

LEZINGEN

VAKTECHNIEK

COMMISSIE

2016



de Jonge Orde van Belastingadviseurs
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Lezingen Commissie Vaktechniek 2016

Met bijdragen van:

drs. B.H.C.M. le Blanc MBA

drs. M.H.J. Buur

mr. B. Emmerig

*drs. H.J.A.M. van Gijlswijk, mr. W.W. Monteiro
en L.S. Rijff LL.M.*

mr. M.C. de Graaf en drs. J.F. Jansen

prof. dr. H.W.M. van Kesteren

en mr. F.J. Manzoni-van de Kuilen

dr. C.L. van Lindonk

M.G. Nijhof J.D.

prof.dr. J.L. van de Streek en mr. M.F. Nouwen

Omslag ontwerp: Studio Putto BNO

© 2017, 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.

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). 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). 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 / 7

I De fiscale eenheid anno 2016 / 9

- 1 De Papillon fiscale eenheid / 9
- 2 Wetsvoorstel op de Wet aanpassing fiscale eenheid / 10
- 3 Aandachtspunten / 21

II ATAD: niet bij te houden / 23

III De wet DBA; model of geen model / 27

- 1 Introductie / 27
- 2 Definitie arbeidsrelatie / 27
 - 2.1 Soorten arbeidsrelaties / 28
 - 2.1.1 Arbeidsovereenkomst / 28
 - 2.1.2 Overeenkomst van opdracht / 29
 - 2.1.3 Overeenkomst van aanneming van werk / 29
 - 2.2 Problematiek beoordeling arbeidsrelaties / 30
 - 2.3 Hoge Raad 25 maart 2011 – Gouden Kooi-arrest / 30
 - 2.4 Gevolgen kwalificatie van een arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst / 31
- 3 Wet DBA / 32
 - 3.1 Doelstellingen wet DBA / 32
 - 3.2 Naheffing door de Belastingdienst / 33
 - 3.3 Bescherming voor opdrachtgevers / 34
 - 3.4 Commissie wet DBA / 35
- 4 Afsluiting / 35

IV Fiscale planning met vaste inrichtingen? / 37

- 1 Introductie / 37
- 2 Vaste inrichting en vaste vertegenwoordiger / 38
- 3 Winstallocatie / 40
- 4 BEPS Actiepunt 7 / 40
- 5 Conclusie / 41

| | |
|-------------|---|
| V | De btw-positie van houdstervennootschappen en BidCo's in de praktijk / 43 |
| 1 | Inleiding / 43 |
| 2 | Houdstervennootschappen / 43 |
| 3 | Moeien / 44 |
| 4 | Aftrekrecht / 45 |
| 5 | Praktijk casus 1 / 47 |
| 6 | Praktijk casus 2 / 48 |
| 7 | Praktijk casus 3 / 49 |
| 8 | Conclusie / 50 |
| VI | De (on)mogelijkheden van de nieuwe fiscale eenheid / 51 |
| 1 | Het wetsvoorstel – De kern / 51 |
| 2 | Het wetsvoorstel – Capita selecta / 52 |
| 3 | Enkele internationale ontwikkelingen / 55 |
| VII | Belastingplan 2017: internationale ontwikkelingen, de innovatiebox en de APA/ATR-(ruling)praktijk / 59 |
| 1 | Introductie / 59 |
| 2 | APA/ATR-(ruling)praktijk / 59 |
| 3 | (Inter)nationale ontwikkelingen / 59 |
| VIII | Renteaftrekbeperkingen na het Belastingplan 2017 / 61 |
| 1 | Inleiding / 61 |
| 2 | Overzicht art. 10a Wet VPB 1969 / 61 |
| 2.1 | Winstuitdeling (lid 1, onderdeel a) / 62 |
| 2.2 | Kapitaalstorting (lid 1, onderdeel b) / 62 |
| 2.3 | Verwerving of uitbreiding van een belang (lid 1, onderdeel c) / 62 |
| 2.4 | Tegenbewijsregeling / 63 |
| 3 | Voorgestelde wijzigingen art. 10a en 15ad Wet VPB 1969 / 67 |
| 3.1 | Introductie 'samenwerkende groep' (art. 10a, lid 6) / 68 |
| 3.2 | Bestrijding 'debt pushdown' / 69 |
| 3.3 | Bestrijding misbruik 'gezonde financieringsregeling' / 70 |
| 3.4 | Bestrijding misbruik eerbiedigende werking van per 15 november 2011 bestaande fiscale eenheden / 70 |
| IX | Intangible Property & Tax / 71 |
| 1 | Inleiding / 71 |
| 2 | Why are we discussing IP today? / 71 |
| 3 | Thoughts on defining IP / 72 |
| 4 | The OECD Framework - BEPS Action Items 8 - 10 / 73 |
| 4.1 | Definitional issues / 73 |
| 4.2 | Ownership of Intangibles / 74 |
| 5 | Conclusie / 74 |
| 6 | <i>Inhoudsopgave</i> |

