteitssysteem. Nederland zegt hiermee impliciet: ‘Ik wil dat Nederlandse bedrijven zoals bijvoorbeeld Heineken gaan groeien’. Als Heineken wil groeien, dan zullen zij naar het buitenland moeten. Nederland wil dat stimuleren, dus stel dat Heineken naar Polen gaat, waar het vennootschapsbelastingtarief 19% bedraagt, dan belast Nederland het geld dat terugkomt niet nog een keer. Deze import werkt daardoor neutraal uit. Heineken kan aldus beter concurreren met een lokale Poolse brouwerij, omdat ze dezelfde belastingdruk hebben.

Amerika hanteert daarentegen de kapitaalexportneutraliteit, dat wil zeggen dat Amerika zegt: ‘Die dollar die jij hebt kun je investeren in Amerika of in de rest van de wereld.’ Als je de dollar investeert in Amerika, betaal je 35% vennoot-

schapsbelasting over eventuele winsten. Stel je investeert die dollar in de Cayman Islands, dan betaal je 0% vennootschapsbelasting.

Amerika vindt dat de keuze om te investeren en de Amerikaanse markt te verlaten niet belasting gedreven moet zijn. Om de incentive om te investeren te neutraliseren moet het buitenlandse inkomen dus gelijk belast worden als het binnenlandse inkomen. Dit wordt gedaan om de Amerikaanse markt te beschermen. Indien de buitenlandse winsten worden gerepatriëerd naar Amerika worden die winsten met het Amerikaanse tarief belast, waarbij een credit wordt gegeven voor de buitenlandse winstbelasting. Aldus wordt de dollar geïnvesteerd binnen of buiten Amerika belast met het zelfde tarief. Er zit echter een gat in dit systeem.

Stel je hebt een Amerikaanse moeder met een Nederlandse dochter die winst maakt. Amerika kan geen aanslag opleggen over de winst van de Nederlandse dochter. De soevereiniteit om te heffen ligt immers bij Nederland. Om het inkomen uit Amerika en het inkomen uit het buitenland toch gelijk te belasten moet Amerika wachten tot het moment dat dit inkomen terugkomt. Er zit hier dus een gat tussen het ontvangen van inkomen en het door Amerika belasten hiervan. Als het inkomen terugkeert dan zal Amerika bijheffen en werkt dit systeem neutraal uit. Als het inkomen echter niet terugkeert naar Amerika heeft de onderneming een voordeel. En dat is dus het gat. Het zo lang mogelijk uitstellen van de repatriëring.

We kijken naar een vergelijking tussen Heineken en Budweiser. Stel Heineken investeert \$100 in Polen, tegen een belastingtarief van 19%, en keert dit uit naar Nederland. In Nederland geldt de deelnemersvrijstelling. Heineken ontvangt dus \$81 netto. Budweiser doet hetzelfde maar als het inkomen naar Amerika uitgekeerd wordt, gaat Amerika het inkomen heffen alsof het nooit belast is geweest. De \$81, na Poolse belasting, wordt gebruteerd, en komt binnen in Amerika als \$100. Dit is een tweefasen-proces. Budweiser is belasting verschuldigd over de \$100 (35%) en houdt netto \$65 over. De tweede stap is het berekenen van een credit, de U.S. tax is \$35 en er is al \$19 betaald dus moet er \$16 bijbetaald worden.

Dit is vergelijkbaar met de Nederlandse voorkomingsmethodiek. Eerst wordt het wereldinkomen berekend, en daarna wordt het vrijgestelde deel eruitgehaald. Amerika doet dit op vergelijkbare wijze door eerst het wereldinkomen te berekenen en de reeds betaalde belasting af te trekken. Zo komt Amerika op 35% belastingdruk uit.

Dit heeft tot gevolg dat Budweiser netto 65 winst heeft, terwijl Heineken 81 netto winst maakt. Dit maakt dat het voor Budweiser moeilijker is om met Heineken te concurreren. Dit is het probleem van de Amerikaanse multinationals. Het spel voor deze bedrijven is dus het niet terugbrengen van het buitenlands inkomen, om de Amerikaanse bijheffing te voorkomen. Als naar de grootste Amerikaanse bedrijven wordt gekeken, zijn er nauwelijks bedrijven te zien met een effectieve tax rate van 35%. Dit is alleen mogelijk door het gat

in het systeem te gebruiken, gecombineerd met andere planningstechnieken zoals hybride leningen naar het buitenland.

De reden dat deze tactiek werkt heeft met accounting te maken. Stel er is een Amerikaans bedrijf met een current tax van 35% in Amerika en 15% in het buitenland. Volgens de accountingregels is het verschil van 20% de belasting die betaald moet worden in de toekomst. Hiervoor moet dus een voorziening opgenomen worden (voor in de toekomst te betalen belasting), met als gevolg dat de belasting die je in de toekomst betaalt niet over de winst- en verliesrekening loopt, maar uit de voorziening op de balans gehaald kan worden. De toekomstige belasting is immers voorzien, die post loopt leeg, en de belasting vormt dan per saldo geen kostenpost meer. Als de belasting betaald wordt zal de effective tax rate gewoon 35% zijn. Op basis van deze regels zou je dus verwachten dat de belastingdruk van Amerikaanse bedrijven (bestaande uit de current tax en de toevoeging aan de voorziening van de toekomstige belasting) om en nabij de 35% zou liggen.

We hebben al vastgesteld dat het statutaire tarief van 35% door weinig Amerikaanse multinationals wordt betaald, met name door de tactiek van het uitstellen van repatriëring. Hoe verhoudt dit zich tot voorgenoemde accountingregels, op basis waarvan de opgenomen voorziening toch tot een totale belastingdruk van 35% leidt? Dit komt, omdat het inkomen in de boeken opgenomen wordt alsof het *nooit* meer terug naar Amerika gebracht wordt. Als het geld nooit meer teruggebracht wordt, hoeft er immers geen belasting betaald te worden en hoeft er ook geen voorziening geboekt te worden. Voorwaarde is dan wel dat het inkomen permanent geherinvesteerd wordt, het kan dus niet simpelweg op een bankrekening gezet worden. Anders gaat de accountant niet mee in het niet boeken van de voorziening voor toekomstige belasting. Deze permanente herinvestering wordt onder de US accounting regels aangeduid als APB 23.

Omdat er aldus geen voorziening voor toekomstige belasting wordt geboekt, zorgt elke vermindering van de buitenlandse belasting voor een verlaging van de effective tax rate (omdat de current tax omlaag gaat). De Amerikaanse CFO zal proberen om tot een zo laag mogelijke effective tax rate te komen, omdat dit de marktwaarde van de aandelen doet stijgen en zijn eigen aandelen of stock opties ook in waarde stijgen.

Gezamenlijk hebben de Fortune 500 companies dan ook veel geld in het buitenland staan. Dit geld moet echter wel permanent geherinvesteerd zijn. Er worden daarom fabrieken gebouwd, intellectual property gekocht, activa aangekocht en geleased. Verder zullen er financieringen worden versterkt. Alles met het idee dat de kosten in een hoogbelastend land zullen neerslaan en de opbrengsten in een laagbelastend land. Zodoende is er veel speelruimte voor de belastingadviseur in dit soort structuren.

### **De valkuilen voor de Nederlandse adviseur**

Bij het praten met een klant wordt vaak vergeten te vragen wat de APB 23-positie van de klant is, ofwel of (het voorzienbaar is of) er geld terug naar Amerika wordt gebracht. Dit is van groot belang om de meest gewenste structuur voor een klant

te kunnen bepalen. Vaak worden er door Nederlandse adviseurs vrijstellingen voorgesteld aan klanten terwijl die belasting nooit betaald wordt, omdat het inkomen permanent geherinvesteerd is. Het is dus essentieel om te weten wat de klant nodig heeft (dus: of de klant cash uit het buitenland terugwil in de US), voordat er een structuur kan worden ontworpen.

De Amerikaanse markt wordt voor een aanzienlijk deel gedreven door Wall Street, de aandeelhouders. Hoe lager de effective tax rate hoe beter, en het doel is dus om het betalen van belasting zo lang mogelijk uit te stellen. Het probleem van dit systeem is echter dat in de accounting geen belastingvoorzieningen voor toekomstige belasting worden opgenomen, omdat het geld nu nog niet teruggebracht wordt. Dit is de keerzijde van het achterwege laten van belastingvoorzieningen: als het geld later wel teruggebracht wordt, is de belasting enorm opgelopen. Er moet dan opeens relatief enorm veel belasting betaald worden, en dit loopt door de winst- en verliesrekening (omdat er geen voorziening is gemaakt). De current tax gaat omhoog en stijgt ver boven het statutaire tarief uit. De wereldwinst kan dan gelijk zijn aan een vorig jaar, maar omdat de belasting zo enorm hoog is, kan dit de aandelenkoers op Wall Street doen dalen.

Dit was bijvoorbeeld te zien bij de American Job Creation Act in 2004/2005. 85% van het buitenlands inkomen werd toen vrijgesteld als het teruggebracht zou worden. Over 15% moest echter wel 35% belasting betaald worden. Bij het terugbrengen van \$1.000.000.000 moest netto 5% belasting betaald worden, wat de current tax deed stijgen. Wall Street snapte dit echter niet; het feit dat liquiditeiten terug werden gehaald woog niet op tegen het feit dat het effectieve tarief omhoog zou schieten. Bij de bedrijven was dus grote angst voor de reactie van de markt als ze inkomen zouden terugbrengen. De eerste zes maanden waren er dan ook nauwelijks bedrijven die gebruikmaakten van deze faciliteit uit angst voor de toename van de effective tax rate. Pas toen de grote farmaciebedrijven geld begonnen terug te brengen – omdat dit goed was voor hun public image – volgden veel bedrijven. Window dressing voor Wall Street en de Amerikaanse consument is dus zeer belangrijk voor Amerikaanse bedrijven, en tax speelt hierin een grote rol.

Vanuit de Nederlandse optiek wordt vaak gedacht dat belasting kan worden voorkomen door het terug te lenen aan Amerika. Als het buitenlands inkomen teruggeleend wordt aan Amerika dan wordt vanuit Nederlandse optiek:

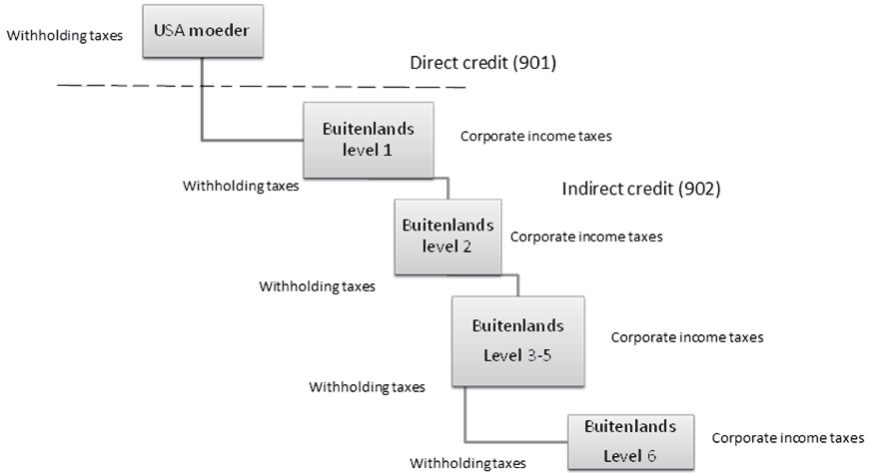
- a) in Amerika geen belasting betaald (want het is een lening);
- b) geen Nederlandse dividendbelasting betaald; en
- c) is de rente die betaald wordt op de lening aftrekbaar.

Drie vliegen in één klap zou je denken. Dit is echter geen juiste opvatting, en geen enkel Amerikaans bedrijf zal dan ook akkoord gaan met deze constructie. In Amerika wordt de gehele lening namelijk als dividend bestempeld onder een antimisbruikbepaling. Het wordt dan dus zowel belast in Nederland (rente inkomen) als in Amerika (de hele lening als dividend). De klant gaat dan van de regen/lening in de drup.

Ook wordt er vaak een andere constructie voorgesteld, een Amerikaanse moeder laten lenen bij een bank tegen een garantie van de dochter. Onder de Amerikaanse regels is dit echter ook belast. Het feit dat het lenen via de bank geschiedt, doet niet af aan het feit dat de gehele lening als dividend geherkwalificeerd wordt. De gedachte achter deze antimisbruikbepaling is dat voorkomen moet worden dat er geen dividend meer naar Amerika uitgekeerd wordt, maar dat er wel cash naar Amerika wordt gebracht.

Hier ontstaat frictie tussen de wet en de praktijk wat geleid heeft tot een uitzondering op deze antimisbruikbepaling. Als het moederbedrijf een lening van een bank wil, zal deze een onderpand eisen. Het onderpand zal moeten bestaan uit de activa, en deze zitten zowel in Amerika als in het buitenland. Om te zorgen dat dit nog wel mogelijk is, is er een safe harbor van 65% voor het verpanden van de aandelen van de dochteronderneming als onderpand. De buitenlandse activa worden hier dus indirect gebruikt als onderpand. Er moet wel goed opgepast worden dat het onderpand binnen de safe harbor blijft en dat het onderpand alleen op aandelen ziet.

Wereldwijd heeft elk systeem twee pijlers met betrekking tot het belasten van inkomen en er bestaan grofweg twee soorten inkomen: actief inkomen uit business en handelsactiviteiten en passief inkomen uit mobiele activiteiten (interest, royalty's, dividend en portfolio-investeringen). In de belasting hiervan is het Amerikaanse systeem zuiverder dan het Nederlandse systeem. In Nederland is de basisgedachte dat het actief inkomen vrijgesteld wordt en het passief inkomen belast. De uitvoering hiervan volgt echter niet altijd deze tweedeling (bijvoorbeeld onder de deelnemingsvrijstelling wordt toch een vrijstelling gegeven indien er meer dan 50% 'goede activa' zijn). Ook leiden de regels soms anders uit, afhankelijk van of de activiteiten in een deelneming of in een vaste inrichting worden uitgeoefend. In het Amerikaanse systeem is actief inkomen belast als het uitgekeerd wordt, en is passief inkomen belast op het moment dat het gegenereerd wordt. Aldus is het verschil tussen de behandeling van het soort inkomen slechts een timing issue. Dit werk veel neutraler uit dan bij het Nederlandse systeem het geval is.



Hierboven is een schematische weergave van een Amerikaanse moederonderneming met Nederlandse dochterondernemingen opgenomen. De Amerikaanse structuur heeft vaak de vorm van een kerstboom (smal aan de top en breed daaronder) en beslaat niet meer niveaus dan zes. Bij meer dan zes niveaus wordt namelijk geen credit meer gegeven. De zogeheten 902 credit is een indirecte credit, omdat het bedrijf zelf niet de belasting betaalt, maar wel de credit toe kan passen. Bronbelastingen en buitenlandse belastingen die direct van de Amerikaanse moeder geheven worden, leiden tot een zogeheten 901 credit. Dit is een directe credit.

Een valkuil hierbij is vaak dat er door Nederlandse adviseurs gefocust wordt op de verlaging van de Nederlandse bronbelastingen op betalingen aan Amerika, terwijl die belasting al een 901 credit is. Vermijding van bronbelasting is dus niet per definitie nodig aangezien dit bedrag crediteerbaar kan zijn.

Het Amerikaanse systeem van belastingheffing op inkomen werkt als volgt. **Stap 1:** De belasting wordt geheven over het inkomen, wat bestaat uit het US source inkomen plus het included foreign source inkomen. Het included foreign source inkomen omvat de directe uitbetalingen aan Amerika, de dividenden, capital gains plus de fictieve betalingen. Het Amerikaans systeem kent legio fictieve betalingen vanwege het scala aan antimisbruikbepalingen.

Het probleem hierbij is echter dat als het US inkomen -\$100 en het foreign inkomen \$100 is, het belastbaar inkomen \$0 is. Over het \$100 buitenlands inkomen is echter al wel bijvoorbeeld \$25 aan buitenlandse belasting betaald, wat crediteerbaar is tegen de Amerikaanse belasting. Deze credit moet nu echter uitgesteld worden aangezien er niets te verrekenen valt bij gebrek aan Amerikaanse belasting (het wereldinkomen is immers \$0). Aan aandeelhouders is het niet uit te leggen dat er in de groep wel belasting betaald wordt (\$25), terwijl er netto in de groep geen inkomen is (-\$100 plus \$100).

Als het dividend uitgekeerd wordt, zal de 25 in de komende tien jaar gebruikt kunnen worden als credit. Voor accountingdoeleinden moet het wel reëel zijn dat die credit gebruikt kan worden, anders heeft deze geen waarde en moet deze afgeschreven worden tot nul. Deze afschrijving zal door de winst- en verliesrekening lopen en op deze manier ontstaan dubbele nadelen (1. je kunt de credit niet gebruiken en 2. je krijgt de afschrijving van de credit voor je kiezen). De beste oplossing voor dit probleem is het (nog) niet uitkeren van het dividend. De credit blijft dan bij de dochter zitten en de 10-jaarstermijn gaat nog niet lopen. Als je dus vraagt naar de positie van een Amerikaanse klant en deze zegt dat hij verlies heeft, dan weet je al dat de klant het liefste geen buitenlands inkomen naar Amerika zal uitkeren.

Stel dat de klant het verlies in Amerika laat staan en geen dividend uitkeert, en dus dat de \$100 uit de casus als verliescompensatie in de toekomst gebruikt kan worden. De waarde van die US verliescompensatie ad \$100 is dan \$35 (besparing van de toekomstige belasting over Amerikaans toekomstig inkomen ad \$100). Als nu buitenlands dividend uitgekeerd wordt, gaat de \$100 verliescompensatie verloren. Wanneer echter geen buitenlands dividend wordt uitgekeerd, kan in een volgend jaar voor \$100 aan Amerikaans inkomen belastingvrij genoten worden. Wanneer men dan in dat tweede scenario in jaar twee buitenlands dividend uitkeert, kan de credit ook nog gebruikt worden. Enkel het uitstellen van de uitkering kan een aanzienlijk voordeel of nadeel creëren. Er moet zodoende gekeken worden wat de US belastingpositie van de klant is, en die positie moet als uitgangspunt genomen worden bij de advisering.

**Stap 2:** Bij het berekenen van de buitenlandse credit moet het positief buitenlands inkomen opgeteld worden bij het negatief buitenlands inkomen. Het positief buitenlands inkomen bestaat uit al het buitenlandse inkomen gebruteerd alsof het nooit belast is geweest. Het negatief buitenlands inkomen bestaat uit de kostenallocatie van rente en R&D-uitgaven. Hoe werkt die kostenallocatie dan? Kijk, in Nederland is men geneigd bepaalde transacties te volgen. Nederland linkt geldstromen aan inkomen. Amerika doet dit niet. In Amerika wordt gekeken wat passiva en activa zijn, omdat per saldo de passiva de activa financieren. Als er bijvoorbeeld 70% US activa en 30% buitenlandse activa zijn, zullen de rentekosten ook in die verhouding gealloceerd worden.

De Amerikaanse wetgever geeft in stap 1 in feite te veel aftrek (alle R&D- en rentekosten zijn aftrekbaar), en pakt het terug in stap 2 bij de creditberekening (pro-rata allocatie van R&D- en rentekosten aan het buitenlands inkomen). Dit is vaak niet duidelijk voor Nederlandse adviseurs.

Een voorbeeld. Een buitenlandse dochter realiseert \$100 inkomen en betaalt daarover lokaal \$35 winstbelasting. Vervolgens wordt alles uitgekeerd naar Amerika. Het bruto buitenlands inkomen wordt aldaar belast alsof het nooit belast is geweest. In stap 1 is \$100 uitgekeerd en belast tegen 35%. In stap 2 staat er bijvoorbeeld \$30 aan (pro-rata te alloceren) buitenlandse uitgaven. Het belastbare buitenlands inkomen voor de credit-berekening van stap 2 is dus \$70. Hieruit volgt dat voor stap 2 het belastbare inkomen \$70 is, de buitenlandse



belastingpool is \$35 plus 5% over \$65 buitenlandse dividendbelasting (3.3) is, dus \$38,3 in totaal.

Volgens de Amerikaanse regels is er echter maar 35% over \$70 = \$24,5 te crediteren (er wordt niet meer credit gegeven dan de Amerikaanse belasting over het buitenlands inkomen berekend in stap 2), dus kan er ook maar \$24,5 gecrediteerd worden in dit jaar. In feite is er echter wel meer betaald. De \$13,8 die over blijft kan – als dit scenario zich jaarlijks herhaalt – dus nooit gebruikt worden, omdat ook alle toekomstige buitenlandse winsten die uitgekeerd worden tegen deze begrenzing van de credit aanlopen. De effective tax rate zou dan naar bijna 49% gaan.

Berekening van de credit in stap 2:

---

Berekenen buitenlandse tax credit	
Bruto buitenlands inkomen	\$100
Alloceer buitenlandse uitgaven	\$30
Belastbaar buitenlands inkomen	\$70
Buitenlandse inkomensbelasting (35% over \$100)	\$35
Buitenlandse dividendbelasting (5% over \$65)	\$3,3
Buitenlandse belastingpool FSI	\$38,3
US belasting op inkomen (35% over \$70)	\$24,5
Aftrekbaar bedrag uit belastingpool	\$24,5
Resterende belastingaftrek voor komende tien jaar (\$38,3-\$24,5)	\$13,8

---

Dit noemt Van der Linden ook wel het ‘Probleem van de dikke olifant’. De expense allocation die in een bepaald jaar niet gebruikt wordt, wordt vooruit geschoven (zoals voorwaartse verliesverrekening) en staat gewoon op je te wachten. Dit heet een Overall Foreign Loss (hierna: OFL) en dat probleem wordt elk jaar dat je niets uitkeert naar Amerika groter en groter.

Stel je nu voor dat de uitkering van buitenlandse winsten door een deur moeten gaan en dat deze deur de Amerikaanse gate of taxation is, omdat je – als je er door gaat – belast wordt. Naast de Amerikaanse gate to taxation hangt een gordijn en achter dat gordijn staat een dikke olifant (dit zijn de vooruit gewentelde te alloceren kosten aan het buitenlands inkomen; de OFL). Deze OFL is voor de Nederlandse adviseur niet zichtbaar, maar op het moment dat je door de poort loopt wordt je door de dikke olifant besprongen. Vooralsnog niet prettig en geheel onverwacht. Dus waarom nu de dikke olifant achter het gordijn? Nou, omdat je nu de OFL als een dikke olifant in je hoofd hebt, zal je dit nooit meer vergeten.

De valkuilen voor de Nederlandse adviseur zijn zodoende als volgt samen te vatten:

- Het niet weten wat de expense allocations zijn/OFL is. Bijna alle grote Amerikaanse bedrijven hebben dit probleem, omdat ze nou eenmaal R&D- of rentekosten op hun verlies- en winstrekening hebben staan, die uiteraard een lokale aftrek van de winstbelasting genereren.
- Weten wat de behoefte bij het bedrijf is wanneer sprake is van OFL's. Uitstel dus van repatriëring van gelden.

Zodoende zijn de rules of engagement als volgt:

**Stap 1: Stel vragen:**

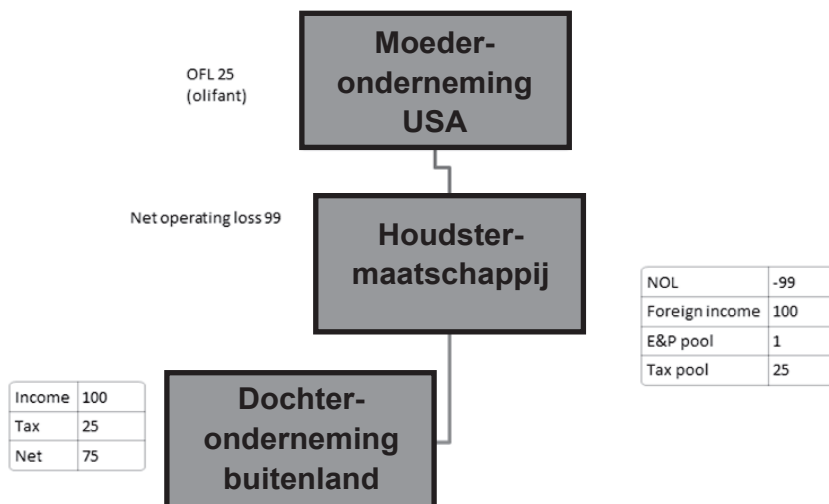
- Bepaal de US tax positie (zijn er OFL's, zijn er verliezen, zijn er credits 'geparkeerd?').
- Bepaal de effective foreign tax rate.

**Stap 2: Wat zijn de treasury goals?**

- Keer actief inkomen niet uit naar Amerika.
- Creëer geen fictieve repatriëring, omdat dit leidt tot Amerikaanse belastingheffing.

Wij zijn dit niet gewend om te doen aangezien wij vrijstellingssystemen zijn. Repatriëring is geen belastbaar moment in een vrijstellingssysteem. Het is dus van belang dit goed in de gaten te houden.

In Amerika kan zelfs belasting betaald worden over belasting. Zo wordt in het onderstaande voorbeeld belasting betaald over de \$25 belasting die in het buitenland betaald is. Stel de kleindochter genereert \$100 inkomen en betaalt daarover \$25 lokale belasting. De dochter keert vervolgens al haar winst uit aan de non-US houdstermaatschappij. Deze houdstermaatschappij heeft nog \$99 aan verliescompensatie staan (negatieve winstreserves). Vervolgens keert die houdstermaatschappij een dividend uit van al haar winstreserves aan de US moedermaatschappij, die een OFL van \$25 heeft. Dit ziet er dan als volgt uit:



Het dividend van de kleindochter brengt alle E&P en bijbehorende belastingen omhoog naar de houdstermaatschappij. Omdat de houdstermaatschappij nog een verlies had staan is er na de ontvangst van dat dividend een E&P pool (winstreserve) van \$1. De tax pool bedraagt \$25 (omhoog gekomen met het dividend van de kleindochter).

De houdster keert vervolgens een nettodividend uit van \$1. Dit wordt in de US behandeld als een bruto dividend van \$26 (alsof het nooit belast is geweest) met een bijbehorende tax pool van \$25. Dit leidt tot de volgende berekeningen (stap 1: berekening van de in Amerika verschuldigde belasting, stap 2: berekening van de credit).

Stap 1		Stap 2	
Foreign income	26	Gross Foreign income	26
US tax to be paid (35%)	9.1	Allocate foreign source expenses	25
		Taxable foreign source income	1
		US tax on taxable foreign income	9.1
		Tax credit to be taken out of Foreign tax pool (35% over 1 (FSI))	0.35
		US tax to be paid	8.75

Er moet aldus \$8,75 belasting in de US worden betaald. Omdat het netto dividend ad \$1 wordt gebruteerd met de tax pool ad \$25, bestaat het brutodividend voor het grootste gedeelte uit belasting die in het buitenland betaald is. Aldus betaalt men US belasting over buitenlandse belasting, terwijl de buitenlandse belasting niet in aanmerking komt voor de credit, omdat er een OFL is. De niet-crediteerbare buitenlandse belasting kan wel worden voortgewenteld, maar het is maar de vraag of deze credit in de toekomst gebruikt kan worden.

Als een Amerikaans bedrijf een Nederlandse bv koopt, moet het Amerikaanse bedrijf altijd een dubbele boekhouding voeren. Een boekhouding voor de Nederlandse aangifte over de Nederlandse winst onder Nederlands recht, en een boekhouding voor het bijhouden van de Nederlandse winst volgens het Amerikaans recht en de regels van US GAAP voor de Amerikaanse aangifte. Ook om de tax credit te krijgen moet al het buitenlands inkomen berekend worden naar Amerikaanse maatstaven. De berekening van de credit van belasting geschiedt wel over de in het buitenland betaalde belasting (en wordt dus niet herberekend naar Amerikaanse maatstaven).

Het uitstellen van het terugbrengen van belasting is niet ongelimiteerd. Passief inkomen wordt belast (onder de Subpart F-regels, zie hieronder) en als er geld teruggebracht wordt naar Amerika (bijvoorbeeld als lening) heet dat Investment in US property en moet er ook alsnog belasting betaald worden. Een ander probleem zijn de expenses (dikke olifant) en daarna het manipuleren van buitenlands inkomen en credits. Dit kan een probleem opleveren voor het systeem (bijvoorbeeld eerst credits omhoog en dan de winst waarmee wordt gespeeld).

Amerikaanse belastingplichtigen zijn daarom ook meer dan anderen aan het spelen met deze posten.

#### 4 HET CHECK THE BOX-SYSTEEM

Het *Check the box*-systeem is het Amerikaanse systeem van classificatie van entiteiten. Volgens Van der Linden was het in de US niet voorzien welke problemen dit met zich ging mee brengen. Goed bekeken was het eigenlijk fout van de US om dit in te voeren, maar het kan nu niet meer hersteld worden (bij gebrek aan politieke wil). Bij gebruik van dit systeem moet echter wel goed opgelet worden.

##### *Voorbeeld 1*

Stel er is sprake van een lening van een buitenlandse dochter aan haar zustersvennootschap (beide worden direct gehouden door de US moedermaatschappij). Bij deze lening valt de rente onder Subpart F (zie hieronder), omdat die rente passief is en vervolgens als dividend naar Amerika gaat. In beginsel is hier geen probleem voor de hoofdsom/principaal van de lening, want de principaal is buiten Amerika, tussen een non-US debiteur en crediteur. In een later jaar wordt de box gecheckt op de buitenlandse dochter/debiteur waardoor die dochter transparant wordt voor US doeleinden (bijvoorbeeld als de debiteur verliezen heeft, kan gekozen worden om de box te checken op die debiteur, om zo die verliezen naar Amerika te laten vloeien). Omdat de debiteur nu transparant is, wordt de lening van de crediteur nu als lening aan haar moedermaatschappij gezien onder de Amerikaanse fiscale regels. Dit is een investment in US property, en dus wordt de hoofdsom van de lening als dividend in aanmerking genomen bij de US moeder.

##### *Voorbeeld 2*

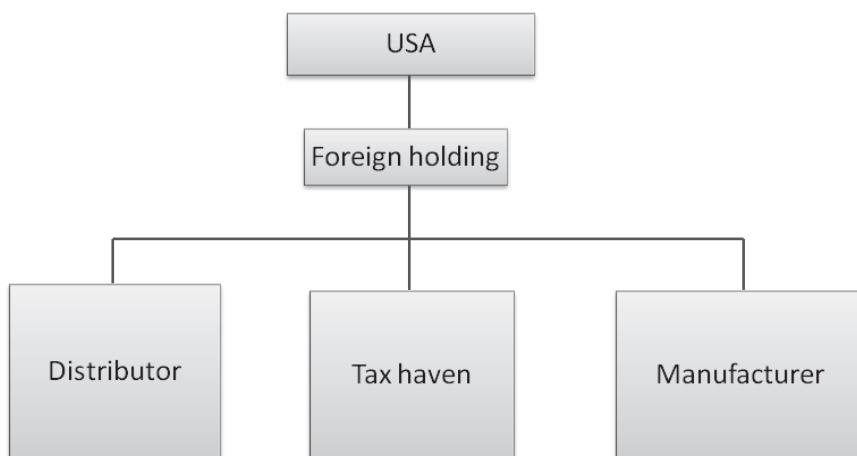
Stel er is sprake van een buitenlandse dochter die onderdeel is van een aandelenverpanding in 2010. Geen probleem, want we zitten onder de twee derde safe harbor. In het jaar 2014 wordt de box gecheckt op de buitenlandse dochter waardoor die dochter transparant wordt voor US doeleinden. Nu is geen sprake meer van aandelen aangezien de entiteit transparant is geworden. In plaats daarvan is er sprake van een pandrecht op de assets van de dochtervennootschap. Dit is een groot probleem, aangezien er dan geen safe harbor is (die geldt alleen voor een aandelenverpanding). Dit is wederom een investment in US property, en dus wordt het bedrag van de verpanding als dividend in aanmerking genomen bij de US moeder.

#### 5 SUBPART F

Bij een fictief dividend naar Amerika wordt de aanslag opgelegd in Amerika, terwijl het geld nog in het buitenland is. Er wordt als het ware gegeven over inkomen dat nog gerepatrieerd moet worden. Dit systeem lijkt onrechtvaardig, maar is logisch omdat het een methode is om het uitstel terug te dringen. Passief inkomen wordt als het ware bestraft doordat het uitstel van belastingheffing

wordt teruggenomen. De Subpart F-regeling komt uit de jaren vijftig, om het toen (eeuwige) uitstel terug te dringen en het een doorn in het oog was van de Amerikaanse fiscus dat belastingplichtigen binnen en buitenlands inkomen aan het manipuleren waren.

Zo bestonden in die periode constructies waarbij Amerikaanse bedrijven de prijzen van gelieerde transacties manipuleerden om zo ergens een winst te laten vallen. Een groepsvennootschap kon dan producten tegen een lage prijs inkopen (bijvoorbeeld \$1) en vervolgens kon die vennootschap de producten weer voor \$100 aan de distributeur verkopen. De hoge marge kon aldus neerslaan in een entiteit die niets met de inkoop- en de verkoopkant te maken had. En natuurlijk zou de kwaadwillende belastingplichtige die hoge marge dan neer laten slaan in een laagbelaste entiteit/tax haven. Let wel, dit was in de jaren vijftig, voordat er maar enige sprake was van transfer pricing. Dat werd als misbruik gezien en daarom werden regels opgesteld die de marge van de tussengeschakelde partij onder Subpart F laten vallen. Onder Subpart F wordt de marge van de tussengeschakelde partij fictief uitgekeerd aan Amerika.



Maar deze regels zijn niet echt logisch meer in deze tijd. Allereerst kan de marge niet ontstaan tenzij die zakelijk is onder transfer pricing regels. Daarnaast is het tegenwoordig heel normaal om een gecentraliseerde in- en verkoopvennootschap te hebben. Dat kan via een principaalstructuur of een gecentraliseerd distributiecentrum. De tussengeschakelde entiteit die in- en verkoopt binnen de groep zal dus niet specifiek in een tax haven gevestigd zijn, maar eerder in een locatie waar de logistiek centraal kan worden opgezet of waar de principaalactiviteiten kunnen worden uitgevoerd. In elk geval zal het daarbij gaan om een entiteit die veel substance zal hebben en veelal in een 'normaal' belast land zal liggen. De keuze van de locatie zal veelal gedreven zijn door operationele vereisten, in plaats van een locatie met een lage belastingdruk.

## Valkuilen Subpart F

### *Nederlandse logistiek*

Als voorgesteld wordt om een distributiecentrum in Nederland op te zetten om gebruik te maken van de Nederlandse faciliteiten moet rekening gehouden worden met voormelde sub-part F-regels. Als er vanuit het Nederlandse distributiecentrum ingekocht wordt van een buitenlandse partij en verkocht wordt aan een buitenlandse partij dan valt dit onder voornoemde regeling, omdat dit onder de regel als passief inkomen wordt gezien. Om de kwalificatie als Subpart F-inkomen te vermijden wordt er vaak gebruikt gemaakt van contract manufacturing en/of principaalstructuren. Dit zijn echter gecompliceerde structuren.

### *Nederlandse R&D (innovatiebox)*

Als voorgesteld wordt om de IP in Nederland te vestigen vormt Subpart F wederom een probleem. Als hier niet bij stil gestaan wordt heeft de klant wel de kosten (IP-kosten, exit-kosten, buy-in e.d.) maar geen voordeel, omdat de IP vanwege het ontvangen van inkomen uit de hele wereld nog steeds onderworpen is aan 35% Amerikaanse belasting aangezien het royalty inkomen passief inkomen is en dus onder Subpart F wordt geacht te worden uitgekeerd naar Amerika.

Dit valt te voorkomen onder de werking van bijvoorbeeld *Check the box*. De entiteit aan de inkoop- of verkoopkant moet dan transparant gemaakt worden.

### *Nederlands management en control*

Voor het verdrag met Amerika ben je alleen belastingplichtig in Amerika als je aldaar als vennootschap bent opgericht (dus onder Amerikaans recht). Amerika kent geen 'feitelijke leiding'-criterium. Het is dus goed mogelijk dat een Amerikaanse bestuurder de enige directeur van een bv is, omdat het daarmee geen inwoner van Amerika zal worden (het is natuurlijk wel een inwoner van Nederland voor toepassing van het verdrag met Amerika). Een Nederlandse entiteit kan daarom nooit dual resident zijn in de VS en in Nederland. Hierna sluit de heer Van der Linden af. De Commissie Vaktechniek dankt de heer Van der Linden voor deze interessante lezing.



---

Verslaglegger:	<i>mw. S.J.H. (Sandra) Wijnen LL.M.</i>
Inleider:	<i>mw. mr. dr. M.B.A. (Diana) van Hout, docent en onderzoeker bij het Fiscaal Instituut Tilburg van Tilburg University en haar specialisme is formeel belastingrecht</i>
Datum:	<i>17 april 2014</i>

---

## 1 WET VEREENVOUDIGING FORMEEL VERKEER BELASTINGDIENST

Formeel belastingrecht is altijd een actueel thema. De op handen zijnde invoering van de **Wet vereenvoudiging formeel verkeer Belastingdienst**, is daar een belangrijk voorbeeld van.<sup>5</sup> De wetgever beoogt met het wetsvoorstel een vereenvoudiging van het formele verkeer tussen de belastingplichtige en de Belastingdienst. De vraag is echter of die vereenvoudiging daadwerkelijk wordt bewerkstelligd. De diverse aanpassingen inzake de aanslagtermijnen lijken niet echt een vereenvoudiging met zich te brengen. In haar lezing ging Van Hout in op het wetsvoorstel **Wet vereenvoudiging formeel verkeer Belastingdienst**. Het wetsvoorstel leidt tot aanzienlijke wijzigingen in de wijze waarop een belastingsschuld in de inkomstenbelasting en de erf- en schenkbelasting wordt geformaliseerd. Voor de fiscale praktijk biedt het wetsvoorstel een gedegen voorbereiding om adequaat met de structurele wijzigingen om te kunnen gaan. Belangrijke onderwerpen uit het wetsvoorstel zijn digitalisering, aanslagtermijnen en herziening.

## 2 DIGITALISERING

Eén van de doelen van het wetsvoorstel is om het formele berichtenverkeer tussen belastingplichtigen en de Belastingdienst te digitaliseren. Formele berichten zijn alle in de wet benoemde berichten, zoals belastingaangiften, aanslagen, beschikkingen en verzoeken van de Belastingdienst om informatie.<sup>6</sup> Zowel de belastingplichtige als de gemachtigde zal voornamelijk elektronisch met de Belastingdienst gaan communiceren. Het formele berichtenverkeer zal voor elke belastingplichtige door middel van een digitaal domein worden

5. 18 oktober 2013, Verslag, Kamerstukken II, 2013-2014, 33 714, nr. 5.

6. 30 augustus 2013, Wetsvoorstel Wet vereenvoudiging formeel verkeer Belastingdienst, Kamerstukken II, 2012-2013, 33 714, nr. 3.



gestructureerd (mijnbelastingdienst.nl).<sup>7</sup> Via dit portaal zal bijvoorbeeld de aangifte inkomstenbelasting verplicht digitaal moeten worden gedaan. De Belastingdienst zal uiteindelijk alle belastingaanslagen via de Berichtenbox verzenden. De Berichtenbox is een persoonlijke, beveiligde elektronische postbus voor iedere burger bij de overheid. Om het proces soepel te laten verlopen, zal de digitalisering gefaseerd worden ingevoerd via een ministeriële regeling. Uiteindelijk is het doel dat al het formele verkeer met de Belastingdienst elektronisch gaat plaatsvinden.

### 3 TERMIJNEN

Een van de uitgangspunten bij het wetsvoorstel is dat belastingheffing een gedeelde verantwoordelijkheid is tussen de burger en de overheid. In het wetsvoorstel wordt daarom onderscheid gemaakt tussen zogenoemde goedwillende en kwaadwillende belastingplichtigen. Het wetsvoorstel biedt sneller rechtszekerheid voor belastingplichtigen die aan hun wettelijke verplichtingen voldoen. Voor kwaadwillende belastingplichtigen daarentegen kan rechtszekerheid lange tijd uitblijven. In het wetsvoorstel wordt voor de termijnen veelal aangeknoopt bij de ontvangst van de aangifte. Van Hout heeft de verschillende termijnen toegelicht en daarbij voorbeelden gegeven, waaruit bleek dat het in voorkomende gevallen onduidelijk is hoe de nieuwe termijnen zullen uitwerken of moeten worden toegepast.

#### 3.1 Aanslag- en herzieningstermijn

De **aanslagtermijn** voor primitieve aanslagen wordt verkort van drie jaar naar vijftien maanden na ontvangst van de aangifte. In de wet wordt een fictiebepaling opgenomen, die bepaalt dat aangiften die zijn ingediend vóór 1 april volgend op het jaar waarop de aanslag betrekking heeft, in aanmerking worden genomen alsof deze zijn ingediend op 1 april.<sup>8</sup>

De **herzieningstermijn** (zie par. 4 voor uitleg over de herziening) vangt aan op het moment dat de belastingaanslag wordt opgelegd en eindigt uiterlijk achttien maanden na de ontvangst van de aangifte. Het hangt af van het moment waarop de Belastingdienst de aanslag oplegt, hoe lang de herzieningstermijn bedraagt. Als de belastingplichtige de aangifte indient op 1 april 2018, eindigt de herzieningsperiode uiterlijk achttien maanden daarna. Als de Belastingdienst de aanslag dan op 1 juli 2018 oplegt, loopt de herzieningsperiode dus van 1 juli 2018 tot 1 oktober 2019. De herzieningsperiode bedraagt dan feitelijk vijftien maanden. Als de Belastingdienst de betreffende aanslag echter oplegt op 15 november 2018, loopt de herzieningsperiode van 15 november 2018 tot

7. 6 september 2013, Wijziging van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en enige andere wetten in verband met de invoering van herziening bij aanslagen en een regeling voor het elektronisch berichtenverkeer (Wet vereenvoudiging formeel verkeer Belastingdienst), memorie van toelichting, Kamerstukken II, 2012-2013, 33 714, nr. 3.
8. Indien uitstel is verleend voor het indienen van een aangifte, begint de termijn te lopen vanaf de datum tot welke het uitstel is verleend.

1 oktober 2019. De herzieningsperiode bedraagt dan feitelijk tien en een halve maand.

### 3.2 Navordering(stermijn)

De **reguliere navorderingstermijn** wordt verkort van vijf jaar na het ontstaan van de belastingschuld naar drie jaar na ontvangst van de aangifte. Navordering is mogelijk bij een nieuw feit of als de belastingplichtige wist of behoorde te weten dat een te lage aanslag is opgelegd. In het laatste geval wordt de rechtszekerheid van de belastingplichtige niet aangetast.

De **navorderingstermijn** bij belastingplichtigen die te **kwader trouw** zijn, wordt verlengd van vijf jaar na het ontstaan van de belastingschuld naar twaalf jaar na ontvangst van de aangifte.<sup>9</sup> De verlenging van de termijn is bekritiseerd vanuit de literatuur, omdat het afbreuk doet aan de rechtszekerheid van de belastingplichtige. Tevens stemt de lange navorderingstermijn niet overeen met de wettelijke bewaartermijn, die zeven jaar bedraagt.

De lange navorderingstermijn heeft nog een nadelig effect. Het wetsvoorstel zal namelijk voor navordering onmiddellijke werking hebben vanaf de ingangsdatum, beoogd op 1 januari 2016. De onmiddellijke werking leidt effectief tot materieel terugwerkende kracht met betrekking tot de nieuwe navorderingstermijnen. Vanaf 1 januari 2016 zal naar verwachting een navorderingstermijn van toepassing kunnen zijn die teruggaat tot 1 januari 2004. Het is maar de vraag of belastingplichtigen de informatie uit 2004 niet reeds hebben vernietigd.

### 3.3 Opschorting van termijnen

Op een drietal manieren is het conform het nieuwe wetsvoorstel mogelijk om de hiervoor beschreven aanslag-, navorderings- en herzieningstermijnen op te schorten.<sup>10</sup> De termijn kan worden opgeschort op verzoek van de belastingplichtige. Tevens kan de termijn worden opgeschort als de inspecteur om nadere informatie verzoekt. Een informatieverzoek kan enerzijds zien op informatie die de Belastingdienst bij een buitenlandse instantie opvraagt. Anderzijds kan een informatieverzoek zien op een verzoek op basis van art. 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR). De termijn wordt in het laatstgenoemde geval met maximaal zes maanden verlengd. Een in de praktijk veel voorkomend voorbeeld daarvan is de vragenbrief.