Voorwoord lezingenboekje JOB Commissie Vaktechniek

Geacht JOB-lid, beste lezer,

Het doel van de Commissie Vaktechniek is om met haar lezingen zoveel mogelijk JOB-leden te bereiken; van de jonge specialist die verdere verdieping zoekt tot de beginnende generalist die graag op de hoogte blijft van de fiscale actualiteiten. Concreet heeft de Commissie Vaktechniek van de JOB geprobeerd het lezingenaanbod in 2016 afwisselend te houden. Door de hoeveelheid nationale en internationale ontwikkelingen was aan inspiratie geen gebrek. Wij hebben daarbij het geluk dat de NOB de meest gerenommeerde fiscalisten tot haar leden mag rekenen. Dit maakt het mogelijk alle onderwerpen te laten behandelen door professionals die dicht bij het vuur zitten en hun enthousiasme over het onderwerp goed kunnen overbrengen. Levendige discussies tussen sprekers en JOB-leden gaven de lezingen telkens een interactief karakter, waarbij de sprekers bereid bleken het achterste van hun tong te laten zien.

Dat ons doel is bereikt, lijkt te volgen uit de hoge opkomst bij de lezingen en de enthousiaste reacties die wij op de evaluaties hebben ontvangen. Het wordt gewaardeerd dat de JOB-leden het leuk vinden met ons mee te denken over nieuwe onderwerpen, hetgeen het bereiken van ons doel alleen maar makkelijker maakt.

De besproken onderwerpen zijn door de commissieleden vastgelegd in een (door de spreker goedgekeurd) lezingverslag. Hierbij tref je een bundeling van alle verslagen van 2016, zodat je de bijdragen nog eens na kunt lezen.

Ik wil graag iedereen bedanken die dit jaar heeft bijgedragen aan dit geslaagde lezingenseizoen. Zonder de bijdragen van sprekers, het Bureau NOB, de enthousiaste JOB-leden en uiteraard onze commissieleden, was dit jaar niet zo succesvol geweest.

Het lezingenseizoen 2017 is alweer in volle gang en het belooft een fantastisch jaar te worden. Ook dit keer staat de diversiteit qua onderwerpen en sprekers centraal, opdat ons aanbod op jullie vraag blijft aansluiten. Wij hopen weer velen van jullie te zien!

Namens de Commissie Vaktechniek,
Pieternel van den Brink
voorzitter

I *De fiscale eenheid anno 2016*

| | |
|-----------------------|--|
| <i>Verslaglegger:</i> | <i>mw. mr. J. (Judith) Klapwijk</i> |
| <i>Inleider:</i> | <i>drs. M.H.J. (Marcel) Buur, Loyens & Loeff N.V. en daarnaast docent aan de Universiteit Leiden</i> |
| <i>Datum:</i> | <i>25 februari 2016</i> |

De laatste tijd zijn er behoorlijk wat (voorstellen tot) wijzigingen geweest in het Nederlandse fiscale eenheidsregime, zowel qua jurisprudentie als qua wetgeving. In deze lezing zal eerst aandacht worden besteed aan de Papillon fiscale eenheid. Hierna wordt het wetsvoorstel op de Wet aanpassing fiscale eenheid besproken. Hierbij wordt stilgestaan bij de belangrijkste wijzigingen in het wetsvoorstel ten opzichte van het besluit van 16 december 2014, de wetssystematiek, de topmaatschappij en de tussenmaatschappij. Vervolgens zal het wetsvoorstel aan de hand van een aantal voorbeelden worden besproken. Tot slot wordt kort ingegaan op een tweetal aandachtspunten. Tenzij anders wordt vermeld, betreffen de wetsartikelen waarnaar wordt verwezen artikelen uit de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

1 DE PAPILLON FISCALE EENHEID

Het oorspronkelijk arrest, het Papillon-arrest, is geweest door het HvJ EU op 27 november 2008.¹ In deze zaak ging het om het Franse systeem van fiscale integratie. Dit systeem is tot op zekere hoogte gelijk aan het Nederlandse fiscale eenheidsregime. In dit arrest ging het om een Franse moedermaatschappij die een Franse kleindochtermaatschappij hield via een Nederlandse tussenhoudstermaatschappij. De belastingplichtige deed een beroep op voeging van de Franse moedermaatschappij en de Franse kleindochtermaatschappij. Dit werd geweigerd, omdat destijds – net als in Nederland – de bezitseis gold waarbij alleen uiteindelijk bezit in een binnenlandse maatschappij kwalificeerde. Het HvJ EU heeft hier geoordeeld dat sprake is van een ongerechtvaardigde belemmering van het vrije verkeer van vestiging. De Franse overheid deed een beroep op de rechtvaardigingsgrond van de samenhang van het belastingstelsel, omdat anders sprake zou zijn van het risico van dubbele verliesneming. Het HvJ EU heeft een beroep op deze rechtvaardigingsgrond afgewezen, omdat het risico ook op andere manieren kan worden geadresseerd, bijvoorbeeld door middel van anti-misbruikmaatregelen of flankerende bepalingen. De volledige weigering van de fiscale eenheid werd daarom door het HvJ EU disproportioneel geacht.

1. HvJ EU 27 november 2008, zaak C-418/07 (Papillon).

Nadat het HvJ EU het Papillon-arrest heeft gewezen, is het lang stil geweest aan de kant van de Nederlandse wetgever. De Nederlandse wetgever was namelijk van mening dat het Nederlandse systeem heel anders was dan het Franse systeem. Naar aanleiding van dit stilzwijgen heeft de Europese Commissie op 16 juni 2011 een persbericht gepubliceerd.² In dit persbericht werd de Nederlandse overheid gemaand om het Nederlandse fiscale eenheidsregime aan te passen aan het Papillon-arrest. Zelfs na dit persbericht was de staatssecretaris van Financiën van mening dat het Nederlandse systeem anders was dan het Franse systeem.

Uiteindelijk is hierover geprocedeerd en dit heeft geleid tot het SCA / X AG / MSA-arrest gewezen door het HvJ EU op 12 juni 2014.³ In deze gevoegde zaken ging het zowel om de vraag of een fiscale eenheid mogelijk moest zijn in de situatie waarbij (i) sprake is van twee Nederlandse zustermaatschappijen als de situatie waarbij (ii) sprake is van een Nederlandse moedermaatschappij en een Nederlandse kleindochtermaatschappij. Het HvJ EU heeft op grond van het Papillon-arrest geoordeeld dat een Nederlandse fiscale eenheid in deze situaties moet worden toegestaan indien sprake is van een Europese top- of tussenmaatschappij. Ook in de Nederlandse situatie is daarom sprake van een ongerechtvaardigde belemmering van het vrije verkeer van vestiging. Na verwijzing sluit het Hof Amsterdam zich aan bij het oordeel van het HvJ EU. De slotuitspraak van deze gevoegde zaken is op 11 december 2014 geweest.⁴ Na deze uitspraak van het Hof Amsterdam was het even onduidelijk of de Nederlandse overheid in cassatie zou gaan, maar dit is niet gebeurd. De wetgever heeft ervoor gekozen om het Papillon Besluit van 16 december 2014⁵ uit te vaardigen om vooruit te lopen op het in te dienen wetsvoorstel.

2 WETSVOORSTEL OP DE WET AANPASSING FISCALE EENHEID

Het wetsvoorstel is verschenen op 16 oktober 2015.⁶ Hierbij is nog geen rekening gehouden met de mogelijke impact van het Groupe Steria-arrest op de fiscale eenheidswetgeving.⁷ In de Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt wel gerefereerd aan het Groupe Steria-arrest.⁸ De Nederlandse wetgever heeft namelijk aangegeven dat de impact van het arrest nog niet kan worden ingeschat. Er is daarom voor gekozen om de fiscale eenheidswetgeving wel alvast aan te passen en nadat de impact van het Groupe Steria-arrest duidelijk is, wordt de wetgeving op dit punt alsnog aangepast.