Van Hout uitte kritiek op de regeling inzake de opschorting van termijnen, omdat veelal niet duidelijk is wanneer de opgeschorte termijn eindigt. Een

9. Indien de inspecteur navordert bij een belastingplichtige die te kwader trouw is, dient de inspecteur de navorderingsaanslag wel voldoende voortvarend op te leggen. Ter waarborging van die voortvarendheid is in art. 12, lid 5, AWR (nieuw) een termijn van twee jaar opgenomen.

10. Art. 12 AWR (nieuw).

voorbeeld dat zij besprak, zag op de variant waarbij de Belastingdienst een informatieverzoek doet in de vorm van een vragenbrief:<sup>11</sup>

1. Eerste vragenbrief Belastingdienst 1 mei 2018
2. Eerste antwoord belastingplichtige 1 juli 2018
3. Tweede vragenbrief Belastingdienst (extra informatie) 15 augustus 2018
4. Tweede antwoord belastingplichtige 15 september 2018

Tussen de eerste vragenbrief en het eerste antwoord van de belastingplichtige verstrijken zestig dagen. Tussen de tweede vragenbrief en het tweede antwoord van de belastingplichtige verstrijken dertig dagen. Beide perioden bij elkaar opgeteld leiden tot een opschorting van de termijn met negentig dagen. Tussen de eerste vragenbrief en het tweede antwoord van de belastingplichtige verstrijken echter in totaal 136 dagen. Wat is nu relevant om te bepalen waarmee de termijn is opgeschort en welke termijn mag maximaal zes maanden duren?

De zaal beaamde de kritiek van Van Hout op het wetsvoorstel, waarmee de rechtszekerheid van de belastingplichtige juist wordt ingeperkt bij een dergelijke onzekerheid over de opschorting van de termijn. Hoe kan worden gewaarborgd dat de Belastingdienst voldoende voortvarend met de opgeschorte termijn omspringt?

#### 4 HERZIENING

De Belastingdienst ontvangt jaarlijks talloze bezwaarschriften. Bij een groot deel van de bezwaarschriften (circa 90%) is geen sprake van een geschil, maar gaat het over een wijziging in de aangifte waarover de belastingplichtige en de Belastingdienst het eens zijn.<sup>12</sup> Slechts een klein deel van de bezwaarschriften ziet op inhoudelijke geschillen. Na de invoering van een nieuw heffingssysteem voor aanslagbelastingen worden minder bezwaarschriften verwacht, omdat de bezwaarprocedure is gereserveerd voor geschillen over aangiften. Een belangrijk onderdeel van het wetsvoorstel waarmee de vermindering van het aantal bezwaarschriften moet worden gerealiseerd betreft de herzieningsprocedure. Een herziening houdt een aanvulling van een aanslag of een voorlopige aanslag in en vindt plaats op verzoek van de belastingplichtige. Van Hout gaf aan dat een belastingplichtige om een herziening kan verzoeken. De inspecteur beslist vervolgens op het herzieningsverzoek. Bij een afwijzing legt de inspecteur een voor bezwaar vatbare beschikking op. Tegen die beschikking kan de belastingplichtige bezwaar aantekenen. De inspecteur kan een herzieningsprocedure echter ook afsluiten door toepassing van interne compensatie. Om te voorkomen dat niet meer in bezwaar kan worden gegaan, is het van belang dat de fiscale

11. Van Hout ontleent dit voorbeeld aan M.J. Hamer en J.A.R. van Eijdsden, 'Vereenvoudiging formeel verkeer Belastingdienst?' (deel 1), *WFR* 2014/366. Zie M.B.A. van Hout, 'Voorbereid op het wetsvoorstel Wet vereenvoudiging formeel verkeer Belastingdienst', *VP-Bulletin* 2014/27.
12. 6 september 2013, Wijziging van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en enige andere wetten in verband met de invoering van herziening bij aanslagen en een regeling voor het elektronisch berichtenverkeer (Wet vereenvoudiging formeel verkeer Belastingdienst), memorie van toelichting, Kamerstukken II, 2012-2013, 33 714, nr. 3.

adviseur alert is op de wijze waarop de inspecteur op het herzieningsverzoek beslist.

Het is in het wetsvoorstel niet meer mogelijk om direct bezwaar aan te tekenen tegen de aanslag.<sup>13</sup> In voorkomende gevallen kan de inspecteur aangeven voornemens te zijn de aanslag op te leggen in afwijking van de ingediende aangifte. De inspecteur dient daarover in overleg te treden met de belastingplichtige<sup>14</sup>, die daarbij kan verzoeken om de aanslag direct bij een voor bezwaar vatbare beschikking op te leggen. De herzieningsprocedure komt dan te vervallen.

Vanuit de zaal werd de volgende vraag gesteld inzake de herzieningsprocedure. Stel dat de belastingplichtige ten aanzien van één bestanddeel van de aanslag om een herziening verzoekt. De inspecteur beslist op het herzieningsverzoek. Kan de belastingplichtige ten aanzien van de overige bestanddelen van de aanslag nog een additioneel herzieningsverzoek doen? Volgens Van Hout kan dat als de inspecteur het herzieningsverzoek heeft gehonoreerd. Als de inspecteur echter het verzoek geheel of gedeeltelijk heeft afgewezen, kan de belastingplichtige bezwaar aantekenen tegen de voor bezwaar vatbare beschikking, omdat een dergelijke afwijzing van het herzieningsverzoek kwalificeert als een voor bezwaar vatbare beschikking. Op grond van art. 22e AWR (nieuw) kan naar het oordeel van Van Hout het bezwaarschrift ook zien op andere bestanddelen dan waarop het initiële herzieningsverzoek betrekking had. Een aanslag wordt immers niet gezien als een meerledig besluit. Dit wordt door de memorie van toelichting ook zo bevestigd. Dit laatste roept bij de zaal de vraag op of de herzieningsprocedure ten aanzien van de overige bestanddelen dan niet onterecht is overgeslagen of beëindigd?

Tijdens de lezing benoemde Van Hout nogmaals dat de invoering van de herzieningsprocedure dient ter vermindering van het aantal formele bezwaarschriften. De herzieningsperiode kan echter de rechtsbescherming van de belastingplichtige verminderen, omdat gedurende die periode waarschijnlijk geen kostenvergoeding ex art. 7:15 Algemene wet bestuursrecht verschuldigd is, noch onderdeel 4.1.3.2. van de Algemene wet bestuursrecht (dwangsom bij het niet tijdig beslissen)<sup>15</sup>.

#### 4.1 Samenhangende beschikkingen

Het wetsvoorstel ziet voorts op de wijziging van de rechtsbescherming bij samenhangende beschikkingen. Ten aanzien van de afzonderlijke beschikkingen kunnen verschillende formele procedures van toepassing zijn. Een aanslag komt in aanmerking voor de herzieningsprocedure, waarna de mogelijkheid tot bezwaar en beroep openstaan. Een boete komt eveneens met betrekking tot de grondslag in aanmerking voor de herzieningsprocedure. Als wordt geageerd tegen bijvoorbeeld de mate van schuld, dan dient daartegen bezwaar en beroep te worden aangetekend.

13. Art. 26 AWR (nieuw).

14. Besluit Fiscaal Bestuursrecht.

15. Art. 22, lid 6, AWR (nieuw).

Van Hout demonstreerde dat voor zogenoemde samenhangende beschikkingen verschillende termijnen van toepassing kunnen zijn op de grondslag en de overige aspecten van de boete. Tegen een boete zal, voor zover die niet ziet op de grondslag van de aanslag, binnen de reguliere zes weken bezwaar moeten worden aangetekend. Indien geen bezwaar tegen de boete is aangetekend, dan geldt er een vangnetbepaling waardoor alsnog bezwaar kan worden aangetekend tegen de boete.<sup>16</sup> Als de belastingplichtige vervolgens in het gelijk wordt gesteld, kan de boete met behulp van een ambtshalve vermindering worden aangepast.<sup>17</sup> Daar constateerde Van Hout echter een innerlijke tegenstrijdigheid in het wetsvoorstel. Een ambtshalve vermindering ex art. 65 AWR (nieuw) is slechts van toepassing op de grondslag van de aanslag en spreekt niet van verminderingen van andere elementen. Het is dus de vraag in hoeverre een ambtshalve vermindering ten aanzien van de overige aspecten van de boete mogelijk is. De memorie van toelichting lijkt zichzelf hier tegen te spreken.

## 5 CONCLUSIE

Van Hout rondde de zeer interactieve lezing af met de conclusie dat de beoogde vereenvoudiging in de Wet vereenvoudiging formeel verkeer Belastingdienst niet wordt bewerkstelligd. Veeleer is sprake van complexere wetgeving. Daarnaast is nog niet helder hoe de Belastingdienst de voorgenomen digitaliseringslag in kan of zal vullen. Ook voor advieskantoren ligt er een uitdaging in het opzetten van een (digitaal) registratiesysteem dat de veelvoud aan termijnen kan behouden en dat de adviseur kan assisteren bij het attenderen op het (bijna) verstrijken van een termijn. De nieuwe termijnen en de verschillende toepassingsvarianten van de termijnen in afzonderlijke situaties zullen door de fiscale praktijk goed moeten worden gecontroleerd. De rechtszekerheid zou met het wetsvoorstel moeten worden vergroot, maar het is juist de vraag of de rechtszekerheid niet wordt verminderd. Voorbeelden daarvan zijn onder andere de lange navorderingstermijn bij kwade trouw en de onzekerheid over het einde van de opschorting van termijnen bij een informatieverzoek van de Belastingdienst. Al met al is duidelijk dat vele vragen reesteren naar aanleiding van het wetsvoorstel Wet vereenvoudiging formeel verkeer Belastingdienst.

16. Art. 24a, lid 2, AWR (nieuw).

17. Art. 65 AWR.

## VI *Uitdagingen van een bedrijfsfiscalist*

---

<i>Verslaglegger:</i>	<i>mw. M. (Marlot) Witjes LLM</i>
<i>Inleider:</i>	<i>mr. C.D.C. (Christian) Runge, Global Business Tax manager Joint Ventures and Unconventionals bij Shell International op persoonlijke titel</i>
<i>Datum:</i>	<i>15 mei 2014</i>

---

### 1 **ROYAL DUTCH SHELL – MEERDERE BEDRIJVEN IN ÉÉN**

Runge begint zijn presentatie met een korte introductie over Shell, waarin hij uitlegt dat Shell eigenlijk uit meerdere bedrijven bestaat die vervolgens weer kunnen worden onderverdeeld in een aantal divisies. Zo houdt Shell zich bezig met de opsporing en winning van olie en gas (Upstream) en de verwerking, verkoop en het transport daarvan (Downstream). Daarnaast heeft Shell een grote divisie Project & Technology die zich onder andere bezighoudt met projectmanagement, het leveren van technische input en het stimuleren van innovatie. De activiteiten van deze divisie zijn eigenlijk vergelijkbaar met een grote in-house service company. Tenslotte is de corporate tak van Shell groot in Nederland, omdat hier het hoofdkantoor zit.

Shell is actief in meer dan zeventig landen en heeft in Nederland alleen al 10.000 werknemers in dienst. Wereldwijd zijn dat er zo'n 90.000. Shell heeft ongeveer 44.000 benzinstations en een dagelijkse productie van zo'n 3,1 miljoen vaten olie (inclusief gasproductie, omgerekend naar olievaten). Dat komt overeen met 3,3% van de wereldwijde productie. Shell investeert jaarlijks veel in nieuwe projecten (zo'n \$30 miljard). Daarnaast wordt er veel geïnvesteerd in R&D om nieuwe technologieën te ontwikkelen en bestaande te optimaliseren. Shell heeft daarvoor in Nederland twee technology hubs, waarvan er één gevestigd is in Amsterdam aan 't IJ. Bij dit R&D center werken ongeveer 2.000 mensen. Hier legt Runge de eerste link met fiscaliteit en vertelt hij over het belang van fiscale stimuleringsmaatregelen voor R&D-activiteiten. Daarbij gaat hij in op een probleem waar grote multinationals vaak mee te maken hebben: zijnde de splitsing tussen het juridisch en economisch eigendom van het patent en het verdelen van de kosten over de buitenlandse groepsmaatschappijen. Ook bij het aangaan van joint ventures met derden kan deze problematiek spelen. Zonder de fiscale stimulansen, zoals de innovatiebox, kan de business zich vaak niet optimaal ontwikkelen.

Hierna gaat Runge in op de recente marktontwikkelingen in de energiesector. Hij legt uit dat er binnen Shell continu gekeken wordt naar hoe projecten en processen efficiënter kunnen worden uitgevoerd.

Ook het toekomstbeeld is van belang. Runge vertelt over de verwachte energiebehoefte in 2050 en hoe Shell daarop in kan spelen. Een eerste aanname is dat men verwacht dat er in 2050 bijvoorbeeld een verdubbeling van het aantal auto's ten opzichte van nu zal zijn. Daarnaast zullen mensen meer te besteden hebben waardoor de vraag naar energie zal toenemen. India is hier een goed voorbeeld van. Ook de CO<sub>2</sub>-uitstoot zal toenemen als hiertegen geen maatregelen worden getroffen.

In dit kader zet Shell in op het winnen van aardgas, een van de schoonste fossiele brandstoffen. Hoewel renewable energy in opkomst is, beslaat renewable energy op dit moment slechts 5% van de huidige energiemix en is daarmee nog onvoldoende om aan de energievraag te voldoen. Fossiele brandstoffen zijn op dit moment dus nog noodzakelijk. Het probleem daarbij is wel dat overheden zullen moeten meewerken en bijvoorbeeld gascentrales moeten bouwen. De tendens die nu gesignaleerd wordt, is dat er met name veel kolencentrales worden gebouwd, omdat kolen goedkoper zijn – hetgeen echter wel veel milieuvervuilerder is.

Een andere trend is energiewinning door het bijmengen van biomassa bij bijvoorbeeld kolen. Deze techniek staat onder druk, omdat er bijvoorbeeld gebruik wordt gemaakt van mais en andere voedingsmiddelen, waardoor de voedselprijs voor de lokale bevolking aanzienlijk kan stijgen. Shell gebruikt daarom geen producten die gewonnen worden uit bijvoorbeeld mais en tarwe, maar produceert biofuels door het bijmengen van ethanol, gewonnen uit bijvoorbeeld suikerriet. Dit past ook goed bij de core business van Shell. Shell investeert daarnaast echter ook op kleinere schaal in bijvoorbeeld zonne- en windenergie.

Na de marktontwikkelingen komt de supply chain van Shell aan bod en licht Runge toe welke rol het tax department in elke schakel speelt. Het begint met het opsporen van olie en gas op land of op zee.

Zodra er olie of gas gevonden is moeten er mede-investeerdere worden gevonden, omdat de projecten vaak zeer omvangrijk zijn. Geregeld participeren overheden via nationale oliemaatschappijen in het project. Daarnaast investeren ook vaak andere gas- of oliemaatschappijen, waarbij één van de maatschappijen dan de zogenaamde operator is. Deze stap betreft vanuit fiscaal perspectief dus met name het opzetten van joint ventures.

Daarna wordt er met de lokale overheid onderhandeld over een contract. Naast de reguliere vennootschapsbelasting spelen namelijk vaak ook verscheidene extra heffingen een rol, zoals in Nederland op basis van de Mijnbouwwet.

Het tax department van Shell bestaat uit ongeveer vierhonderd mensen in zestig landen. Daarbij zijn er een aantal grote hubs in bijvoorbeeld Nederland, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. Daarnaast zijn er ongeveer vierhonderd mensen werkzaam in het shared service center in India, waar tax compliance, tax reporting en een deel van de tax accounting plaatsvindt. Net zoals veel grote andere multinationals en de Big Four volgt Shell de huidige trend om dit te outsourcen.

Van de vijftien grootste landen worden de cijfers van Shell op landenbasis gepubliceerd. Hierbij maakt Runge het stapje naar de discussie over de 'fair share'. De olie- en gasbedrijven stonden daarbij breed in de aandacht. Wat interessant is, omdat dit soort bedrijven juist vaak hoge belastingafdrachten hebben. Hoewel de discussie eerst meer gevoerd werd in het kader van 'fair share', merkt Runge op dat de discussie nu steeds meer toespitst op transparantie. In plaats van het 'hoeveel betaal je?' is de discussie nu veel meer 'waar betaal je?'

Een andere recente discussie waar Runge op ingaat, is die van het BEPS-rapport. Daarbij vergelijkt Runge de aanpak die wordt voorgeschreven door het BEPS-rapport met bijvoorbeeld het systeem van de BRIC-landen. Hierbij komt ook de aanpak van de EU aan bod in het kader van bijvoorbeeld het aanpakken van zogenaamde hybride structuren. Als bedrijfsfiscalist zal je dus continu de recente ontwikkelingen op dit gebied in de gaten moeten houden.

Hier kan echter een spanningsveld ontstaan als een multinational bijvoorbeeld ook de overeenkomsten met een lokale overheid openbaar moet maken. Concurrerende bedrijven die alleen onder lokaal recht vallen hoeven dit wellicht niet, maar kunnen dan profiteren van het feit dat een multinational dit onder buitenslands recht wel moet. Het kan zelfs nog een stap verder gaan: in sommige gevallen verbieden lokale overheden dat overeenkomsten volledig openbaar worden gemaakt. Daarnaast kunnen er problemen ontstaan met het verzamelen van de te openbaren informatie, omdat de interne systemen bijvoorbeeld niet op project- of landenbasis zijn ingestoken, omdat op basis van IFRS geconsolideerd wordt gerapporteerd. Hier ontstaat dus een soort rechtsstrijd: moet je de regels van het land waar je de beursnotering hebt of de regels van het land waarin je de operationele activiteiten verricht volgen?

Ook het Nederlandse investeringsklimaat komt aan bod. Daarbij noemt Runge het Verenigd Koninkrijk als opkomende concurrent van Nederland. Het Verenigd Koninkrijk heeft net zoals Nederland goede belastingverdragen met onder andere de Verenigde Staten en heft bijvoorbeeld geen bronbelasting op dividenden. Runge sluit af met de verschillende rollen die een bedrijfsfiscalist en een externe adviseur hebben.

De Commissie Vaktechniek bedankt via deze weg nogmaals mr. Christian Runge voor de zeer interessante lezing.





## VII (Indirect) tax-risicomangement in de praktijk

---

*Verslaglegger:* mw. L. (Lenny) Koot LLM

*Inleider:* mr. S.R.M. (Sjoerd) Janssen, *Indirect Tax Manager bij Nidera en vaste gastspreker over het onderwerp Tax Assurance aan de Nyenrode Business Universiteit*

*Datum:* 5 juni 2014

---

### 1 INLEIDING

Het vak van belastingadviseur en bedrijfsfiscalist is significant aan het veranderen. Niet alleen door toegenomen automatisering en ontwikkelingen op het gebied van 'fair share' (bijvoorbeeld publieke opinie en BEPS). Steeds meer (maatschappelijke) groepen zien ook het belang van tax en dienen zich aan als stakeholder bij de onderneming of in de publieke discussie. Dat en de 'voorbije' economische crisis hebben ervoor gezorgd dat de verschuiving van focus van hardcore directe belastingen naar indirecte belastingen zich heeft doorgezet. Proces- en risicomangement in het algemeen, maar specifiek ten aanzien van deze indirecte belastingen is een essentiële asset van de tax-functie 'geworden' om de doelstellingen te halen.

Tijdens deze lezing zal de belastingadviseur aan de hand meegenomen worden door het inrichtingsvraagstuk van de tax-functie. Wat is een tax-functie, hoe verhoudt deze zich tot de tax-strategie, wat zijn de spelers binnen de tax-functie en wat wordt er tegenwoordig van hen verwacht? Daarop volgend komt aan de orde hoe tax-risicomangement in de tax-functie zou moeten worden geïncorporeerd en wie deze werkzaamheden zou moeten uitvoeren. Als laatste wordt aandacht geschonken aan wat een Tax Control Framework is en hoe ten aanzien van indirecte belastingen op een pragmatische wijze tax-risicomangement kan worden toegepast.

Ook komt in deze lezing aan bod wat de toegevoegde waarde van de adviseur kan zijn ten opzichte van de bedrijfsfiscalist. Het is goed om te beseffen wie wat wil weten. De global tax manager zal iets anders willen weten dan de compliance manager. Wanneer deze beide mensen dezelfde vraag stellen, zullen zij ieder een ander antwoord verwachten. De global tax manager zal voornamelijk willen weten wat de risico's zijn, terwijl de compliance manager zal willen weten wat hij of zij moet rapporteren.

Stakeholders, Belastingdienst, accountants, banken en ngo's willen allemaal iets van de CFO. Daarom is het van belang dat de fiscale risico's binnen een bedrijf goed in kaart gebracht zijn en gemonitord worden. Goed Tax Risk Management vertelt de CFO waar hij staat en het stelt de CFO tevens in staat zonder al teveel moeite de juiste informatie aan de juiste partij te kunnen leveren.

Tax Risk Management komt voort uit de tax-strategie. Er moet vastgelegd worden wat er bereikt moet worden en hoe dit moet gebeuren. De tax-functie staat in dienst van de onderneming. Als er advies gegeven wordt aan een klant moet er rekening gehouden worden met de stakeholders van de contactpersoon, en het mandaat dat deze heeft om het bedrijfsproces te veranderen. De tax-functie moet waarde toevoegen aan de business, zorgen dat de risico's worden gemanaged en zorgen dat er voldaan wordt aan wet- en regelgeving (compliance).

Voor belastingadviseurs is het goed te beseffen dat een tax manager binnen zijn organisatie een dienstverlener is, welke van een aantal mensen afhankelijk is en waar hij zijn diensten aan moet verlenen. Mensen binnen de organisatie luisteren niet naar de tax manager; de tax manager moet hen overtuigen van het nut van bijvoorbeeld een wijziging in een bedrijfsproces. Daarom is het voor een belastingadviseur belangrijk om te weten wie je tegenover je hebt zitten en wie zijn of haar stakeholders zijn. Zijn dit de country controllers en/of business managers? En hoe liggen de verhoudingen en hoe lopen de reporting lijnen?