2. Persmededeling Europese Commissie van 16 juli 2011, IP/11/719.

3. HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39/13, zaak C-40/13 en zaak C-41/13 (SCA / X AG / MSA).

4. Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis.

5. Besluit van 16 december 2014, BLKB2014/2137M.

6. Kamerstukken II, 2015-2016, 34 323, nr. 2.

7. HvJ EU 2 september 2015, zaak C-386/14 (Groupe Steria).

8. Kamerstukken II, 2015-2016, 34 323, nr. 3 (MVT).

De belangrijkste wijzigingen in het wetsvoorstel ten opzichte van het Besluit van 16 december 2014 zijn als volgt:

- In het wetsvoorstel wordt expliciet geregeld dat een Papillon fiscale eenheid met een Nederlandse vaste inrichting mogelijk is waardoor allerlei combinaties mogelijk zijn.
- In het wetsvoorstel wordt een Papillon fiscale eenheid ook toegestaan indien sprake is van een topmaatschappij of tussenmaatschappij via meerdere schakels.
- In het wetsvoorstel zijn flankerende bepalingen opgenomen:
 - Dubbele verliesneming bij liquidatie. Stel dat een kleindochtermaatschappij die is gevoegd in een Papillon fiscale eenheid met een moedermaatschappij operationele verliezen maakt. Deze operationele verliezen zullen allereerst ten laste komen van het resultaat van de fiscale eenheid. Daarnaast kan dit verlies potentieel ook worden genomen op de deelneming die de moedermaatschappij houdt in de tussenmaatschappij. In het wetsvoorstel is opgenomen dat indien de waardeverminderingen / het verlies op de deelneming rechtstreeks verband houdt met het verlies van een gevoegde kleindochtermaatschappij dit verlies niet twee keer kan worden genomen.
 - Dubbele verliesneming op schuldvorderingen. Stel dat de moedermaatschappij een lening verstrekt aan de tussenmaatschappij en deze tussenmaatschappij vervolgens een lening verstrekt aan de kleindochtermaatschappij die is gevoegd in een Papillon fiscale eenheid. Ook in dit geval bestaat het risico op dubbele verliesneming op het afwaarderingsverlies van de schuldvordering indien het slecht gaat met de kleindochtermaatschappij die is gevoegd in de Papillon fiscale eenheid. Op deze potentiële dubbele verliesneming wordt later in meer detail ingegaan.
 - Dubbelstelling eigen vermogen voor toepassing 13L. In de situatie dat een Papillon fiscale eenheid wordt gevormd door een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij bestaat het risico op dubbelstelling. Ook hiervoor is in het wetsvoorstel een flankerende bepaling opgenomen.
- In het wetsvoorstel wordt de bezitseis aangepast naar aanleiding van het STAK-arrest⁹ van de Hoge Raad. Onder de huidige regeling is het voor een fiscale eenheid vereist dat een belastingplichtige middellijk of onmiddellijk ten minste 95% van de juridische en economische eigendom van de aandelen in de te voegen Nederlandse maatschappij bezit. De Hoge Raad acht, blijkens het zogenoemde STAK-arrest van 18 juni 2010, voor de bepaling van de juridische eigendom de materiële zeggenschap beslissend. In het wetsvoorstel wordt een aanpassing van voornoemd vereiste voorgesteld op basis waarvan een belastingplichtige voortaan ten minste 95% van de gehele juridische en economische eigendom van de aandelen moet bezitten. De juridische eigendom moet daarbij zowel formeel als materieel berusten bij een of meer belastingplichtigen die deel uitmaken van de fiscale eenheid, dan wel bij een top- of tussenmaatschappij. In de situatie dat (een deel van) de aandelen zijn gecertificeerd, wordt derhalve niet voldaan aan het vereiste dat de gehele juridische en economische eigendom in het bezit is, tenzij de certificering geschiedt via bijvoorbeeld een maatschappij die zelf ook deel uitmaakt van de fiscale een-

9. HR 18 juni 2010, BNB 2010/266.

heid. Voor bestaande situaties wordt een overgangstermijn van twee jaar gegeven. Het is de vraag of ‘geheel’ ook op economisch eigendom ziet. Indien dit het geval is, bestaat het risico dat de fiscale eenheid eindigt indien onder omstandigheden een klein stukje van het economisch eigendom al overgaat op grond van een koopovereenkomst. De NOB heeft hier vragen over gesteld. Hopelijk wordt dit nog duidelijk in de rest van het wetgevingsproces.

- Naar aanleiding van een lopende procedure wordt in het wetsvoorstel een aanpassing van art. 15ag voorgesteld bij de liquidatie van een dochtermaatschappij in het geval de fiscale eenheid bestaat uit uitsluitend een moedermaatschappij en een dochtermaatschappij. Na liquidatie van de dochtermaatschappij is er namelijk geen sprake meer van een fiscale eenheid. Ingevolge art. 15aa is dit wel een beëindiging van de fiscale eenheid, maar geen verbreking. Aangezien art. 15ag aanhaakt bij een verbreking van de fiscale eenheid, is dit artikel in beginsel niet van toepassing in deze situatie. De Hoge Raad heeft echter een helpende hand uitgestoken aan de Nederlandse wetgever door in art. 15ag te lezen dat hieronder ook moet worden begrepen een beëindiging van een fiscale eenheid door liquidatie. Om twijfel te vermijden heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om dit punt specifiek in art. 15ag aan te passen.

Systematiek

Op basis van het wetsvoorstel is een Papillon fiscale eenheid mogelijk via een topmaatschappij en/of een tussenmaatschappij. Een Papillon fiscale eenheid is daarmee dus mogelijk tussen een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij of tussen zustermaatschappijen. De hoofdregel blijft gelijk, namelijk dat de moedermaatschappij ten minste 95% van de aandelen in de dochtermaatschappij moet bezitten (art. 15, lid 2). Wel wordt, zoals hierboven besproken, de bezitsei aangepast. De Papillon fiscale eenheid tussen zustermaatschappijen wordt geregeld in het derde lid. De topmaatschappij dient ten minste 95% van de aandelen te bezitten in twee belastingplichtigen (dit kan ook een vaste inrichting zijn van een buitenlandse entiteit). De toerekening wordt geregeld in het vierde lid. De toerekening geschiedt inclusief middellijk bezit, mits gehouden door (i) een of meer belastingplichtigen die deel uitmaken van de fiscale eenheid, of (ii) een of meer tussenmaatschappijen. Door middel van deze toerekening wordt de Papillon fiscale eenheid tussen een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij mogelijk.

Topmaatschappij

De voorwaarden waaraan een topmaatschappij moet voldoen staan in art. 15, lid 6. Ten eerste moet de topmaatschappij een rechtsvorm hebben van een nv, bv, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of een daarmee naar aard en inrichting vergelijkbaar buitenlands lichaam (de rechtsvormeis). Wat dient te worden verstaan onder een vergelijkbaar buitenlands lichaam is geregeld in art. 2, lid 4, Besluit Fiscale Eenheid. Ten tweede moet de topmaatschappij zijn gevestigd in een EU/EER-lidstaat volgens de fiscale wetgeving van de desbetreffende lidstaat (de vestigingsplaatsei).

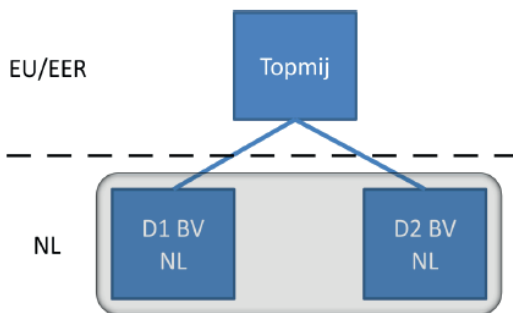
Ten derde moet de topmaatschappij in de lidstaat van vestiging, zonder keuzemogelijkheid en zonder ervan te zijn vrijgesteld, onderworpen zijn aan een belasting naar winst (de onderworpenheidseis). Op deze derde voorwaarde, de onderworpenheidseis, is kritiek gekomen, omdat nergens staat dat deze vereist is. Hierover zijn ook vragen gesteld door de NOB. Ten vierde mag de topmaatschappij geen onderneming drijven in Nederland met behulp van een vaste inrichting. In dit laatste geval is namelijk een fiscale eenheid mogelijk op basis van de hoofdregel (art. 15, lid 8). Op basis van de huidige wetgeving is het vereist dat de aandelen in de dochtermaatschappij toerekenbaar zijn aan het vermogen van de vaste inrichting van de moedermaatschappij. Deze voorwaarde wordt geschrapt voor EU/EER-situaties. Let wel, deze voorwaarde geldt derhalve nog wel ten aanzien van derde landen. Tot slot, de topmaatschappij zal geen deel uitmaken van de fiscale eenheid.