In het Tax Functie Framework zijn de werkzaamheden binnen de tax-functie vastgelegd. Deze bestaan uit planning, accounting & reporting, compliance en audit & litigation. Risk management is niet iets wat iemand in een tax-functie uitvoert, maar iets wat voor het vervullen van een tax-functie als bedrijfsmiddel nodig is om deze werkzaamheden goed te kunnen uitvoeren. De compliance is niet compleet zonder Tax Risk Management. Dit zie je terug bij de Belastingdienst als ze het over compliance hebben en het gaat over juistheid, volledigheid en tijdigheid.

Een Tax Functie Framework kan er als volgt uitzien:



#### 4 DE TAX-STRATEGIE

Zoals ook in bovenstaande afbeelding te zien is, is de tax-strategie leidend voor het Tax Risk Management. Hier moeten de doelstellingen in staan: wat moet er in het komende jaar gebeuren, wat moet er in de komende vijf jaar gebeuren en wat is de kwalitatieve en kwantitatieve samenstelling van de assets waarmee dit bereikt kan worden? Er moet gekeken worden naar het soort onderneming waarmee men te maken heeft en hoe deze is georganiseerd. De tax-strategie moet aansluiten op de business-strategie en het soort onderneming is hierbij van groot belang. Er kan hierbij bijvoorbeeld gekeken worden naar het ‘externe environment’, zoals de ‘Corruptie Perceptie Index’ van de landen die voor de specifieke onderneming van belang zijn. Ook wordt er gekeken hoe lokale autoriteiten met belastingplichtigen omgaan. In Nederland heb je horizontaal toezicht, terwijl er bijvoorbeeld in Argentinië belastingen met terugwerkende kracht worden ingevoerd. De hieraan verbonden risico’s uitten zich dan bijvoorbeeld in de code of conduct van een bedrijf. Ook de houding van het management ten opzichte van tax planning en risk speelt een belangrijke factor. Door achter de ‘risk appetite’ van de CFO te komen, en deze hier bewust van te maken, zal er eerder vastgehouden worden aan de gekozen risicostrategie.

Uit de tax-strategie moeten ‘area’s of focus’ naar voren komen. In bepaalde landen is het momenteel de trend om naar transfer pricing en indirecte belastingen te kijken, aangezien daar het geld zit. Dit zijn dan de area’s of focus. Voor die area’s

of focus moeten SMART-doelen gesteld worden waarmee een strategisch plan gemaakt kan worden. Deze doelstellingen worden dan de 'Key Performance Indicators' van het tax-risicomanagement. De rol van de tax-functie hangt af van de gestelde doelen. Er moet gekeken worden of in de core tax-functie en de support tax-functie voldoende mankracht is om deze objectives te halen, of dat er externe adviseurs nodig zijn.

Ook moet rekening gehouden worden met het externe environment. Vaak is per land of per regio een verschillende tax-strategie vereist. Bij een tax-strategie moet gekozen worden wat niet gedaan zal worden en er kan maar op een paar doelen gefocust worden.

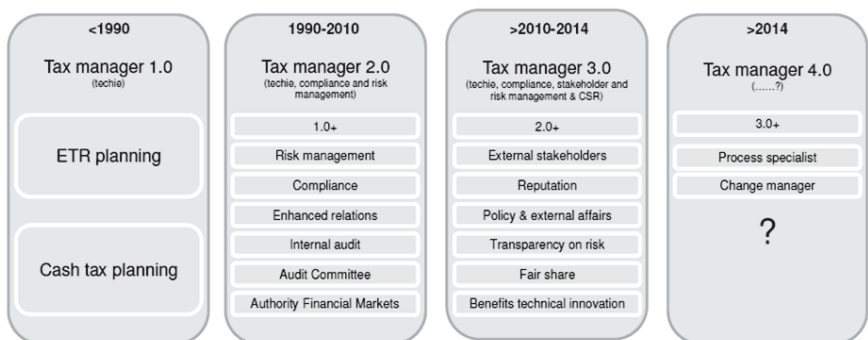
## 5 STRUCTUUR VAN DE TAX-FUNCTIE

De core tax-functie is de overlappende tax-functie van alle entiteiten, deze kan ook wel omschreven worden als de group tax-functie. Daarnaast heb je nog ondersteunende functies, de mensen in de finance-organisatie, die zich bezig houden met bijvoorbeeld aangiftes indirecte belastingen en withholding tax. De tax-functie kan op veel verschillende manieren opgezet worden. Dit kan bijvoorbeeld middels een head office-model of een gedecentraliseerd model. Ook kan ervoor gekozen worden om de tax-functie te organiseren op type belasting, geografie of business unit.

De vaardigheden en bezigheden van tax managers zijn over de jaren heen sterk veranderd.

Procesmatige kennismanagement en change management wordt steeds belangrijker. De tax managers van morgen moeten manieren vinden om de processen te verbeteren op een manier die niet alleen voor belastingdoeleinden een verbetering is, maar ook bedrijfsmatig waarde toevoegt. Als proces manager moet worden gekeken waar binnen het bedrijf het risico plaatsvindt. Zo ontstaat eigenlijk een geheel nieuw vakgebied.

Onderstaande afbeelding geeft een goed overzicht van wat van de tax manager werd verwacht door de jaren heen.



De tax manager van vandaag is zodoende meer dan alleen fiscalist. Hier zou je als belastingadviseur rekening mee moeten houden bij het opstellen van een advies. Wanneer je in een advies iets opneemt over processen die veranderd zouden moeten worden, zou je ook de manier waarop deze veranderingen het beste tot stand kunnen worden gebracht moeten beschrijven. Dan voeg je pas echt waarde toe als adviseur.

## 6 TAX RISK MANAGEMENT

Belasting gerelateerde risico's kunnen zijn:

- Strategische en transactionele risico's (non routine)
- Operationele risico's
- Compliance risico's
- Financial accounting risico's
- Reputatierisico's
- Externe risico's

Met name bij de niet-routineuze risico's kan veel gewonnen worden. Bij deze risico's kan gedacht worden aan het niet op de hoogte zijn van de niet-routine-matige processen door de tax manager. Deze risico's worden ook wel 'event risks' genoemd. Deze risico's kunnen voorkomen worden door bijvoorbeeld overleg met de country controllers, of het implementeren van flat meetings, waarbij alle gebeurtenissen op finance, legal, accounting en tax-gebied die niet routinematig zijn, besproken worden.

Alle bovenstaande risico's kunnen zich voordoen door fouten in beoordeling, in implementatie en het niet monitoren van processen of gebeurtenissen. Extra controle vermindert deze risico's.

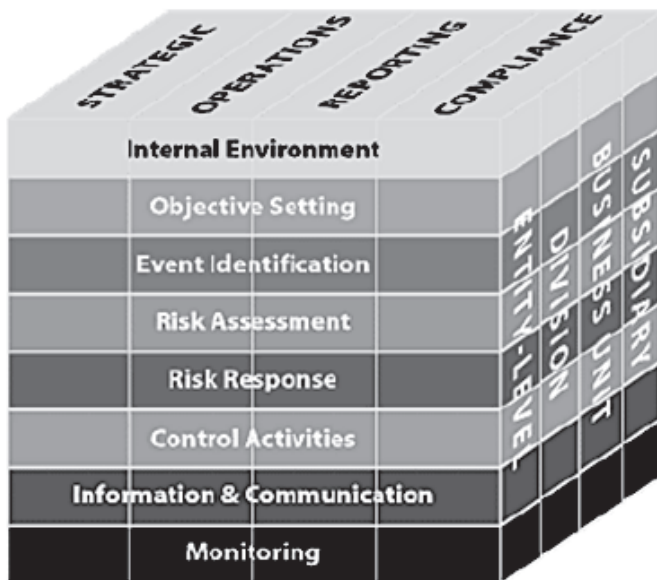
Ook voor belastingadviseurs is het belangrijk om te weten hoe de business werkt, wat de risico's zijn en waar deze zitten. Vaak weet je als belastingadviseur maar een klein beetje van de business, omdat je van de tax manager specifieke vragen voorgelegd krijgt over een klein deel van de organisatie. Als je het als adviseur echt goed zou willen doen, dan zou je eens op moeten zoeken wat de klant precies doet. Je zou een jaarverslag en CSR-rapport kunnen lezen. Dit maakt het werken voor een klant veel leuker en je kunt op deze manier ook veel meer waarde toevoegen.

## 7 HET TAX CONTROL FRAMEWORK

Het Tax Control Framework (hierna: TCF) is onderdeel van het Business Control Framework (hierna: BCF). In het BCF worden de bedrijfsprocessen gedocumenteerd, en de daarbij behorende risico's vastgelegd. Het COSO Framework (zie hieronder) geeft de standaard aan voor een BCF.

Het voordeel van een TCF is dat getoetst wordt wat de huidige stand van het risicomanagement is. Op een gegeven moment worden dan risico's gevonden die verbeterd kunnen worden; de onderneming zit dan in een continu verbeter-

model. Het schillenmodel van de Nederlandse Belastingdienst geeft weer dat hoe meer controle er binnen het bedrijf zelf plaatsvindt, hoe minder er door de Belastingdienst gecontroleerd wordt (horizontaal toezicht). In het buitenland is er niet altijd het voordeel van horizontale controle, maar wel het voordeel dat hoe meer er gecontroleerd wordt, hoe minder het management voor verrassingen komt te staan.



### COSO Framework

Volgens de Leidraad Toezicht Grote Ondernemingen is het TCF ‘de aandacht voor en de verbetering van het fiscaal relevante deel van de interne beheersing’. Deze aandacht bestaat dus niet alleen uit compliance, maar ook uit aandacht voor de organisatie, de tax planning, het risicomanagement, de communicatie, IT, monitoring en tax accounting.

De Belastingdienst stelt dat voor de controle met name juistheid, volledigheid en tijdigheid van belang zijn. Om tot een correcte aangifte en btw-registraties te komen moet men op de hoogte zijn van wat de business flows en de bijbehorende processen zijn, en wat de handelingen binnen de organisatie zijn. Hierbij kan mapping een handige tool zijn.

Om op correctheid van de btw-aangifte te controleren, kan gebruikgemaakt worden van steekproeven en data-analyses. Fouten kunnen zo opgespoord worden en processen kunnen hierdoor worden verbeterd, waardoor er nieuwe controlemechanismen geïmplementeerd kunnen worden. Deze nieuwe controlemechanismen moeten dan weer onderdeel worden van het normale bedrijfsproces.

Voor de volledigheid van de aangifte kan een rondrekening gemaakt worden tussen de grootboekrekeningen en de btw-aangifte, met eventueel het P&L statement waar alle omzet in staat. Je zult dan verschillen zien, omdat vaak niet alles met een factuur gaat.

De tijdigheid kan op verschillende manieren gewaarborgd worden, bijvoorbeeld door taken te geven aan medewerkers door middel van een aanvinkstelsel met deadlines. Dit kan via interne auditing gemonitord worden.

Janssen heeft laatst een presentatie over horizontaal toezicht gegeven aan een aantal andere bedrijfsfiscalisten. Tijdens deze presentatie kwamen een aantal misconcepties over horizontaal toezicht ter sprake. Dat het bijvoorbeeld veel tijd en geld kost. Vergeten wordt echter dat het vaak loont, omdat vooraf afspraken met de Belastingdienst gemaakt kunnen worden, die tot zekerheid leiden en voorkomen dat er bijvoorbeeld over vijf jaar alsnog een vraag komt van de Belastingdienst. Beantwoording van die vraag zou namelijk nog meer tijd en geld kosten.

De scheve verhouding tussen klant en Belastingdienst blijft bestaan en is daardoor geen misconceptie. Zekerheid voor transparantie is voor veel bedrijven echter vaak alsnog de doorslaggevende reden om te starten met horizontaal toezicht.

## 8 AFSLUITING

De key learnings van de heer Janssen met betrekking tot Tax Risk Management kunnen als volgt worden samengevat:

- Voor de bedrijfsfiscalist: Ieder bedrijf is anders en elke manier om Tax Risk Management uit te voeren is ook anders. De tax-functie kan anders georganiseerd zijn, evenals de bedrijfsprocessen en compliance en men kan in andere landen gevestigd zijn. De tax-functie zou daarom moeten worden nagelopen en er moet gekeken worden hoe alles precies werkt.
- Voor de externe stakeholders (Belastingdienst/accountants): De beslissingen in het bedrijfsleven draaien voor 99,9% niet om belastingen. Tax managers worden vaak met problemen geconfronteerd, omdat ze hier te laat bij betrokken worden.
- Door een manager of change te zijn kun je (ook als adviseur) zorgen voor toegevoegde waarde aan het bedrijf (van de klant). Aanpassingen kunnen vaak niet alleen fiscaal technische problemen verhelpen, maar ook bedrijfsmatig waarde toevoegen.
- Theorie is absoluut geen praktijk. Vaak missen er dingen en bijvoorbeeld veel bedrijven hebben geen tax-strategie. Als deze bedrijven met Tax Risk Management beginnen, begin je op een ander punt. Als adviseur zou je kunnen helpen om de tax-strategie te ontwerpen.
- 'Het TCF' bestaat niet, houd het simpel.
- Tax managers zijn zelf 'in controle' met betrekking tot hun relatie met de Belastingdienst. Je moet je niet teveel aantrekken van wat er in de publiciteit over horizontaal toezicht wordt gezegd en geschreven.



Als de heer Janssen nu nog adviseur zou zijn, zou hij een halve dag inplannen met zijn klant. Dat zou hij gratis doen en aan de klant vragen om uit te leggen hoe het bedrijf precies werkt. Dit alles, omdat hij dan zijn werk beter kan doen en als adviseur echt zijn waarde kan toevoegen.

Hierna sluit de heer Janssen af. De Commissie Vaktechniek dankt de heer Janssen voor deze interessante lezing.

## VIII Grensoverschrijdende omzetting

---

<i>Verslaglegger:</i>	<i>mr. P.C. (Pieternel) van den Brink</i>
<i>Inleider:</i>	<i>mr. P.H.N. (Paul) Quist, notaris bij Stibbe, mr. T.J. (Bianca) Geuze-Draaijer, kandidaat-notaris bij Stibbe, en mr. R.A. (Reinout) de Boer, advocaat (tax) bij Stibbe</i>
<i>Datum:</i>	<i>25 september 2014</i>

---

### 1 INTRODUCTIE

Recente jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ) heeft de deur opengezet voor grensoverschrijdende omzettingen van vennootschappen. Er bestaat nog geen nationale regelgeving die een procedure in dit kader voorschrijft, waardoor het in de praktijk volbrengen van een grensoverschrijdende omzetting een lastige klus is. De sprekers hebben echter al ruime ervaring met het fenomeen en nemen de JOB'ers aan de hand door hen te laten zien hoe zij de theorie in de praktijk hebben gebracht.

Tijdens de lezing passeren alle facetten van een omzetting de revue. Eerst worden de basisbegrippen uitgelegd; welke rechtstelsels moeten er bijvoorbeeld goed van elkaar onderscheiden worden? Daarna wordt het geheugen weer even opgefrist, welke kernuitspraken heeft het HvJ ook alweer gedaan? Naast de theorie worden echter ook de weerbarstige praktijk en de meest voorkomende problemen besproken. De fiscale gevolgen van een omzetting vanuit een Nederlands perspectief worden eveneens uiteengezet en de lezing wordt afgesloten met een interessante discussie over het Ambtelijk Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen (nieuwe Titel 7A).

### 2 BASISBEGRIPPEN:

Bij een grensoverschrijdende omzetting is het essentieel om op de hoogte te zijn van de toepasselijke rechtstelsels. Grofweg kunnen er twee stelsels worden onderscheiden: de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer.

- Incorporatieleer (of statutaire zetelleer): rechtspersoon wordt beheerst door het recht van de jurisdictie van oprichting ongeacht de plaats van feitelijke leiding (voorbeelden: Nederland, Engeland, Ierland, Denemarken).
- Werkelijke zetelleer (of siège réel-leer): rechtspersoon beheerst door het recht van het land waar de werkelijke zetel/hoofdbestuur van de rechtspersoon zich bevindt (voorbeelden: Duitsland, Luxemburg, België, Hongarije, Frankrijk, Spanje, Cyprus).

Bij een grensoverschrijdende omzetting is het rechtspersonenrecht van twee jurisdicties relevant: het rechtspersonenrecht dat een rechtspersoon beheerst voor omzetting (*het uitreisrecht*) en het nieuwe rechtspersonenrecht dat toepassing vindt na omzetting (*het inreisrecht*). Een grensoverschrijdende omzetting heeft tot gevolg dat het toepasselijke rechtspersonenrecht wijzigt, zonder onderbreking van de rechtspersoonlijkheid zelf. De rechtspersoon houdt dus niet op te bestaan en er ontstaat ook geen nieuwe rechtspersoon door de omzetting.

In de Nederlandse wet is omzetting binnen Nederland voorzien (art. 2:18 BW). Zo kan een bv in een nv worden omgezet, kan een stichting in een bv worden omgezet enz. Hiervoor moeten uiteraard de nodige besluiten worden genomen en een notariële akte worden gepasseerd waarin de nieuwe statuten zijn opgenomen.

### 3 EUROPESE RECHTSPRAAK

In 2004 is de Societas Europaea (hierna: SE), een Europese rechtspersoon waarvan de statutaire zetel en het hoofdkantoor kunnen worden verplaatst naar een andere EU-lidstaat ingevoerd. Hierbij wijzigt het toepasselijke recht.

Daarnaast heeft Europese rechtspraak de ontwikkeling van grensoverschrijdend verkeer bevorderd. We weten allemaal dat de Europese Unie is opgericht om het vrije verkeer van goederen, diensten en geld mogelijk te maken. In dat kader is de vrijheid van vestiging (en dus de mogelijkheid van grensoverschrijdende omzetting) van belang. Enkele belangwekkende uitspraken in dit verband zijn de volgende.

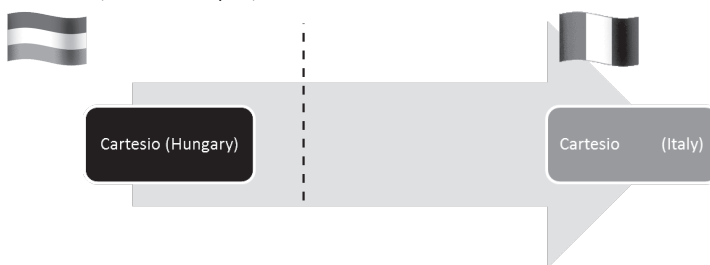
- Daily Mail (zaak C-81/87): een Engelse vennootschap wilde zich omzetten in een Nederlandse vennootschap. Hiervoor was een verklaring van de minister van Financiën (hierna: Minister) benodigd, hetgeen de Minister weigerde. Dit werd uiteraard opgevat als een beperking van dat grote Europese ideaal van vrijheid van vestiging. Het HvJ heeft toen beslist dat het recht van het oprichtingsland bepalend is bij de beantwoording van de vraag of een vennootschap kan worden omgezet. Letterlijk werd gezegd dat de artikelen die de vrijheid van vestiging belichamen aldus moeten worden uitgelegd ‘(...) dat zij (...) aan een vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van een Lid-Staat en in die Lid-Staat haar statutaire zetel heeft, niet het recht geven haar centrale bestuurszetel naar een andere Lid-Staat te verplaatsen.’
- Centros (zaak C-212/97): een Engelse vennootschap wilde zijn nevenvestiging inschrijven in het handelsregister in Denemarken. Het Deense handelsregister wilde daar niet aan meewerken, aangezien het doel van deze actie was de vereisten voor oprichting volgens het Deense vennootschapsrecht, in het bijzonder de verplichte kapitaalbreng, te omzeilen. Het HvJ heeft echter besloten dat een lidstaat, om welke reden dan ook, niet de inschrijving van een vennootschap in het eigen handelsregister mag weigeren.
- Überseering (zaak C-208/00): een besloten vennootschap naar Nederlands recht verplaatst de zetel naar Duitsland. De procesgang begon met een vordering tot schadevergoeding wegens gebrekkige nakoming van een aanne-

mingsovereenkomst. De tegenpartij betwistte de rechtsbevoegdheid en procesbevoegdheid van een vennootschap naar Nederlands recht waarvan de zetel naar Duitsland is verplaatst. Volgens vaste nationale rechtspraak miste Überseering in Duitsland rechtsbevoegdheid en procesbevoegdheid. Volgens het HvJ was de weigering om Überseering naar Duits recht te beschouwen als rechtspersoon met procesbevoegdheid in strijd met het gemeenschapsrecht (meer specifiek: het recht op vrijheid van vestiging).

- Inspire Art (zaak C-167/01): een Engelse vennootschap wilde zich in het Nederlandse handelsregister inschrijven. Dit was mogelijk, mits additionele voorwaarden werden vervuld die niet golden voor Nederlandse vennootschappen. Het HvJ besliste dat een lidstaat geen aanvullende eisen in het eigen vennootschapsrecht mocht opleggen aan een 'formeel buitenlandse vennootschap' met de daaraan gekoppelde sancties.

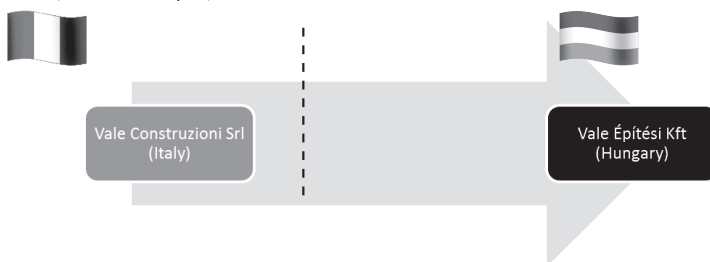
De meest belangwekkende arresten die moeten worden genoemd zijn echter Cartesio en Vale.

Cartesio (zaak C-210/06) - outbound:



Cartesio (Hongarije) wenste haar bestuurszetel te verplaatsen naar Italië, met behoud van haar status van vennootschap beheerst door Hongaars recht (geen omzetting dus). Hongarije hanteerde echter de werkelijke zetelleer. Een verplaatsing zou derhalve automatisch betekenen dat (vanuit Hongaars perspectief) Cartesio een Italiaanse vennootschap zou moeten worden. Cartesio vindt dat dit haar vrijheid van vestiging beperkt en gaat naar de rechter. Het HvJ had in het Daily Mail-arrest bepaald dat het oprichtingsland beslist over het leven en dood van de vennootschap. Het HvJ besliste in de zaak Cartesio dat het oprichtingsland een vennootschap niet mag beletten zich om te zetten in een vennootschap naar het nationale recht van die andere lidstaat voor zover diens recht dit toestaat (zie r.o. 112).