Tussenmaatschappij

De voorwaarden waaraan een tussenmaatschappij moet voldoen zijn geregeld in art. 15, lid 5. De tussenmaatschappij moet de rechtsvorm hebben van een nv, bv of een daarmee naar aard en inrichting vergelijkbaar buitenlands lichaam (de rechtsvormeis). Daarnaast moet de tussenmaatschappij ook voldoen aan de vestigingsplaatseis en de onderworpenheidseis. Ook voor de tussenmaatschappij geldt dat deze maatschappij geen onderneming in Nederland mag drijven met behulp van een vaste inrichting. De maatschappij kwalificeert in dat geval niet als tussenmaatschappij en er wordt teruggevallen op de hoofdregel. Ook de tussenmaatschappij maakt geen deel uit van de fiscale eenheid.

Voorbeelden

Voorbeeld 1

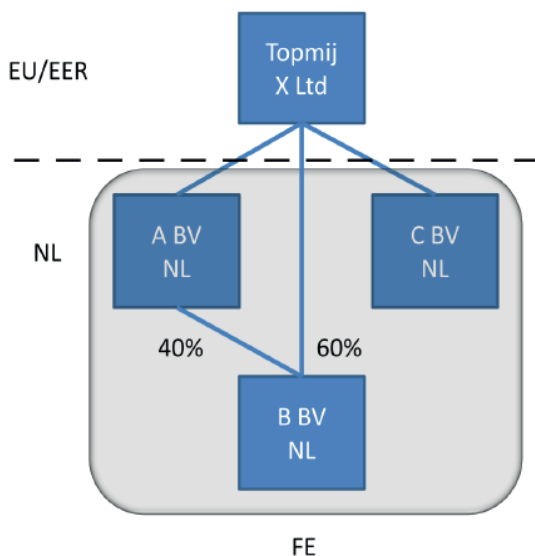


In deze situatie kan een Papillon fiscale eenheid worden gevormd. Een van de twee zustermaatschappijen moet als moedermaatschappij van de fiscale eenheid optreden. Door de vorming van een fiscale eenheid vindt er een optelling van beide balansen, en daarmee een optelling van het fiscaal eigen vermogen, plaats. Dit leidt tot een onbelaste vermogenssprong bij de aangewezen moedermaatschappij.

Stel dat het voornemen bestaat om een acquisitie te doen. In Nederland zijn twee zustermaatschappijen gevestigd. De mogelijkheid bestaat om de acquisitie

te doen via een Nederlands acquisitie vehicle gevolgd door voeging in fiscale eenheid of via een buitenlands acquisitie vehicle gevolgd door een Papillon fiscale eenheid. Wat zijn hier de aandachtspunten? Indien de zustermaatschappijen deelnemingen houden, zou hier een 13L probleem kunnen ontstaan. Er kan namelijk sprake zijn van een goodwillgat na de voeging in fiscale eenheid door de vermindering van het eigen vermogen. Wellicht heeft een buitenlands acquisitie vehicle daarom in deze situatie de voorkeur. Bij een internationale overname kan het nu dus interessant zijn om juist niet te kiezen voor een binnenlands acquisitie vehicle.

Voorbeeld 2



Een zustermaatschappij waarvan de aandelen deels worden gehouden door een andere fiscale eenheidsmaatschappij kan wel worden gevoegd, maar kan niet als moedermaatschappij worden aangewezen. Dit is een aanvullende voorwaarde. In dit voorbeeld houdt A bv 40% van de aandelen in B bv. B bv mag daarom niet als moedermaatschappij worden aangemerkt. Voor deze aanvullende voorwaarde is wellicht gekozen, omdat anders op de geconsolideerde balans een ‘minderheidsbelang derden’ komt te staan, alhoewel een toelichting ontbreekt. Echter, indien twee zustermaatschappijen – die een fiscale eenheid wensen aan te gaan – aandelen in elkaar bezitten, staat het de zustermaatschappijen vrij om te kiezen welk lichaam als moedermaatschappij wordt aangewezen.