Vale (zaak C-378/10) - inbound:



Vale Construzioni Srl (hierna: Vale), een Italiaanse Vennootschap, verplaatst haar zetel naar Hongarije en die heeft daar een Hongaarse rechtsvorm aangenomen onder wijziging van haar naam in Vale Építési Kft. Zij verzoekt om inschrijving in het Hongaarse handelsregister, maar dat kan niet, omdat een niet-Hongaarse vennootschap niet als rechtsvoorgangster in het Hongaarse handelsregister kan worden vastgelegd. Vale stelt dat de weigering tot inschrijving in strijd is met de vrijheid van vestiging en voorbijgaat aan het verschil tussen een internationale verplaatsing van de zetel van een vennootschap zonder wijziging van het toepasselijke nationale recht en de internationale omzetting van een vennootschap. Het HvJ oordeelde dat: *de vrijheid van vestiging zich verzet 'tegen een nationale regeling die, terwijl zij bepaalt dat vennootschappen naar binnenlands recht mogen worden omgezet, niet op algemene wijze toestaat dat een vennootschap die onder het recht van een andere lidstaat valt, wordt omgezet in een vennootschap naar nationaal recht door een dergelijke vennootschap op te richten.'*

#### 4 PROBLEMEN IN DE PRAKTIJK

Hoewel een grensoverschrijdende omzetting op grond van Europese jurisprudentie mogelijk is, zijn de mogelijkheden niet eindeloos. Er zijn grenzen, zoals:

- Bestrijding volstrekt kunstmatige situaties (vgl. Cadbury Schweppes).
- Bescherming belanghebbenden (bv. schuldeisers, werknemers, minderheidsaandeelhouders).
- Verzekering doeltreffendheid fiscale controles.
- Verzekering eerlijkheid handelstransacties.

Daarbij komt dat, hoewel de deur is opengezet voor grensoverschrijdende omzettingen, niet duidelijk is welke omzetprocedure moet worden gevolgd. Het HvJ suggereert dat, nu Europees recht daar geen duidelijke regels voor bevat, bepalingen van het nationale recht inzake binnenlandse omzettingen kunnen worden toegepast binnen de grenzen die het Europese recht stelt. Met voornoemde rechtspraak in gedachten heeft Stibbe de eerste grensoverschrijdende omzetting naar Nederland begeleid. Mevrouw Geuze is zelf ook betrokken geweest bij grensoverschrijdende omzettingen naar en van het buitenland (België/Luxemburg/Cyprus). Gelet op het ontbreken van een wettelijke regeling in dit verband was het wel even zoeken hoe een omzetting moest worden uitgevoerd. Nu een ieder ervan overtuigd is dat een grensoverschrijdende omzetting toch zou moeten kunnen, dient er te worden bedacht hoe zo'n proces eruit zou moeten zien. Er moet worden bepaald wat de meest 'veilige' manier vanuit Nederlands perspectief is. Daarbij houdt men de volgende regelingen in ogenschouw:

- Art. 2:18 BW: Nationale omzetting.
- Titel 7 Boek 2 BW: (Grensoverschrijdende) Fusie.
- Procedure voor zetelverplaatsing uit de SE-verordening.
- Ambtelijk Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen (nieuwe titel 7A).

Art. 2:18 BW bepaalt wat een omzetting is en wat daarbij speelt, dit artikel is het uitgangspunt. Daarnaast is Titel 7 Boek 2 BW belangrijk, omdat hierin wordt

bepaald hoe een grensoverschrijdende fusie in zijn werk gaat. Dat geeft al heel veel houvast. Je kunt op basis hiervan bedenken hoe je de grensoverschrijdende omzetting in de praktijk zou kunnen brengen. Voorts is de procedure voor zetelverplaatsing uit de SE-verordening een verordening die je ernaast zou kunnen houden. Tot slot bestaat sinds enige tijd het Ambtelijk Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen (nieuwe Titel 7A) (hierna: Voorontwerp). Hier wordt later op ingegaan.

## 5 ONDERSCHIED INBOUND / OUTBOUND OMZETTINGEN

### *Inbound-situatie*

Bij een 'inbound-procedure' moet het proces in het land van vertrek nauwkeurig worden gevolgd en afgestemd met de betrokken juristen aldaar. De verzetsprocedure zal bijvoorbeeld worden beheerst door het recht van het land van vertrek. Er zijn landen in Europa die een dergelijke verzetsprocedure voor crediteuren niet kennen. België heeft bijvoorbeeld geen verzetstermijn om het land uit te reizen. Dat betekent dat je, bij wijze van spreken, in twee dagen een Belgische vennootschap naar Nederland kan 'halen'.

In elk geval geldt dat de omzettingsprocedure voldoende waarborgen moet bieden voor minderheidsaandeelhouders, crediteuren en werknemers. Voor de besluitvorming in dit kader is wederom het recht van het land van vertrek van toepassing. Vanuit Nederlands perspectief zijn de volgende stappen vereist:

- Voltooiing van alle vereisten in het land van vertrek teneinde de grensoverschrijdende omzetting te bewerkstelligen (verklaring uit land van vertrek).
- Verlijden van een notariële akte van omzetting (inclusief statuten in het kader van Boek 2 BW).
- Inschrijving van de vennootschap in het handelsregister.

Wanneer wordt een omzetting van kracht? Dat is een vraag die ook een rol speelt. Je hebt met verschillende procedures te maken in het land van vertrek en in het land van aankomst. Zo is er bijvoorbeeld een vereiste in een bepaald land dat een vennootschap ingeschreven is in een nieuw handelsregister, voordat hij kan worden uitgeschreven uit het oude handelsregister. Dit kan echter weer de procedure in het andere betrokken land frustreren.

### *Outbound-situatie*

Bij een outbound-omzetting is allereerst van belang dat het recht van de lidstaat van inreizen een nationale procedure van omzetting kent. Deze procedure moet nauwkeurig worden gevolgd en het proces moet afgestemd worden met de betrokken juristen aldaar. Regel is dat een vennootschap niet ontbonden mag zijn, in staat van faillissement zijn gesteld en er mag geen surséance van betaling zijn verleend.

De vraag is wat te doen met vennootschappen met een vermogensklem (stichtingen die op grond van een nationale omzettingsprocedure zijn omgezet in een bv). Hoe ga je daarmee om? In het Voorontwerp is aangenomen dat dergelijke vennootschappen in zijn geheel niet grensoverschrijdend kunnen worden omgezet.

In Nederland zijn voor een omzetting de volgende stappen vereist:

- Opstellen voorstel tot omzetting van het bestuur, alsmede eventueel een toelichting daarop.
- Deponering en aankondiging, verzetsmogelijkheid crediteuren (en Minister en De Nederlandse Bank (hierna: DNB)?).
- Verzetstermijn van twee maanden.
- Besluit van aandeelhouders voor omzetting.
- Bescherming minderheids- en stemrechtloze aandeelhouders: wachtperiode van één maand?
- Verklaring notaris.
- Verlijden van een notariële akte van omzetting (inclusief de nieuwe statuten naar het recht van de lidstaat van inreizen).
- Omzetting van kracht op wijze en datum bepaald door het land van inreizen.
- Uitschrijving uit het handelsregister.

De verzetsmogelijkheid voor de Minister en DNB is een voorstel uit het Voorontwerp. Op grond hiervan krijgen zij nog een bijzondere mogelijkheid om verzet aan te tekenen tegen de omzetting die aangekondigd wordt. Mevrouw Geuze vindt dit een bijzondere toevoeging en vraagt zich af of deze oplossing de gewenste bescherming zal bieden. Zij ziet ook niet echt een verzetsmogelijkheid voor die partijen, anders dan wanneer het bijvoorbeeld een vennootschap betreft die onder toezicht van DNB staat.

De verzetstermijn van twee maanden is een veilige termijn gebaseerd op de verzetstermijn die bestaat voor de nationale omzetting. Deze wijkt af van die van de grensoverschrijdende fusie waarbij een maand verzetstermijn wordt gehanteerd.

Het is de vraag of het besluit van aandeelhouders voor omzetting en statutenwijziging nodig is. Een omzetting is immers automatisch een statutenwijziging. Een verklaring geeft de notaris ook af in het geval van een grensoverschrijdende fusie. In een dergelijke verklaring bevestigt de notaris dat aan alle voorwaarden is voldaan en de vennootschap ‘vertrekklar’ is.

## 6 FISCALITEIT

De nationale fiscale regeling voor omzetting (art. 28a Wet VPB 1969) bepaalt dat omzetting van de nv naar de bv en vice versa geen fiscale gevolgen heeft. Voor overige omzettingen ex art. 2:18 BW geldt dat fiscale eindafrekening plaatsvindt (fictieve liquidatie / het vermogen wordt geacht te zijn uitgekeerd). Art. 28a Wet VPB 1969 vindt echter geen toepassing bij niet-nationale omzettingen (deze worden immers niet beheerst door art. 2:18 BW). Zie in dit kader ook het besluit van de staatssecretaris (4 april 2011, V-N 2011/32.12).

Tussenconclusie: een grensoverschrijdende omzetting waarbij de rechtspersoon blijft bestaan is op zichzelf geen belastbaar feit. Echter, een grensoverschrijdende omzetting betekent een wijziging van het toepasselijk recht en wijziging van de feitelijkw zetel (meestal, altijd bij siége réel jurisdicties). Deze ontwikkelingen hebben meestal wel fiscale gevolgen.

### Inbound-situatie



### Outbound-situatie



### Verschuldigdheid van de belasting

Het gevolg van emigratie is een exitheffing/eindafrekening (art. 15c/15d Wet VPB 1969). De basis voor de heffing is het verschil tussen de werkelijke waarde en de fiscale boekwaarde van de vermogensbestanddelen. Let in dit kader op onverwachte heffingen (bv. brokerage fees voor leningen, vrijvallen reserves). Een uitzondering geldt voor vermogensbestanddelen die 'achterblijven', bijvoorbeeld in een vaste inrichting. De regels lijken wellicht draconisch, maar leiden soms niet tot daadwerkelijke betaling van belasting (denk met name aan houdsters en de deelnemingsvrijstelling).

### Invordering

Zoals bekend, is de directe invordering over ongerealiseerde vermogenswinsten in strijd met EU-recht (HvJ EU, 29 november 2011, zaak C-371/10, National Grid Indus). Uitstel van betaling is inmiddels mogelijk (art. 25a Invorderingswet). Nadelen hiervan zijn echter dat zekerheid moet worden gesteld, rente is verschuldigd en dat een administratieplicht geldt. Het is de vraag of dit dan wel in lijn



is met de vrijheid van vestiging. Is er een dwingende reden van algemeen belang en zijn de maatregelen wel proportioneel?

Naast zaken die specifiek met een inbound-, dan wel outbound-omzetting te maken hebben, zijn er ook nog de hierna te noemen aspecten waar in elk geval rekening mee moet worden gehouden.

Verliezen: wat te denken van verrekening van verliezen over het omzettingstijdstip heen en import van verliezen (Marks & Spencer)? Art. 41 Invorderingswet schrijft aansprakelijkheid voor de vennootschapsbelasting en dividendbelasting voor, bij de verplaatsing van de vestigingsplaats van een vennootschap naar het buitenland voor de met de verplaatsing belaste personen (let op: hiervoor geldt een disculpatiemogelijkheid).

De positie van de Belastingdienst (ruling team) met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen is als volgt:

- Een grensoverschrijdende omzetting Nederland in of Nederland uit bestaat niet.
- Indien die al wel bestaat, blijft op de outbound omgezette vennootschap de vestigingsplaatsfictie van toepassing (het blijft een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap).
- Aangifteplicht blijft derhalve bestaan (ondanks de afwezigheid van Nederlandse winst blijft de Belastingdienst aangiftebiljetten zenden).
- Afhankelijk van het geval is het mogelijk afspraken te maken om een nihil-aangifte in te dienen of na verloop van tijd geen aangifte vennootschapsbelasting meer te doen.

## 7 VOORONTWERP

De nieuwe Titel 7A is natuurlijk erg actueel. Deze titel bevat de regeling voor zowel de nationale omzetting van rechtspersonen als de internationale omzetting van kapitaalvennootschappen.

De vraag is of er behoefte is aan een nationale regeling voor grensoverschrijdende omzetting. In hoeverre is deze behulpzaam? Zou het niet beter zijn om een overkoepelende, geharmoniseerde regeling voor grensoverschrijdende omzetting te hebben? Mevrouw Geuze denkt dat een nationale regeling zeker welkom is, maar dat daarnaast nog steeds behoefte zal bestaan aan een overkoepelende regeling. Ook als we een nationale regeling voor grensoverschrijdende omzetting zouden kennen, dan zijn er altijd zaken waarvan we niet helemaal zeker weten hoe we daarmee om moeten gaan als we een regeling ongeveer langs de lijnen, zoals die er nu liggen, zouden invoeren. Het is bijvoorbeeld de vraag wat de reikwijdte is van art. 2:334nn BW. Een omzetting van een Nederlandse nv/bv in een **kapitaalvennootschap** naar het recht van andere lidstaat binnen de EU of EER is mogelijk, en andersom, maar wat dient te worden verstaan onder ‘kapitaalvennootschap’? Het Voorontwerp bevat daar geen handvatten voor. Een Europese overkoepelende regeling zou voor opheldering kunnen zorgen.

### *Uitgangspunt en reikwijdte Voorontwerp*

Als uitgangspunt voor het Voorontwerp geldt de regeling voor de zetelverplaatsing van de SE. Daar kan men op zichzelf ook weer van alles van vinden.

Voorvoemde regeling heeft natuurlijk al een internationaal karakter, wat dat betreft is het ook een begrijpelijk uitgangspunt. Aan de andere kant is het ook weer een nadeel aangezien een SE al een Europese vennootschap is. Daarnaast is geen enkel land heel erg bekend met de SE.

Voor wat betreft de reikwijdte van de regeling geldt dat het in eerste instantie gaat om de omzetting van een Nederlandse nv/bv in andere kapitaalvennootschappen en om de omzetting van een Nederlandse nv/bv in kapitaalvennootschappen naar het recht van Bonaire, Sint Eustatius of Saba en andersom. Andere rechtspersonen zoals stichtingen, coöperaties en verenigingen zijn uitgesloten van de regeling. Daarnaast zijn ook uitgesloten alle landen buiten de EU. Ook zijn bijvoorbeeld Aruba en Curaçao uitgesloten. Dat is eigenlijk vreemd, aangezien juist vennootschappen in de landen binnen ons koninkrijk die een vergelijkbaar rechtstelsel kennen, niet rechtstreeks kunnen worden omgezet. Dat zou dus betekenen dat als we een Nederlandse bv willen omzetten in een Curaçaose nv, dit nog steeds via bijvoorbeeld Luxemburg zou moeten plaatsvinden.

#### *Specifieke regelingen in Voorontwerp*

- Een grensoverschrijdende omzetting is niet mogelijk voor kapitaalvennootschappen met een vermogensklem (art. 2:334oo BW nieuw).
- Verzet door minister van Veiligheid en Justitie en De Nederlandsche Bank is mogelijk (art. 2:334rr BW nieuw).
- Een additionele wachtermijn van één maand tussen het besluit tot omzetting en de verklaring van de notaris wordt ingevoerd (een mogelijkheid tot het buiten toepassing verklaren hiervan ontbreekt) (art. 2:334vv, lid 1, BW nieuw).
- Een maximale termijn tussen de openbaarmaking en het van kracht worden van de omzetting ontbreekt (fusie: art. 2:318, lid 1, BW).
- Er ontbreekt een regeling omtrent de positie van vruchtgebruikers en pandhouders (fusie: art. 2:319 en art. 2:320, lid 3, BW).

Het is opvallend dat alleen de bv en nv worden genoemd in het Voorontwerp. In de jurisprudentie is niet bepaald dat andere rechtspersonen niet zouden moeten kunnen worden omgezet. Er bestaat daarom nog steeds een potentiële wildgroei aan omzettingen van rechtspersonen waarvoor geen procedure bestaat. Hetzelfde geldt voor de geografische beperking die de regel behelst, omzetting kan immers alleen in Europa. Momenteel worden echter ook Nederlandse rechtspersonen omgezet naar niet-Europese rechtspersonen, via Luxemburg bijvoorbeeld. Het is dus een illusie dat we door het beperken van de reikwijdte van de regeling ook daadwerkelijk de omzettingen tot die landen of tot die soorten rechtspersonen kunnen beperken.

Mevrouw Geuze meent dat dit misschien juist ook vanuit een commercieel perspectief voor Nederland een mooie gelegenheid zou kunnen zijn om zich in het kader van het internationale ondernemingsrecht en een flexibel rechtstelsel (nog beter) op de kaart te zetten. Daarnaast biedt een grotere reikwijdte van de regeling Nederland de mogelijkheid om meer controle te kunnen uitoefenen over vertrekkende vennootschappen, die nu via Luxemburg de Europese grens oversteken. Op dit moment kunnen wij daar niets meer van vinden en kunnen wij geen additionele voorwaarden aan een dergelijk vertrek verbinden. Dat is een gemiste kans.

### *Inhoudelijke aspecten*

Een paar inhoudelijke aspecten met betrekking tot het Voorontwerp zijn nog de volgende:

- Een verklaring van rechterlijke, administratieve of andere bevoegde instantie is benodigd waaruit blijkt dat alle vereisten zijn vervuld (art. 2:334ww, lid 2, BW nieuw).
- Een omzetting wordt van kracht met ingang van de dag na die waarop omzettingsakte is verleden (art. 2:334ww, lid 3, BW nieuw).
- Kan dit op een later te bepalen moment?
- Gelijke regeling voor fusie invoeren?
- Geen Nederlandse notariële akte?

De opbouw van de wettelijke regeling is ‘aanvullend in plaats van uitsluitend’. Er zijn een aantal zaken die afwijken van bijvoorbeeld de procedure voor een grensoverschrijdende fusie. Voorbeelden zijn de verzetstermijn en de schade-loosstelling voor minderheidsaandeelhouders. De reden voor het onderscheid ziet mevrouw Geuze niet goed. Er is veel voor te zeggen om beide regelingen beter en meer op elkaar af te stemmen.

Dan is het ontbreken van een maximale termijn waarbinnen de omzetting moet plaatsvinden nog noemenswaardig. Bij een fusie dient de fusieakte maximaal zes maanden na de aankondiging van de fusie te worden gepasseerd. Een dergelijke maximale termijn is niet opgenomen in het Voorontwerp. Dit is volgens mevrouw Geuze een kleine misser in het eerste concept van het Voorontwerp. Deze zal naar verwachting nog wel op dit punt worden aangepast. Wat er nog meer ontbreekt, is een bepaling die voorschrijft hoe moet worden omgegaan met vruchtgebruikers en pandhouders die vruchtgebruiken en pandrechten bezitten op de aandelen in de vennootschap die wordt omgezet. Er bestaat immers altijd een risico van benadeling doordat een ander rechtstelsel van toepassing wordt.

De omzetting is van kracht met ingang van de dag na die waarop de omzettingsakte is verleden. Dat geldt ook voor een fusie. In de praktijk meent mevrouw Geuze dat het soms best prettig kan zijn om het moment van omzetting zelf te bepalen. Dit kan worden bewerkstelligd door bijvoorbeeld een opschortende voorwaarde op te nemen in de Nederlandse omzettingsakte. Daardoor kun je in ieder geval zelf bepalen wanneer je vindt dat die vennootschap daadwerkelijk uit Nederland vertrokken is, bijvoorbeeld op het moment van inschrijving in een handelsregister in het land van aankomst. Dan zijn we het er in ieder geval over eens dat het moment dat de vennootschap ophoudt een bv te zijn en aanvangt een Sarl te zijn, hetzelfde moment is. Vooralnog biedt het Voorontwerp deze mogelijkheid niet.

Wat ook niet is opgenomen, is het vereiste van een Nederlandse notariële akte bij een outbound grensoverschrijdende omzetting. De meningen verschillen of dit logisch is of niet. Het is natuurlijk ook wel gek om buitenlandse statuten op te nemen in een Nederlandse notariële akte.

Dan nog de opbouw, de verzetstermijnen, terminologie en besluitvormingsvereisten zoals weergegeven in het Voorontwerp. Het zou aardig zijn als deze iets meer in lijn zouden worden gebracht met de verschillende procedures die

er nu al bestaan voor fusie en voor omzetting. Ze is benieuwd hoe de uiteindelijke regeling eruit zal zien.

Dan de vraag: In hoeverre moeten we nu met het Voorontwerp rekening houden? Mevrouw Geuze denkt dat men wel verplicht is er in zekere zin rekening mee te houden, maar roept op daarbij wel je gezond verstand te gebruiken. Zij denkt dat sommige bepalingen, zoals eerder gezegd, misschien nog niet helemaal doordacht zijn of nog niet helemaal in de praktijk de uitwerking zullen hebben die momenteel wordt verwacht.



Binnen Europa hebben al grensoverschrijdende omzettingen plaatsgevonden en er zijn nog talloze varianten binnen de EU mogelijk in de toekomst. In beginsel is grensoverschrijdende omzetting van de gehele wereld naar Nederland en van Nederland naar de gehele wereld mogelijk:

- indien buiten EER: indirect (bijvoorbeeld via Luxemburg), maar
- het 'derde' land (inreisland bij outbound omzettingen, oorsprongland bij inbound omzettingen) moet het wel faciliteren.

Voordelen van de regeling zijn in elk geval:

- Rechtspersonen binnen de EER worden veelzijdiger.
- Er is geen noodzaak meer om een rechtspersoon te liquideren.
- Het risico van een 'dual chartered company' wordt geëlimineerd.
- De overdracht van individuele activa en passiva is niet meer nodig.
- Je hebt geen 'last' meer van 'change of control'-bepalingen.
- Ook (indirecte) verplaatsingen naar de VS en andere derde landen worden mogelijk.
- Het verschaft een fiscale 'tool' (toepassing andere verdragen, dividendbelasting enz.).

Hierna sluiten de heer Quist, mevrouw Geuze en de heer de Boer de lezing af. De Commissie Vaktechniek dankt hen voor deze interessante lezing.



# IX *Recente ontwikkelingen op het gebied van het Europees belastingrecht*

---

<i>Verslaglegger:</i>	<i>L.E. (Laurens) Verkoijen LLM</i>
<i>Inleider:</i>	<i>mr. J.J.A.M. (Jasper) Korving, sinds 2002 werkzaam bij Deloitte Belastingadviseurs als medewerker van het Wetenschappelijk Bureau en tevens als docent en onderzoeker verbonden aan Maastricht University</i>
<i>Datum:</i>	<i>7 oktober 2014</i>

---

De toepassing van het EU-recht op de directe belastingen is nog steeds in ontwikkeling. Zowel met betrekking tot positieve integratie (i.e. de totstandkoming van secundaire wetgeving, zoals richtlijnen) als negatieve integratie (i.e. jurisprudentie, met name van het Europese Hof van Justitie) is de invloed op de nationale wetgeving van groot belang. Tijdens onderhavige lezing is de heer Korving ingegaan op de actualiteiten van het EU-recht in relatie tot de directe belastingen. Aan de orde zijn onder meer staatssteun en de rullingpraktijk, de fiscale eenheid, de dividendbelasting en de 30%-regeling gekomen.

## 1 FINANCIAL TRANSACTIONS TAX

De Financial Transactions Tax (hierna: FTT) is een voorstel van de Europese Commissie welke tot doel heeft de financiële sector haar ‘fair share’ te laten betalen voor de vergoedingen welke financiële instanties tijdens de financiële crisis hebben ontvangen van de lidstaten van de Europese Unie. Onderzocht is om een heffing op financiële activa respectievelijk financiële transacties in te voeren ten laste van financiële instanties. In eerste instantie was het voorstel dat de financial transactions tax van kracht werd met ingang van 1 januari 2014, later is dit uitgesteld tot 1 januari 2016. Zoals het er nu naar uitziet lijkt het voorstel echter een stille dood te sterven. Het voorstel moet in beginsel met unanimititeit worden aangenomen teneinde van kracht te kunnen worden. Nederland heeft aangegeven geen voorstander te zijn van een dergelijke heffing zolang het ook van toepassing is op pensioenfondsen. Wel is een ‘kopgroep’ van op dit moment elf lidstaten voornemens om de FTT via de methode van ‘nauwere samenwerking’ alsnog in te voeren. Niet-deelnemende lidstaten, waaronder Nederland, kunnen in een later stadium altijd alsnog besluiten aan te haken.

## 2 STAATSSTEUN EN RULINGPRAKTIJK

### *Algemeen*

Het begrip steunmaatregelen van de staten is als volgt gedefinieerd:

*'Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.'*

De definitie bevat vier cumulatieve voorwaarden ter beoordeling van de onverenigbaarheid van een maatregel met het EU-recht in welk geval sprake is van verboden staatssteun.

De vier voorwaarden voor verboden staatssteun zijn ontleend aan de bovenstaande bepaling. Deze elementen zijn:

- Voordeel uit staatsmiddelen bekostigd.
- Begunstiging van bepaalde ondernemingen of producties (selectiviteit).
- Concurrentievervalsing.
- Ongunstige beïnvloeding van het intra-communautair handelsverkeer.

*a. Voordeel uit staatsmiddelen bekostigd*

Allereerst moet sprake zijn van steun. Om aan deze voorwaarde te voldoen, heeft het HvJ in het PreussenElektra-arrest geoordeeld dat een voordeel kwalificeert als steunmaatregel als deze op de een of andere manier is bekostigd uit staatsmiddelen. Steun hoeft echter niet per definitie een toebedeling van financiële middelen, zoals een subsidie, te zijn, maar kan ook bestaan in een belastingvoordeel of uitstel van betaling. Het criterium dat een voordeel uit staatsmiddelen moet zijn bekostigd moet dus ruim worden uitgelegd.

*b. Selectiviteit*

Deze voorwaarde houdt in dat sprake moet zijn van een maatregel met selectieve werking, wat betekent dat de maatregel geen algemeen financieel voordeel mag behelzen. Het te verlenen voordeel mag slechts bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigen.

Bij de beoordeling van het selectiviteitscriterium wordt gekeken naar het economische effect van de maatregel, niet alleen naar de juridische vorm waarin het is gegoten. Een nationale maatregel kan op verschillende wijze als selectief worden beschouwd:

- er gelden specifieke voorwaarden voor toekenning van het voordeel;
- er geldt een bepaalde mate van beoordelingsvrijheid met betrekking tot de toekenning van het voordeel; of
- de nationale maatregel kent een beperkt geografisch toepassingsbereik.

*c. Concurrentievervalsing*

Op grond van rechtspraak van het HvJ geeft ook een zeer gering financieel voordeel al aanleiding tot concurrentievervalsing. Door deze interpretatie van het HvJ wordt aan de voorwaarde van concurrentievervalsing snel voldaan en moet derhalve feitelijk elke vorm van bevoordeling worden vermeden.

*d. Belemmering van het intracommunautaire handelsverkeer*

Het laatste criterium is de eis dat het handelsverkeer tussen lidstaten niet ongunstig mag worden beïnvloed. Hierdoor wordt de communautaire dimensie

van de bepaling vormgegeven. De zuiver lokale kwesties worden hiermee uitgesloten van een kwalificatie als steunmaatregel. Deze voorwaarde moet echter ruim worden geïnterpreteerd. De EC beoordeelt of binnen de sector in kwestie intracommunautaire handel wordt gedreven. Hierbij wordt irrelevant geoordeeld of de onderneming die het voordeel geniet ook zelf grensoverschrijdende activiteiten verricht. Er wordt derhalve gebruikgemaakt van een bepaald abstractieniveau. De concrete situatie van de begunstigde van het voordeel wordt immers ook al onder de andere voorwaarden in aanmerking genomen. Indien een lidstaat een steunmaatregel wil doorvoeren, moet zij deze eerst melden aan de Europese Commissie (hierna: EC). De EC toetst of de maatregel staatssteun is. Bij die toets telt vooral het effect van de maatregel op de concurrentie. De vorm, reden en het doel van de steun zijn minder belangrijk.

De overheid mag de voorgenomen maatregel pas invoeren of effectueren zodra de EC akkoord is (standstill-bepaling). Meldt de overheid de staatssteun niet of te laat, dan kan de Commissie besluiten de inmiddels toegekende, maar niet goedgekeurde steun terug te laten vorderen van de onderneming. Het bedrijf moet dan ook de wettelijke rente over de steun betalen, zelfs wanneer dit leidt tot het faillissement van deze onderneming. Doelstelling is immers om de situatie terug te brengen in de toestand waarin de onderneming had verkeerd zonder dat de steun zou zijn toegepast.

De staatssteundiscussie is momenteel zeer actueel door de toepassing van de bepalingen op de rullingpraktijk van een aantal EU-lidstaten. In dat kader verwijst de spreker naar een aantal persberichten waarin de EC ingaat op het openen van de formele staatssteunprocedure met betrekking tot de landen. De persberichten zijn:

- IP/14/309: de EC beveelt Luxemburg om informatie omtrent fiscale praktijken door te sturen.
- IP/14/663: de EC start een diepgaand onderzoek tegen transfer pricing-regelingen voor Apple (Ierland; SA.38373), Fiat (Luxemburg; SA.38375) en Starbucks (Nederland; SA.38374).
- IP/14/1105: de EC onderzoekt transfer pricing-regelingen van Amazon (Luxemburg; SA.38944).

Iedere individuele ruling wordt op zijn eigen merites onderzocht voor wat betreft de vraag naar haar verenigbaarheid met de staatssteunbepalingen. Een individuele ruling kan slechts staatssteun bevatten wanneer de ruling verder gaat dan slechts de vaststelling of aan de voorwaarden is voldaan die de algemene fiscale wet- en regelgeving stelt.

#### *Luxemburgse rullingpraktijk*

Het eerste persbericht (14/309) richt zich slechts op een formaliteit. Hoewel de EC van mening is dat de Luxemburgse rullingpraktijk mogelijk onverenigbaar is met de staatssteunregels, kan dit slechts worden getoetst als de EC ook daadwerkelijk over de Luxemburgse rulings beschikt. Om een dergelijke toets te maken heeft de EC dan ook bij Luxemburg alle rulings opgevraagd. Luxemburg heeft echter in eerste instantie geweigerd om alle rulings aan de EC te overhandigen.



Om er alsnog voor te zorgen dat Luxemburg alle rulings doorstuurt is de EC een infractieprocedure tegen Luxemburg gestart. Luxemburg lijkt zich echter te verweren met een beroep op de fiscale geheimhoudingsplicht. Het is nog onduidelijk of en in hoeverre de EC zal gaan met het achterhalen van alle rulings. Deze zaak staat echter vooralsnog los van de achterliggende vraag of een ruling staatssteun kan bevatten.

De vermelde persberichten betreffen wel de inhoudelijke toetsing van individuele rulings aan de staatssteunbepalingen. In drie van deze zaken, die van Apple, Starbucks en Fiat, heeft de EC de gemotiveerde beslissing omtrent het steunkarakter reeds gepubliceerd. Dat een fiscale ruling onverenigbare staatssteun *kan* vormen lijkt volstrekt helder. De Belastingdienst kan in een individuele, dus selectieve, ruling een afspraak maken die een voordeel schept voor de betreffende onderneming. Die onderneming zal doorgaans ook zelf internationaal actief zijn.

In de drie kwesties die aan de orde waren betrof het niet zozeer de vaststelling of aan wettelijke criteria was voldaan, maar betrof het de vraag wat een 'at arm's length'-vergoeding zou zijn geweest voor de door de belastingplichtige in de betreffende staat uitgeoefende activiteiten. De betreffende onderneming sprak dus af hoe – in het geval van Apple – de aan een binnenlandse vaste inrichting toerekenbare winst moest worden berekend. Wanneer sprake is van winsttoerekening leidt dit als zodanig niet reeds tot een selectief voordeel. Hierna wordt kort op de afzonderlijke zaken ingegaan.

### 3 FIAT

In het geval van Fiat Finance and Trade Ltd (hierna: FFT) is volgens de EC sprake van mogelijke staatssteun door afspraken over de in Luxemburg te belasten winst, die af zou kunnen wijken van een at arm's length vastgestelde winst. Bij FFT gaat het om financieringsactiviteiten in Luxemburg en lijkt de discussie te gaan over de omvang van de te rapporteren spread bij een in- en doorleenaactiviteit in Luxemburg en zou de mogelijke staatssteun dus kunnen bestaan uit de belasting over een verhoogde spread. De in Luxemburg belastbare grondslag wordt forfaitair vastgesteld op een bedrag van € 2.542 miljoen, met een marge van 10%. Aan de berekening ligt een transfer pricing-rapport ten grondslag. De EC is van mening dat sprake is van een selectief voordeel.

In meer algemene zin merkt de EC op dat, ook al ligt er een transfer pricing-rapport aan de afgegeven ruling ten grondslag, de motivering van de gekozen wegingsfactoren gebreken vertoont en er zelfs fouten zijn gemaakt met betrekking tot de berekening van de minimum kapitaalvereisten onder Basel II. Met betrekking tot de mate van de vergoeding bestaan twijfels, omdat de EC van mening is dat niet de juiste vergelijkingsgroep is gekozen. Hoewel er 66 niet-gelieerde vennootschappen zijn onderzocht, hadden deze beter moeten worden vergeleken met FFT, die binnen de groep een financieringsfunctie vervult. Zo hadden ten minste de twee centrale banken op de lijst uit de vergelijkingsgroep moeten worden gehaald, aangezien deze een volledig ander risicoprofiel hebben dan FFT.

De EC concludeert dat de formele staatssteunprocedure moet worden geopend om nadere gegevens te kunnen achterhalen en om een diepgaander onderzoek

naar de vermeende selectiviteit uit te kunnen voeren. Luxemburg heeft echter in de afgeronde informele fase weinig informatie aan de EC verstrekt. In dat verband merkt de EC op te overwegen om de begunstigde van de ruling, FFT, te verzoeken om informatie te verstrekken.

Als kanttekening bij deze laatste opmerking merkt de spreker op dat hij zich afvraagt of van FFT kan en mag worden verwacht dat zij gegevens verstrekken aan de EC die mogelijk belastend voor hen zijn. Mogelijk zal dit in een later stadium van de kwestie blijken.

#### 4 AMAZON

Ook in het geval van Amazon is volgens de EC sprake van mogelijke staatssteun door afspraken over de in Luxemburg te belasten winst, die af zou kunnen wijken van een at arm's length vastgestelde winst.

In de casus van Amazon gaat het om een in Luxemburg gevestigde Sarl die een groot deel van de winst uit de Europese activiteiten van Amazon ontvangt, maar een aftrekbare royalty betaalt aan een niet in Luxemburg belastingplichtige limited partnership. De winst die aan de Luxemburgse Sarl is toegerekend op grond van een gesloten ruling zou te laag vastgesteld zijn in vergelijking met at arm's length-standaarden.

Luxemburg is van mening dat de afgegeven ruling die ook daadwerkelijk is uitgevoerd zoals opgenomen in de structuur in het verzoek, geen onverenigbare staatssteun vormt. Dit wordt door de EC betwijfeld. De EC richt zich met name op het selectieve voordeel dat wordt toegekend. Zo zou er, onder andere, geen goed onderbouwd transfer pricing-rapport zijn overlegd aan de EC, komt de door de Luxemburgse autoriteiten goedgekeurde transfer pricing-methode niet overeen met een van de transfer pricing-methoden uit de OECD Transfer Pricing Guidelines, zijn er inhoudelijke bezwaren aan de hoogte van de gekozen grondslag en is de afgegeven ruling zelfs na meer dan tien jaar niet opnieuw beoordeeld of herzien. Het is nog onduidelijk hoe deze discussie zal aflopen.

#### 5 NEDERLANDSE RULINGPRAKTIJK

##### *Starbucks*

De EC heeft ook een door Nederland afgegeven ruling aan een staatssteunonderzoek onderworpen. Het betreft de ruling aan Starbucks. Specifiek ten aanzien van deze ruling heeft de EC opgemerkt dat de individuele rulings van de Nederlandse Belastingdienst over de berekening van de heffingsgrondslag voor productieactiviteiten van Starbucks Manufacturing EMEA BV moeten worden onderzocht. Het gaat derhalve om een regeling ter bepaling van de heffingsgrondslag, niet om een verlaging van het toepasselijke belastingtarief zelf. De EC heeft geconstateerd dat Nederland doorgaans werkt met een grondige beoordeling op basis van uitgebreide informatie die de belastingplichtige moet verschaffen. Daarom denkt de Commissie niet op systematische onregelmatigheden te stuiten bij fiscale rulings.

In de ruling van Starbucks Manufacturing EMEA BV (hierna: SMBV APA) wordt verondersteld dat Starbucks Manufacturing BV zakelijke verrekenprijzen hanteert voor transacties met gelieerde distributeurs. Er wordt een zakelijke vergoeding

overeengekomen. De SMBV APA is gebaseerd op een door de belastingadviseur opgesteld verrekenprijzenrapport uit 2007. In het rapport wordt de voorkeur gegeven aan TNMM als verrekenprijsmethode om de operationele prestaties van Starbucks Manufacturing BV te benchmarken.

De EC zet vraagtekens bij de afgegeven SMBV APA. Met name de gekozen transfer pricing-methode, de benchmarks, de gehanteerde correcties en de kwalificatie als tussenpersoon riepen vragen op. De EC verwijst tevens naar een APA die aan een mogelijk vergelijkbare en niet-gelieerde loonproducent is afgegeven. SMBV wordt ook gebenchmarkt als loonproducent. De EC stelt daar vraagtekens bij, omdat in een APA van een andere loonproducent wordt uitgegaan van het rendement op activa zoals dat is verkregen aan de hand van een benchmark en in dat rapport worden daar geen correcties op aangebracht. Dit in tegenstelling tot de SMBV APA.

Uiteindelijk moet de EC aangeven of sprake kan zijn van staatssteun. Alle voorwaarden worden benoemd en direct wordt aangegeven dat het hele onderzoek zich met name richt op de vraag of sprake is van een selectief voordeel. De EC onderzoekt daarbij drie vragen:

- ‘1. heeft de Nederlandse Belastingdienst Starbucks Manufacturing BV terecht beschouwd als een loonproducent met laag risico, toen hij met die onderneming de SMBV APA sloot?*
- 2. heeft de Nederlandse Belastingdienst terecht de eerste en de tweede correctie van de belastingadviseur van Starbucks Manufacturing BV aanvaard, toen hij met die onderneming de SMBV APA sloot? en*
- 3. heeft de Nederlandse Belastingdienst terecht de interpretatie van de SMBV APA door Starbucks Manufacturing BV met betrekking tot de berekening van de royalty's in haar winst-en-verliesrekening aanvaard, in de mate waarin het niveau van die royalty's niet gekoppeld is aan de waarde van de betrokken intellectuele-eigendomsrechten?’*

De EC komt tot de conclusie dat de ruling van Starbucks Manufacturing BV het zakelijkheidsbeginsel niet eerbiedigt. Er zou geen sprake zijn van een zakelijke vergoeding. De EC besluit om de formele staatssteunprocedure te openen om een grondiger onderzoek naar de ruling te kunnen uitvoeren. Te dien einde verzoekt de EC Nederland om aanvullende informatie te verstrekken.

#### *De relevantie voor Nederland*

De EC verwacht geen systematische tekortkomingen in de Nederlandse rullingpraktijk. De Nederlandse rullingpraktijk maakt een gedegen indruk, waarbij APA's slechts worden afgesloten op basis van een gedegen transfer pricing-rapportage en waarbij de interne procedures van de Belastingdienst (zoals de tweede handtekening) voldoende waarborgen lijken te bieden voor een gedegen beoordeling voordat een APA wordt afgesloten.

Voor APA's die daadwerkelijk op basis van een gedegen transfer pricing-rapportage en gedegen beoordeling door de Belastingdienst tot stand zijn gekomen, zou geen discussie over staatssteun moeten ontstaan. Dit geldt in beginsel voor alle APA's voor alle typen intragroup-activiteiten (financiering, licensing, maar ook voor master distributor/principaalactiviteiten). Het gaat in principe om de vergoeding die in Nederland belast wordt, welke in overeenstemming moet zijn met at arm's length-standaarden.

Behalve een onderzoek naar winstallocatie in individuele rulings aan afzonderlijke vennootschappen roepen de aanhangige kwesties ook de vraag op of fiscaal aantrekkelijke structuren waarbij meerdere vennootschappen betrokken zijn mogelijk ook als onverenigbare staatssteun kunnen kwalificeren. Hierbij kan, bijvoorbeeld, worden gedacht aan het gebruik van een hybride entiteit in een cv/bv-structuur. In een dergelijke structuur wordt doorgaans winst gealloceerd aan een naar Nederlands recht transparante cv, waardoor de winst naar Nederlandse maatstaven belast zou moeten worden bij de achterliggende participant; dit terwijl de vaak buitenlandse aandeelhouder de cv doorgaans juist beschouwt als een afzonderlijke rechtspersoon die zelfstandig belastingplichtig is, waardoor de winsten niet direct bij deze achterliggende participant belast worden. Winstallocatie aan een hybride vennootschap wordt in geen enkele aanhangige procedure als staatssteun bestempeld (zoals voor de Ierse NRI en de Luxemburgse Amazon-structuur). Dat aan een cv in een cv/bv-structuur een groot deel van de winst wordt gealloceerd moet dus niet als staatssteun kwalificeren, mits de vergoeding die voor de bv overeengekomen is in de APA at arm's length is. Wel kan het daarbij behulpzaam zijn om in bepaalde mate de winst die aan de cv toekomt te onderbouwen, zoals al enige tijd ook door de Nederlandse fiscus wordt geëist (bepaalde functionaliteit op cv-niveau, buiten Nederland). Elke indruk dat de APA niet puur op basis van transfer pricing-richtlijnen tot stand is gekomen moet voorts worden vermeden. Correspondentie met de Nederlandse fiscus waarin zonder onderbouwing al een gewenst eindresultaat wordt bepleit, welke daarna onderbouwd wordt op grond van transfer pricing-analyse, kan verkeerd geïnterpreteerd worden als 'reverse engineering'. Dergelijke correspondentie moet dus worden vermeden.

#### *Sopora en de Nederlandse 30%-regeling*

De Hoge Raad legde in de zomer van 2013 twee prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ) voor over de 150 km-grens in de 30%-regeling. Vanaf de inwerkingtreding van de 150 km-grens is er discussie over de verenigbaarheid ervan met EU-recht. Onder de 30%-regeling wordt aan een werknemer die in Nederland komt werken en die over bijzondere kwaliteiten beschikt die schaars zijn op de Nederlandse arbeidsmarkt een faciliteit verleend, waardoor hij 30% van zijn salaris belastingvrij kan ontvangen. De regeling werd ruimhartig toegepast op alle buitenlandse werknemers. Volgens de staatssecretaris 'gaf dit scheve gezichten bij de koffieautomaat bij werkgevers in de grensregio's', omdat Belgische en Duitse werknemers die in Nederland werkten een fiscaal voordelige regeling mochten toepassen die werd onthouden in volledig Nederlandse verhoudingen. De regeling werd vervolgens zodanig aangepast dat werknemers nog slechts in aanmerking konden komen voor de gunstige 30%-regeling wanneer zij gedurende ten minste 16 van de 24 maanden voorafgaand aan de tewerkstelling in Nederland op een afstand van ten minste 150 km hemelsbreed van de Nederlandse grens woonden. Hierdoor kwamen, onder andere, inwoners van België en Luxemburg en van delen van Duitsland en Frankrijk, niet langer in aanmerking voor de regeling, terwijl inwoners van Spanje en Italië daar nog wel aanspraak op konden maken. Werknemers van binnen de 150 km-zone kregen alleen de werkelijke kosten nog vergoed, terwijl werknemers van buiten de zone in beginsel steeds een forfaitaire vergoeding

van 30% van het loon ontvingen. Alleen wanneer de werkelijke kosten in laatstgenoemde situatie hoger waren dan werden alsnog de werkelijk gemaakte kosten vergoed. Voor deze groep werknemers was derhalve altijd sprake van een voordeel, vaak werd namelijk meer vergoed dan strikt noodzakelijk. Ten tijde van de lezing had de EC net haar inbreng in deze Sopora-zaak uitgebracht. De EC is van mening dat de Nederlandse regeling een door art. 45 VwEU verboden belemmering van het vrije verkeer van werknemers vormt door het belastingvoordeel te onthouden aan ingekomen werknemers die op een afstand van minder dan 150 km hemelsbreed van de Nederlandse grens wonen en het voordeel wel toe te kennen aan ingekomen werknemers van wie de woonplaats op meer dan 150 km van de Nederlandse grens ligt. Deze beperking van de verkeersvrijheid kan volgens de EC echter niet worden gerechtvaardigd met het argument van het bestrijden van belastingontwijking. Volgens de EC gaat de maatregel verder dan nodig is om de doelstelling te bereiken. De maatregel is niet proportioneel en de EC is van mening dat het mogelijk is om een minder beperkende maatregel te treffen, waarmee de Nederlandse wetgever ook het doel kan bereiken dat wordt vermeden dat forenzen van de 30%-regeling kunnen genieten. Een bepaalde afstand tussen de woonplaats van de ingekomen werknemer (vóór indiensttreding) en de werkplaats is daarbij volgens de EC een mogelijke optie. Zelfs wanneer dit tot praktische moeilijkheden zou leiden, kan dit volgens de EC niet aan belastingplichtige worden tegengeworpen. Inmiddels heeft het HvJ arrest gewezen in de zaak Sopora. De Sopora-zaak is een baanbrekende zaak, omdat de vergelijking tussen verschillende EU-onderdanen wordt gemaakt. Het HvJ erkent dat sprake is van een discriminatie als een grensoverschrijdende situatie minder gunstig wordt behandeld dan een binnenlandse situatie. Belangrijker is echter dat het HvJ heeft bepaald dat Nederland ook geen onderscheid mag maken tussen onderdanen van twee verschillende andere lidstaten; met andere woorden: Nederland mag de 30%-regeling in beginsel niet weigeren aan inwoners van België maar deze wel toekennen aan inwoners van Spanje. Het HvJ voegt hier echter wel aan toe dat de Belg en de Spanjaard zich mogelijk in een verschillende positie bevinden, aangezien de eerste wellicht eerder geneigd zal zijn om te forenzen naar zijn werk, terwijl dat voor de laatste in mindere mate het geval zal zijn. Doelstelling van de 30%-regeling was immers om de buitenlandse werknemer een voordeel te verlenen waarmee hij kon voorzien in de door hem gemaakte extraterritoriale kosten die verband hielden met zijn dienstbetrekking in Nederland. Lezer plaatste daar als kritische kanttekening bij dat een buitenlandse werknemer van binnen de 150 km-zone mogelijk wel een veelvoud daarvan aan kilometers zou moeten forenzen, wanneer de werkplaats niet direct dichtbij de Nederlandse grens is gelegen, denk aan de afstand Antwerpen-Leeuwarden. Met dergelijke situaties wordt in de rigide toegepaste 150 km-grens geen rekening gehouden. Het HvJ bood echter nog een enkele uitweg aan belastingplichtige. Slechts wanneer hij aannemelijk kan maken dat toepassing van de 30%-regeling in de overgrote meerderheid van de gevallen leidt tot overcompensatie is de huidige 150 km-grens onverenigbaar met EU-recht. Lezer interpreteert dat zodanig dat bewijs moet worden geleverd dat buitenlandse werknemers van buiten de 150 km-zone feitelijk meer vergoed krijgen door toepassing van de 30%-regeling dan dat zij feitelijk aan extraterritoriale kosten maken. Gevoelsmatig lijkt dat,

vanwege de doelstelling van de regeling, eenvoudig aantoonbaar. Het arrest kan mogelijk verstrekkende gevolgen hebben voor de meestbegunstigingsdiscussie die na het arrest in de zaak D – al dan niet tijdelijk – was verstomd.

## 6 AFTREK VOOR ONDERHOUDSKOSTEN AAN MONUMENTENPANDEN

In dit onderdeel van de lezing gaat de spreker in op een actuele discussie in Nederland als gevolg van een uitspraak van de Hoge Raad en de prejudiciële vragen die de Hoge Raad aan het HvJ heeft gesteld. In de onderhavige zaak speelde het volgende.

Belanghebbende heeft de Nederlandse nationaliteit en is in Nederland als dga werkzaam. Hij bewoont in België sinds eind 2004 een kasteel dat in België bij Koninklijk Besluit is aangewezen als beschermd monument. Belanghebbende heeft voor 2004 geopteerd voor de regels van binnenlandse belastingplicht en brengt de onderhoudskosten voor het Belgische kasteel in aftrek als uitgaven voor monumentenpanden. De inspecteur heeft de aftrek niet toegestaan, omdat geen sprake is van een in Nederland gelegen monument. In geschil is of de inspecteur daarmee het EU-recht heeft geschonden. Volgens de Hoge Raad is niet duidelijk of sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging of van het vrije kapitaalverkeer. Daarnaast staat ter discussie of het behoud van nationaal cultureel erfgoed een dwingende reden van algemeen belang kan vormen die rechtvaardigt dat Nederland de fiscale aftrek mag beperken tot monumenten die binnen Nederland zijn gelegen. Wordt deze laatste vraag bevestigend beantwoord, dan moet nog worden beoordeeld of de aftrek regeling geschikt is en niet verder gaat dan noodzakelijk om dat doel te bereiken. Nu er twijfel over bestaat of de weigering van aftrek in overeenstemming is met het EU-recht, stelt de Hoge Raad prejudiciële vragen aan het HvJ.

De spreker kan zich vinden in het standpunt van A-G Niessen dat het verschil in behandeling van kosten ten aanzien van binnenlandse en buitenlandse monumenten een inbreuk op het vrije kapitaalverkeer vormt. Na vaststelling van de inbreuk dient echter te worden beoordeeld of deze inbreuk mogelijk kan worden gerechtvaardigd. Door de Hoge Raad en, bij het HvJ door Nederland, worden een aantal rechtvaardigingsgronden aangedragen. Volgens de spreker kunnen deze niet direct tot rechtvaardiging van de inbreuk leiden. Toch is de spreker van oordeel dat rechtvaardiging mogelijk is, maar dit vindt zijn oorsprong in de samenloop van staatssteunbepalingen en de verkeersvrijheden (hiervoor verwijzen wij naar *NFR-B 2013/29*).

Ook andere EU-lidstaten hebben zich ten doel gesteld om op hun grondgebied gelegen monumenten in stand te houden. Mogelijk worden deze monumenten in hun lidstaat van vestiging, zoals in België, ook in een nationaal register opgenomen. Het feit dat belastingplichtige niet in zijn woonstaat in staat is gebruik te maken van kostenaftrek van uitgaven voor monumentenpanden in zijn woonstaat leidt er naar de mening van de spreker toe dat de werkstaat dit over zou moeten nemen. In feite wordt daardoor de Schumacker-doctrine gehanteerd in de proportionaliteitsdiscussie. Het is aan het HvJ om te beoordelen of de registratieplicht voor buitenlandse monumenten om in aanmerking te komen voor kostenaftrek ten aanzien van het onderhoud van deze monumenten

al dan niet verenigbaar is met EU-recht. Inmiddels heeft het HvJ, in lijn met de suggestie van A-G Niessen, de Nederlandse regering en A-G Kokott (bij het HvJ), geoordeeld dat Nederland de aftrekpost niet hoeft uit te breiden tot in andere lidstaten gelegen kastelen, tenzij belastingplichtige aantoonbaar dat het monument waarvan hij de eigenaar is, ondanks het feit dat het is gelegen in een andere EU-lidstaat, desalniettemin een element vormt van het Nederlands cultuurhistorisch erfgoed, en een dergelijke omstandigheid dit monument, indien het niet extraterritoriaal zou zijn, in aanmerking zou doen komen voor bescherming op grond van de Nederlandse Monumentenwet. Voor een nadere beschouwing, waarin de spreker met name ingaat op de vreemde situaties die ontstaan door de beoordeling van de onderhoudskosten ten behoeve van welke buitenlandse monumenten wel of niet voor de aftrek in aanmerking komen, verwijst de spreker naar zijn bijdrage in *NTR-B 2015/11*).

## 7 BINNENLANDSE VERLIESVERREKENING: PAPILLON EN MSA

Reeds sinds de uitspraak in het Papillon-arrest is het de vraag of de Nederlandse belastingdienst een verzoek tot toepassing van het fiscale eenheidsregime mag weigeren in het geval van een grensoverschrijdende situatie. Het is volgens de huidige Nederlandse fiscale wetgeving slechts mogelijk een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting te vormen tussen een groep Nederlandse vennootschappen die met elkaar een ononderbroken verticale keten vormen. Het is dus niet mogelijk om een fiscale eenheid tussen moeder – en kleindochter te vormen indien er geen in Nederland gelegen dochtermaatschappij in de structuur is opgenomen. De vorming van een fiscale eenheid is ook niet mogelijk indien sprake is van twee in Nederland gelegen zustervenootschappen met een gemeenschappelijke EU-moedermaatschappij.

Hof Amsterdam heeft vraagtekens geplaatst of deze uitsluiting van de toepassing van het Nederlandse fiscale eenheidsregime de vrijheid van vestiging beperkt? In puur binnenlandse situaties zou namelijk de mogelijkheid van het vormen van een fiscale eenheid wel openstaan, doordat de verbindende entiteit in dat geval ook in de fiscale eenheid gevoegd kan worden. Het Hof heeft in 2013 naar aanleiding van een aantal zaken prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ.

De reden waarom Nederland het fiscale eenheidsregime bij grensoverschrijdende situaties uitsluit is de fiscale coherentie van het systeem, waardoor dubbele verliesnemingen binnen de groep is uitgesloten. Die fiscale coherentie is niet gewaarborgd wanneer ook een fiscale eenheid wordt toegestaan tussen binnenlandse vennootschappen die zijn verbonden via een in een andere lidstaat gevestigde (tussen)houdster. Dubbele verliesnemingen zou dan niet uitgesloten zijn.

In juni 2014 heeft het HvJ echter beslist dat de Nederlandse fiscale-eenheidsregels in strijd zijn met het EU-recht en dat de beperking van de vrijheid van vestiging

niet wordt gerechtvaardigd door de fiscale coherentie. Nederland heeft immers de deelnemingsvrijstelling waarmee dubbele verliesneming wordt voorkomen<sup>18</sup>.

Volgens de spreker zijn er verschillende mogelijkheden om de Wet VPB 1969 zo aan te passen dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime weer in overeenstemming is met EU-recht. Een eenvoudige oplossing zou zijn om het bestaande art. 15 Wet VPB 1969 in de basis wat aan te passen door hierin op te nemen dat een fiscale eenheid zonder voeging van de EU-verbindende vennootschap ook mogelijk is onder nader vast te stellen voorwaarden waarbij enkele antimisbruikbepalingen toegevoegd dienen te worden aan het Besluit Fiscale Eenheid. Nederlandse vennootschappen kunnen dan – wanneer de verbindende vennootschap is gevestigd in een andere EU-lidstaat – toch een fiscale eenheid met elkaar aangaan en de antimisbruikbepalingen voorkomen dubbele verliesneming.

18. Na de lezing van de heer Korving heeft Hof Amsterdam in navolging van de beslissing van het Europese Hof van Justitie een gelijklopende conclusie getrokken: het Nederlandse fiscale eenheidsregime is in strijd met het EU-recht. Geen van de procespartijen heeft beroep in cassatie ingesteld. De regels dienen nu te worden versoepeld, zodat ook in grensoverschrijdende situaties een fiscale eenheid mogelijk is.





# X Van fiscale due diligence tot SPA

---

Verslaglegger: mw. D.M. (Daphne) Oudshoorn MSc

Inleider: mr. A.H.M.E. (Angenita) Pex, M&A advocaat bij Houthoff Buruma

Datum: 21 oktober 2014

---

## 1 INLEIDING

De meeste JOB'ers zullen vroeg of laat meewerken aan een (fiscaal) due diligence-onderzoek in het kader van een overname. Een due diligence-onderzoek wordt verricht om de juistheid vast te stellen van de aan de koper gepresenteerde informatie. Daarnaast worden risico's en kansen van de over te nemen onderneming in beeld gebracht. Tijdens een due diligence onderzoek wordt vaak door een grote hoeveelheid professionals met diverse specialiteiten onder hoge tijdsdruk gewerkt. Daarna dienen de uitkomsten van dit onderzoek verwerkt te worden in een share purchase agreement (hierna: SPA). Hierbij moeten keuzes gemaakt worden en zullen verkopers vaak de uitkomsten van het due diligence-onderzoek betwisten. Op dat moment zit jij vaak niet aan tafel. Hoe zorg je er toch voor dat de door jou opgemerkte punten de aandacht krijgen die ze verdienen en op de juiste manier in de SPA terecht komen?

In oktober 2014 heeft Angenita Pex haar ervaringen met het omzetten van de (fiscale) uitkomsten van diverse due diligence-rapporten in een voor de cliënte zo gunstig mogelijke SPA, gedeeld met de leden van de JOB. Na afgestudeerd te zijn in Nederlands recht (privaatrecht en strafrecht) aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, is mevrouw Pex haar carrière in 1995 begonnen als medewerker bij het Europees Parlement. In 1998 is zij vervolgens in de advocatuur beland, in eerste instantie bij White & Case te Brussel. Vanaf 2001 is zij Nederlands advocaat. Mevrouw Pex is werkzaam in de M&A-praktijk van Houthoff Buruma te Rotterdam waar zij zich met name richt op (internationale) transacties en board room advies.

## 2 DOEL VAN EEN DUE DILIGENCE

De lezing wordt gestart met het bespreken van het doel van een due diligence-onderzoek. Tijdens een due diligence-onderzoek kunnen (fiscale) zaken aan het licht komen die kunnen resulteren in een 'go'- of 'no go'-beslissing. Ook kunnen bevindingen leiden tot het aanpassen van de voorwaarden van de transactie of de timing ervan. Daarnaast dient een due diligence-onderzoek inzicht te geven over de waarde van een over te nemen (deel van een) onderneming (target). Hiervoor is het noodzakelijk dat de (financiële) informatie over de onderneming nauwkeurig onder de loep wordt genomen en wat de impact van de bevindingen is op (de voorwaarden van) de transactie, in het bijzonder de prijs van de aandelen

of de activa. Een tip van mevrouw Pex is om direct bij de start van het (fiscale) due diligence ook als fiscalist de jaarrekening van de target door te lezen.

Een due diligence-onderzoek dient ook om te voldoen aan de zogeheten ‘onderzoeksplicht’. De reikwijdte van de onderzoeksplicht en de ‘mededelingsplicht’ van verkoper is mede afhankelijk van de deskundigheid van de partijen. Als uitgangspunt geldt dat men in de regel mag afgaan op de juistheid van mededelingen van de wederpartij (de verkoper);<sup>19</sup> de mededelingsplicht prevaleert.<sup>20</sup> De mededelingsplicht van de wederpartij kan echter worden beperkt door deskundige bijstand van koper en het feit dat een verkoper niet wist dat een koper zich niet vergewist had van bepaalde feiten.<sup>21</sup> In beginsel geldt dat wanneer de verkoper zijn mededelingsplicht heeft geschonden, de koper met een beroep op dwaling de overeenkomst kan ontbinden of schadevergoeding kan vorderen. Een beroep op ontbinding op grond van (onder andere) dwaling wordt echter vaak contractueel uitgesloten.

Een ander doel van een due diligence-onderzoek is het vaststellen van de in dit specifieke geval benodigde contractuele bescherming. Voorbeelden hiervan zijn vrijwaringen, garanties en opschortende voorwaarden. Vervolgens is het due diligence-onderzoek van belang om vast te stellen welke handelingen noodzakelijk zijn vóórdat de transactie afgerond kan worden (lees: de eigendom van de aandelen of de assets overgaat). Denk hierbij bijvoorbeeld aan het indienen van de benodigde verzoeken bij (mededingings)autoriteiten of het ontvangen van positief of neutraal advies van de ondernemingsraad. Tot slot wordt tijdens een due diligence-onderzoek vastgesteld welke aandachtspunten er zijn ná de overdracht van de aandelen of de assets, bijvoorbeeld de integratie van de target in de bestaande structuur van de koper.

### 3 ANALYSE FISCALE RISICO'S VAN DE TARGET

Bij een fiscaal due diligence-onderzoek worden de belangrijkste belastingmiddelen in kaart gebracht. Het gaat hierbij veelal om de vennootschapsbelasting, dividendbelasting, omzetbelasting, loonbelasting en overdrachtsbelasting. Denk echter ook aan bijvoorbeeld de energiebelasting indien de target de energiemarkt bedient. Door middel van onder andere interviews met het management van de target, het controleren van de aanwezigheid van tax control framework of horizontaal toezicht convenant, het opvragen en reviewen van boekenonderzoek en/of vragenbrieven van de Belastingdienst, maar ook door controle van fiscale balansposten (welke voorzieningen zijn er opgenomen? Zijn er deferred tax assets of liabilities en hoe zijn deze opgebouwd?) worden potentiële fiscale risico's gesignaleerd tijdens een due diligence-proces.

Wanneer de fiscale risico's in kaart zijn gebracht, is de volgende stap de verdeling van deze risico's tussen koper en verkoper. Als hoofdregel geldt dat alle

19. HR 15 november 1957, Baris/Riezenkamp.

20. HR 10 april 1998, Offringa/Vinck.

21. HR 22 december 1995, Hoog Catharijne.

belastingmiddelen aan het belastingsubject (target) zijn gebonden. Uitzonderingen kunnen zich voordoen wanneer sprake is van een fiscale eenheid voor de omzetbelasting of wanneer er risico's zijn waarvoor specifieke aansprakelijkheidsbepalingen van toepassing zijn. Een voorbeeld hiervan is de inlenersaansprakelijkheid. Als sprake is van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting, dan is de belastingplichtige de moedervennootschap, maar zijn alle entiteiten in de fiscale eenheid aansprakelijk voor de verschuldigde vennootschapsbelasting. De ontvlechting van een vennootschap uit een fiscale eenheid vergt altijd de aandacht van het due diligence-team.

#### 4 ONDERDEEL VAN EEN GROTER PLAATJE

Een fiscaal due diligence is slechts een onderdeel van een meeromvattend due diligence-onderzoek. Het komt dan ook vaak voor dat de fiscalist verantwoordelijk is voor de fiscale due diligence rapporteert aan bijvoorbeeld de M&A-advocaat, die daarna de onderhandelingen voor de koopovereenkomst gaat voeren. Tijdens het opstellen van de fiscale rapportage en het verwerken van de fiscale bevindingen is het dan ook van groot belang dat je beseft dat het rapport gelezen wordt door de cliënt en andere leden van het transactieteam die waarschijnlijk niet dezelfde fiscale kennis paraat hebben. Het gebruik van fiscale termen kan erin resulteren dat de bevindingen uiteindelijk niet op een juiste wijze in de koopovereenkomst worden verwerkt of de gewenste impact hebben op de prijs. Het is daarom aan te raden compact en concreet advies te geven en niet in te gaan op allerlei bijzaken die (vrijwel) niet relevant zijn.

Aan de hand van een praktijkcasus schetst mevrouw Pex het belang van het altijd maar doorvragen en het (zoveel als mogelijk) vermijden van aannames. Het is van belang bij twijfel geen aannames te doen maar juist jouw twijfel duidelijk te communiceren met de leider van het (fiscale) due diligence-team en voor zover passend op te nemen in het due diligence-rapport. Ook wanneer je diverse malen hebt verzocht om een bepaald document, maar je dit document niet ontvangt, is het van belang de opmerking te maken dat ondanks de vele verzoeken de informatie niet is verstrekt en het betreffende punt dus niet is gecontroleerd.

Tijdens het opstellen van een due diligence-rapport dien je je constant af te vragen wat jouw bevindingen voor de cliënt en de transactie kunnen betekenen. Soms is iets een duidelijke deal breaker, de andere keer heeft het slechts impact op de prijs, of de structurering van de transactie (een aandelentransactie wordt een activa-transactie) of dienen specifieke vrijwaringen in de koopovereenkomst te worden opgenomen. Daarbij kan het kwantificeren van risico's zeer verhelderend werken. Is er sprake van een hoog risico met slechts een kleine financiële impact of van een laag risico dat, als het zich manifesteert, een (te) grote financiële impact heeft? Als aanvulling op het voorgaande is het goed in het rapport te vermelden of er (eenmalige of terugkerende) kosten kunnen opkomen en welke boetes opgelegd kunnen worden. Sta er tot slot bij stil wat de verjaringstermijnen zijn voor de risico's die je tijdens een due diligence-onderzoek hebt gesignaleerd. Het kan nuttig zijn dit specifiek te vermelden.

Opnieuw een tip van mevrouw Pex: indien je iets vindt wat van cruciaal belang kan zijn, meld dit dan altijd direct aan je leidinggevende. Wellicht is sprake van een deal breaker en moet een project direct on-hold worden gezet of worden afgeblazen. Hierdoor worden onnodige kosten voorkomen.

#### *Garanties vs. vrijwaringen*

Een garantie is iets waarvan men uitgaat dat het correct is, tenzij uit het due diligence-onderzoek of de disclosures anders blijkt. Een vrijwaring dekt specifieke zaken die zijn gevonden tijdens een due diligence-onderzoek of die zijn gemeld in disclosures. Het volgende voorbeeld illustreert het verschil tussen garanties en vrijwaringen.

---

Garantie:	Alle deuren zijn blauw
Disclosure:	De achterdeur is niet blauw, maar rood
Vrijwaring:	De verkoper zal de koper vrijwaren voor alle kosten van het blauw verven van de achterdeur.

---

In het algemeen wordt alle informatie die wordt vrijgegeven in de data room van een project gedisclosed en vormt dit zodoende een uitzondering op de gegeven garanties. Indien je een risico of inbreuk op een garantie signaleert (dat de achterdeur niet blauw is), kun je dus niet steunen op de afgegeven garantie, maar dien je te vragen om een specifieke vrijwaring.

## 5 EEN AANTAL TIPS

Een aantal aandachtspunten voor de praktijk:

- a) Zorg dat er duidelijk wordt afgesproken wie er tijdens het overnametraject verantwoordelijk is voor het indienen van de belastingaangiften. Zo wordt voorkomen dat deze niet of te laat worden ingediend.
- b) Als in de koopovereenkomst een zeer korte termijn wordt opgenomen waarin de verkoper nog aansprakelijk kan worden gesteld voor opkomende belastingsschulden, kan dit de koper ertoe bewegen de Belastingdienst te vragen een boekenonderzoek uit te voeren. Soms is het beter om een langere termijn overeen te komen.
- c) Check de timing van de diverse onderdelen van de transactie en het effect dat dit mogelijk heeft op het ontvoegen uit de oude fiscale eenheid en het voegen bij de nieuwe fiscale eenheid. De praktijk leert dat je moet opletten dat het vervullen van een opschortende voorwaarde de verbreking van de fiscale eenheid tot gevolg kan hebben, terwijl de target op dat moment nog niet bij de nieuwe fiscale eenheid gevoegd kan worden. De rol van de fiscalist houdt dus niet op bij het afronden van het due diligence-rapport.
- d) Met betrekking tot het fiscale eenheidsregime voor de Nederlandse vennootschapsbelasting is het verder van belang dat verliezen enkel op verzoek van

de (voormalig) moederverenootschap en de dochterverenootschap kunnen worden meegegeven, maar alleen op verzoek. Dit dient dus afgesproken en vastgelegd te worden in de koopovereenkomst.

## 6 AFSLUITING

De Commissie Vaktechniek van de Jonge Orde van Belastingadviseurs dankt mevrouw Pex hierbij voor de interessante en interactieve lezing. Een kijkje in de keuken van andere specialisten in een transactieteam leidt waarschijnlijk tot scherper en beter fiscaal due diligence-werk.



# XI *TESCM planning anno 2014*

---

<i>Verslaglegger:</i>	<i>mr. D.G.W. (Dennis) Schäfer</i>
<i>Inleider:</i>	<i>mr. dr. A. (Arthur) Pleijsier, of counsel bij Taxand Netherlands en onafhankelijk fiscaal adviseur</i>
<i>Datum:</i>	<i>6 november 2014</i>

---

## 1 **TESCM: DE BASIS**

Tax efficient supply chain management, afgekort TЕСM, is een framework waarbij getracht wordt op ieder niveau van de organisatie, van ontwikkeling en fabricage tot verkoop, de structuur van het bedrijf voor de klant efficiënt te maken. TЕСM is daardoor absoluut niet alleen fiscaal, maar het is bedoeld om alle bedrijfsprocessen efficiënter neer te zetten. Natuurlijk moet dit ook fiscaal optimaal zijn, maar dit zou een bijkomend voordeel moeten zijn.

Een TЕСM-model en de voorgestelde structuur moet passen binnen het bedrijfsmodel van de klant. De structuur moet praktisch en werkzaam zijn en mag niet schadelijk zijn voor het bedrijf, alleen om wat belasting te besparen; er moeten juist operationele voordelen zijn. Het uiteindelijke doel van het voorgestelde TЕСM-project moet zijn dat de verkoop positief wordt ondersteund. Het verschuiven van functies binnen een concern is mogelijk, maar dan moeten de juiste mensen mee naar de plek waar de beslissingen worden genomen. Als een TЕСM-model niet werkt, is dit vaak omdat de substance niet in lijn is met het TЕСM-model.

## 2 **REDENEN VOOR DE KLANT OM EEN TЕСM-PROJECT TE STARTEN**

Het opzetten van een TЕСM-project heeft verschillende duidelijke voordelen voor een bedrijf.

### 2.1 **Centralisatie**

Bij een TЕСM-project wordt de infrastructuur van een bedrijf zo ingericht dat belangrijke bevoegdheden gecentraliseerd worden bij één entiteit. Dit hangt samen met de fiscaliteit, waarbij bij bijvoorbeeld een principaalstructuur de belangrijkste beslissingen worden genomen door de werknemers of het bestuur van de principaal.



## 2.2 Transfer pricing voordelen

Transfer pricing binnen een grote multinational is een noodzakelijk en tijdrovend proces. Bij grote multinationals zijn constant medewerkers bezig om interne prijzen te bepalen. Dit kost veel tijd en zorgt voor een groter personeelsbestand. Een TESCM-project zou eraan kunnen bijdragen het bepalen van interne prijzen te vereenvoudigen. De klant kan dit weer aangrijpen om dit project te gebruiken om het aantal FTE's te verminderen.

Eén van de belangrijkste fouten die bedrijven maken, is dat ze een verlaging van het personeelsbestand zouden willen hanteren als graadmeter voor het succes van een TESCM-project. Dit is echter een verkeerde graadmeter, omdat er allerlei redenen zijn waarom mensen die in eerste instantie overbodig werden geacht toch blijven. Voorbeelden zijn bijvoorbeeld groei van de business, overstappen binnen afdeling, enz.

## 2.3 Treasury en koersrisico's

De centrale treasury-afdeling kan ook gebaat zijn bij een TESCM-project. Als de bedrijfsprocessen en geldstromen inzichtelijker worden en efficiënter kunnen worden beheerd, zal het bedrijf zelf bepaalde koersrisico's tussen de valuta's van de verschillende landen al kunnen verminderen. Hierdoor blijft er een kleiner valutarisico over dat afgedekt dient te worden door het afsluiten van valutahedges met derden.

## 2.4 Fiscaal

Een TESCM-project kan bijdragen aan belastingbesparing, door bijvoorbeeld het opzetten van een structuur waarbij een deel van de winst toerekenbaar is aan een principaal in een jurisdictie met een relatief lage belastingdruk. Voor Amerikaanse bedrijven is de effectieve belastingdruk (effective tax rate) een belangrijke graadmeter. Hierin schuilt ook het risico dat dit een slechte graadmeter is voor het succes van een TESCM-project. Lokale voordelen komen op geconsolideerd niveau namelijk slechts beperkt tot uitdrukking.

# 3 GEBOORTE VAN EEN TESCM-PROJECT

Bij het opzetten van een TESCM-project zijn grofweg twee startpunten mogelijk: vanuit de adviseur of vanuit het bedrijf.

Als het idee vanuit de adviseur komt, wordt meestal een pitch gehouden bij de contactpersoon van de adviseur. Dit is bij grote multinationals veelal het lokale fiscale team. Vanuit daar dient weer op ieder niveau naar boven toe draagkracht te worden gezocht (op het niveau van de tax director, vice president of tax, de CFO en uiteindelijk het hele bestuur). In zo'n proces hebben alle belanghebbenden eigen punten uit het voorstel die ze belangrijk vinden en ze hebben daarom ieder andere punten die ze graag terug willen zien. Als een TESCM-project uiteindelijk is opgezet, zullen voor bepaalde belanghebbenden daarom ook punten anders zijn of ontbreken die ze terug hadden willen zien.

De andere manier waarop een TЕСM-project tot stand kan komen, is vanuit het bedrijf zelf. Dit kan zijn, omdat er een behoefte bestaat om processen efficiënter te maken, maar het is ook mogelijk dat de CEO of CFO op een borrel praat met een collega-CEO of -CFO, die vertelt dat ze een bepaalde structuur hebben. Vervolgens wordt intern, vanuit de CEO of CFO naar beneden toe gevraagd waarom het bedrijf dat niet heeft, en of niet onderzocht moet worden of dit iets voor hen.

## 4 TЕСM-RISICO'S

### 4.1 Verstoring van de business

TЕСM-projecten zijn met name bedoeld voor grote multinationals, waarbij de ontwikkeling, productie, distributie en verkoop allemaal binnen die organisatie wordt gedaan. Hoewel er op veel niveaus mogelijk voordelen te behalen zijn, is er een gevaar dat het mogelijke (fiscale) voordeel niet opweegt tegen de verstoring van de business. Uiteindelijk is het doel van een bedrijf om de producten te verkopen. Wanneer bijvoorbeeld een verkoopafdeling niet goed kan werken, omdat een bepaald verkoopmodel voor dit bedrijf of deze bedrijfstak niet werkt, dan verstoort dit de business van de klant.

Hierbij moet ook rekening worden gehouden met het IT-systeem van de klant. De IT-afdeling is geen ondersteunende afdeling voor het opzetten van een TЕСM-project, maar de IT-afdeling bepaalt de parameters waarbinnen het opzetten van het project mogelijk is.

### 4.2 Onvoorziene kosten

Bij het opzetten van een TЕСM-project bestaat een risico op extra kosten waar geen rekening mee wordt gehouden. Voornamelijk de btw vormt een aandachtspunt, omdat aan de kant van de klant veelal geen btw-specialisten zitten. Vanuit de adviseur moet worden gekeken of niet alleen de diensten en producten voor directe belastingen, maar ook voor indirecte belastingen, efficiënt gestructureerd worden.

Een ander aandachtspunt zijn de additionele loonkosten. Bij het opzetten van bijvoorbeeld een principaalstructuur in Zwitserland moeten werknemers vanuit het hoofdkantoor naar Zwitserland worden uitgezonden. Omdat de beslissingen in Zwitserland moeten worden genomen dient daar voldoende substance te zijn. Deze uitgezonden werknemers zullen relatief duurder zijn door alle extra kosten die hiermee gemoeid zijn (verhuiskosten, cost-of-living vergoeding, reiskosten, enz.)

### 4.3 Geen draagkracht binnen de organisatie

Veranderingen binnen een organisatie stuiten in de regel op verzet, omdat mensen bang zijn dat hun positie of bonus in gevaar komt. Daarom moeten niet alleen de fiscalisten van een bedrijf *on board* zijn, maar moeten ook de werknemers in de relevante functies inzien waarom een TЕСM-project voor hen, of in ieder geval voor het bedrijf, belangrijk is. Een TЕСM-project is zeer uitgebreid

en kan ingrijpend zijn voor de organisatie. Intern moet ook duidelijk zijn waarom het project wordt aangegaan, omdat het veel breder is dan alleen de fiscaliteit.

#### 4.4 **Ontstaan van blinde vlekken**

Naarmate een project langer duurt, ontstaan er blinde vlekken over punten waar niet meer over na wordt gedacht. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de btw-positie die in een eerder stadium is onderzocht, maar niet nogmaals is onderzocht nadat het voorstel is gewijzigd.

#### 4.5 **Lastige fiscus**

De belastingdiensten van de landen die worden beïnvloed door het TЕСM-project zullen het vaak niet eens zijn met de uitkomst van het project. Zeker bij projecten waarbij de functies van lokale entiteiten wordt beperkt en deze risico's worden overgenomen door een entiteit in het buitenland, zullen lokale belastingdiensten een probleem hebben met de lagere vergoeding die vervolgens wordt aangegeven in dat land. Deze belastingdiensten zullen zien dat er minder belasting betaald wordt, terwijl er nog steeds een productie- of verkoopfunctie aanwezig is in dat land.

### 5 **VALKUILEN VAN DE ADVISEUR**

De adviseur speelt een belangrijke rol in het opzetten van een TЕСM-project. Ook de adviseur moet er rekening mee houden dat hij zich ervan bewust moet zijn dat er valkuilen zijn. Voor het opzetten van een uitgebreid proces waarbij de functies binnen een organisatie kunnen wijzigen, is het heel belangrijk dat de adviseur begrijpt hoe de business van de klant werkt, en nog belangrijker, dat de adviseur luistert naar de wensen van de klant. Daarbij moet de adviseur zich ervan bewust zijn dat het niet alleen maar gaat om het efficiënter maken van de positie voor de vennootschapsbelasting, maar dat daarbij ook rekening moet worden gehouden met belastingen die vaak als kostenpost gelden (btw, loonbelastingen, verpakkingsbelastingen, enz.).

### 6 **TЕСM ANNO 2014**

Ondanks de fiscale ontwikkelingen binnen bijvoorbeeld de OESO, G20 of de Europese Unie zijn er ook in 2014 nog TЕСM-modellen die in de praktijk werken. Structuren die in het verleden succesvol waren stuiten op bepaalde onderdelen wel op extra kritiek.

#### 6.1 **Shared service center**

Een shared service center werd vaak gebruikt als centraal punt voor de inkoop en doorverkoop van diensten aan de groep. Er is toenemende kritiek op dit model, omdat een transfer pricing-rapport voor de individuele diensten vaak niet aanwezig is, of ontoereikend wordt geacht in de ogen van lokale belasting-

diensten. Dit zorgt ervoor dat er toch op kleinere basis transfer pricing-documentatie aanwezig moet zijn, waardoor een shared service center een deel van zijn voordelen verliest.

## 6.2 Principaalstructuur

De principaalstructuur is momenteel nog een effectieve structuur. Het basisprincipe van een principaalstructuur is dat er een centrale entiteit is binnen de groep die, voor zover mogelijk, de risico's en beslissingsbevoegdheden van de groep naar zich toe trekt. De lokale fabrikanten en verkopers worden daardoor in hun risico beperkt, wat een lagere vergoeding voor hun diensten verantwoordt. De principaal is vaak gevestigd in een land met een laag effectief belastingtarief. Hoewel de principaalstructuur technisch gezien nog werkt, is het belangrijk dat de substance van de principaal in lijn is met de functies die daaraan worden toegerekend. Eén van de belangrijkste redenen waarom een principaalstructuur niet werkt, is dat de functies die worden toegerekend aan de principaal niet op dat niveau worden uitgevoerd. Lokale belastingdiensten bestrijden dan, met succes, de lagere vergoeding die aan de fabrikanten of verkopers wordt berekend.

## 6.3 Principaalstructuur in Azië

In Azië werkt het principe van de principaalstructuur ook. Vaak is er een principaal in Singapore of Hong Kong. Dit heeft behalve fiscale redenen, ook het voordeel dat het intellectueel eigendom niet in een land zit waar mogelijk risico's ontstaan. Dit kunnen zowel fiscale risico's zijn als risico's met betrekking tot het eigendom van het intellectueel eigendom zelf. Daarbij is het in Singapore en Hong Kong mogelijk om vooraf duidelijkheid te krijgen over de fiscale positie. In de grote Aziatische landen, die veelal geen lid zijn van de OESO, wordt vaak anders gekeken naar de winsttoerekening dan op basis van de OESO transfer pricing guidelines wordt gedacht. Een principaalstructuur werkt voor Azië in beginsel ook goed, al moet er bij grote landen zoals China, India, Japan en Zuid-Korea rekening worden gehouden met specifieke lokale overwegingen.

## 6.4 Wereldwijde structuur

Voor bedrijven die wereldwijd opereren zou een principaal in beginsel een goede uitkomst zijn. In het ideale plaatje zou de R&D worden gedaan middels contract R&D voor de principaal, de productie voor de principaal volgens contract manufacturing of toll manufacturing en de verkoop via limited risk distributors (hierna: LRDs) of commissionairs. Hierbij komt vrijwel het volledige risico voor ieder onderdeel van het proces bij de principaal te liggen en zou een groot deel van de winst aan de principaal toerekenbaar moeten zijn.

Echter, de praktijk wijst uit dat dit zo niet werkt. Hoewel de principaalstructuur in Europa, en deels in Azië, goed werkt, kan er geen wereldwijde mal gelegd worden over een organisatie. Door de vele verschillende lokale overwegingen is een simpele structuur waarbij alle risico's bij de principaal komen te liggen in theorie (goed) voorstelbaar, maar in de praktijk moeilijk te bewerkstelligen.

## 6.5 OESO

Vanuit de OESO komt ook druk te staan op structuren waarbij functies binnen een bedrijf worden aangepast om de risico's neer te leggen bij entiteiten binnen de groep die tegen een laag effectief tarief belast wordt. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om de omzetting van een full-risk distributor in een LRD.

Verder heeft de OESO als onderdeel van het BEPS-project op 31 oktober 2014 action 7 gepubliceerd.<sup>22</sup> De kern van deze publicatie is dat de OESO het vermijden van een vaste inrichting wil voorkomen. Dit is voor bijvoorbeeld voor principaalstructuren een probleem, omdat deze zo worden opgezet dat de verkoper geen vaste inrichting vormt voor de principaal. De OESO wil dat een dergelijke LRD, als uitgangspunt, wel een vaste inrichting vormt. Dit zal in de praktijk tot discussie leiden met alle lokale belastingdiensten die vinden dat niet alleen de verkoper, maar ook de vaste inrichting, een gepaste vergoeding aan dient te geven.

## 6.6 Zwitserland

De Zwitserse principaalstructuur is lange tijd zeer aantrekkelijk geweest, simpelweg omdat een deel van de winst feitelijk niet werd belast. In Zwitserland is het mogelijk om een principaal op te zetten en een ruling te halen om dit te bevestigen. In de ruling wordt vastgelegd dat vanuit Zwitsers perspectief de verkopers wel een vaste inrichting vormen, en hieraan een deel van de winst moet worden toegerekend. In de lokale landen waar de verkoop plaatsvindt, wordt de positie ingenomen dat de verkoper geen vaste inrichting vormt. Door deze afspraak wordt een deel van de winst niet in de grondslag begrepen in Zwitserland, wat leidt tot een lager effectief tarief. Deze ruling wordt afgesloten op federaal niveau met de federale inspecteur en vervolgens wordt een vergelijkbare ruling afgesloten op kantonnaal niveau.

De structuur werkt anno 2014 nog steeds, hoewel de groeiende internationale druk duidelijk merkbaar is. De Zwitserse federale belastingdienst heeft een besluit uitgevaardigd waarin is opgenomen dat:

- De LRD, of de commissionair, ten minste 90% van zijn tijd voor de principaal moet besteden.
- De brutomarge van de LRD of commissionair, niet meer dan 3% mag bedragen (wat een relatief laag risico betekent).
- Alle kerntaken binnen Zwitserland worden uitgeoefend. De definitie van kerntaken die door de Zwitserse belastingautoriteiten wordt gehanteerd omvat echter zo goed als alle functionaliteiten van een organisatie.

Het is maar de vraag of een principaalstructuur kan voldoen aan de vereisten die de Zwitserse belastingautoriteiten stellen. Het is in ieder geval duidelijk dat het in de toekomst steeds lastiger wordt om een TESCO-project op te zetten, met als doel de winst naar een laag-belaste entiteit te verschuiven.

22. Prevent the Artificial Avoidance of PE Status.

# NTFR

Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht



## FISCAAL VOLLEDIG OP DE HOOGTE

Met het *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht (NTFR)* bent u op een toegankelijke wijze snel op de hoogte van de laatste ontwikkelingen binnen het fiscale vakgebied. *NTFR* bevat wekelijks samenvattingen van arresten van de Hoge Raad en uitspraken van de gerechtshoven, rechtbanken en het Hof van Justitie waaraan praktische commentaren zijn toegevoegd. Daarnaast ontvangt u dagelijks fiscaal nieuws in de *NTFR Daily Mail*. *NTFR Beschouwingen* is het bijbehorende blad waarin maandelijks een selectie van uitspraken en fiscaal nieuws uit *NTFR* wordt geplaatst in de context van de jurisprudentie en fiscale leerstukken.

**Ervaar zelf de voordelen van NTFR en neem een proefabonnement van 3 maanden voor slechts € 87,50 (excl. btw).**

**NTFR biedt u een voorsprong in kennis door:**

- » Een wekelijks overzicht van uitspraken, met samenvattingen en commentaren
- » Opinies en artikelen van gezaghebbende auteurs
- » De e-mailnieuwsbrief *NTFR Daily Mail*
- » Maandelijks verdieping in *NTFR-Beschouwingen*
- » Actuele wet- en regelgeving
- » Originele brondocumenten online

[www.sdu.nl/ntfr](http://www.sdu.nl/ntfr)

Beschikbaar als:



**Sdu**

oprecht  
de beste  
keuze



*Je klant  
verrassen  
kan dus wel*

*Kijk op [www.sdu.nl/ndfr](http://www.sdu.nl/ndfr) voor het hele verhaal  
van Chris Dijkstra,  
fiscalist bij Visser & Visser Accountants en Belastingadviseurs*

**N|D|F|R**

Platform  
voor fiscaal experts

## Maak fiscaal recht direct toepasbaar met NDFR

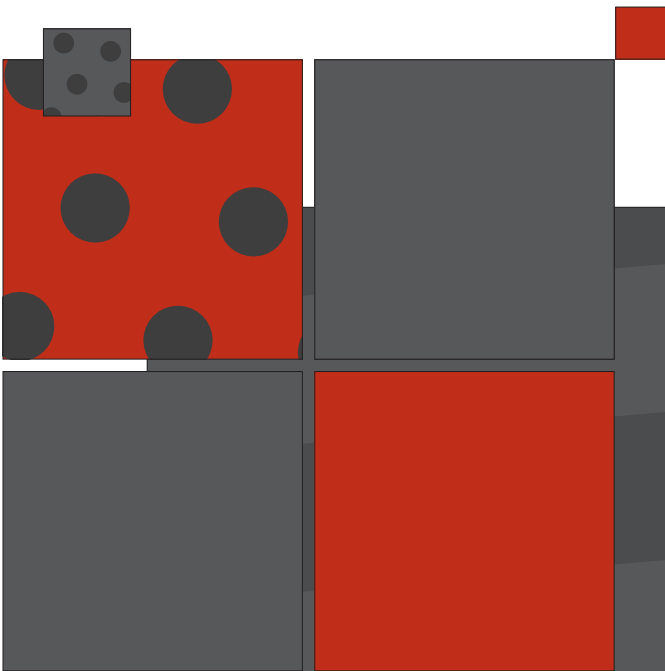
NDFR is hét gebruiksvriendelijke platform voor fiscaal experts. Online beschikbaar en modulair af te nemen. Tot in detail compleet, 100% betrouwbaar en altijd actueel. Voor fiscalisten die met minder geen genoeg nemen. Voor u dus. Zodat u op elk moment en voor elk fiscaal vraagstuk beter dan het beste advies kunt geven. Daar staan meer dan 400 redacteurs en commentatoren elke dag opnieuw garant voor.

Gratis een maand proberen? Bel 070 378 07 75 of kijk op [www.sdu.nl/ndfr](http://www.sdu.nl/ndfr)

**Sdu**

oprecht  
de beste  
keuze





De JOB (Jonge Orde van Belastingadviseurs) is een commissie van de NOB (Nederlandse Orde van Belastingadviseurs). De Commissie Vaktechniek van de JOB organiseert al vele jaren met succes lezingen waarin vooraanstaande deskundigen uit de wetenschap en de praktijk zeer uiteenlopende fiscale onderwerpen behandelen. De lezingen dragen bij aan het verhogen van het vaktechnisch niveau van jonge belastingadviseurs. Deze uitgave bevat verslagen van de lezingen uit 2014.