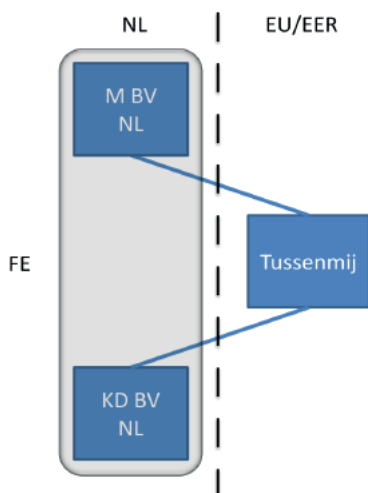
Keuze moedermaatschappij

Een van de zustermaatschappijen moet worden aangemerkt als moedermaatschappij van de fiscale eenheid. De keuze moet uiterlijk bij de aangifte worden gemaakt. Dit is een onherroepelijke keuze. Let hierbij op de rechtsvorm, een moedermaatschappij kan uitsluitend een nv, bv of daarmee vergelijkbaar

lichaam zijn. Het is dus niet mogelijk om een Papillon fiscale eenheid te vormen tussen twee coöperaties / onderlinge waarborgmaatschappijen. Dit komt overeen met de binnenlandse situatie. De wetgever is over het algemeen heel terughoudend geweest met de ruimte van de wetgeving.

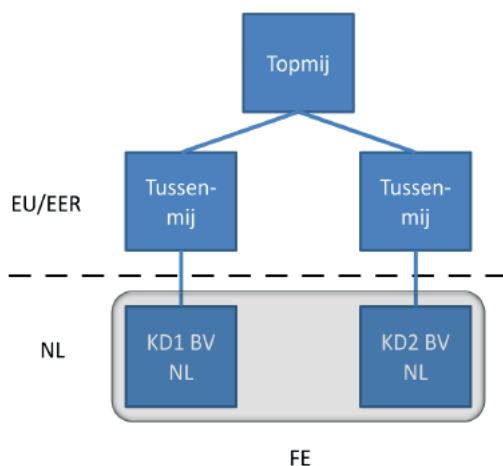
De keuze van de moedermaatschappij heeft allereerst gevolgen voor de aangifteplicht; de moedermaatschappij doet aangifte voor de Papillon fiscale eenheid. De moedermaatschappij sluit op grond van art. 7, lid 4, wel haar boekjaar. Ter voorkoming van mogelijke onduidelijkheid is expliciet geregeld dat de aangewezen moedermaatschappij, net als voor dochtermaatschappijen geldt, direct voorafgaande aan de totstandkoming van de fiscale eenheid haar boekjaar afsluit. Dit leidt tot een extra boekjaar voor de verliesverrekening en daarmee tot potentiële verliesverdamping. Hieruit blijkt ook dat de beide zustermaatschappijen als dochtermaatschappijen worden behandeld. Daarnaast is de keuze van de moedermaatschappij van belang bij de ontvoeging van de moedermaatschappij uit de fiscale eenheid. Indien de moedermaatschappij namelijk wordt ontvoegd, eindigt de fiscale eenheid met alle gevolgen van dien (denk hierbij aan art. 15ai, art. 15af, art. 15ab en art. 15aj). De keuze van de moedermaatschappij heeft ook gevolgen voor de impact van art. 13L. Bij voorkeur wordt de maatschappij met deelnemingen als moedermaatschappij aangemerkt. De voeging en ontvoeging van een dochtermaatschappij wordt namelijk aangemerkt als een reorganisatie (art. 6 en art. 4 13L-Besluit), terwijl de voeging van een moedermaatschappij niet wordt aangemerkt als een reorganisatie voor de toepassing van art. 13L. Het potentiële nadeel van een reorganisatie bestaat uit een step down van de kwalificerende verkrijgingsprijs doordat wordt gekeken naar de eerste verkrijging van de deelneming door het concern. Daarnaast kunnen ook de activiteitentoets en de financieringstoets tot een verlaging van de kwalificerende verkrijgingsprijs leiden.

Voorbeeld 3



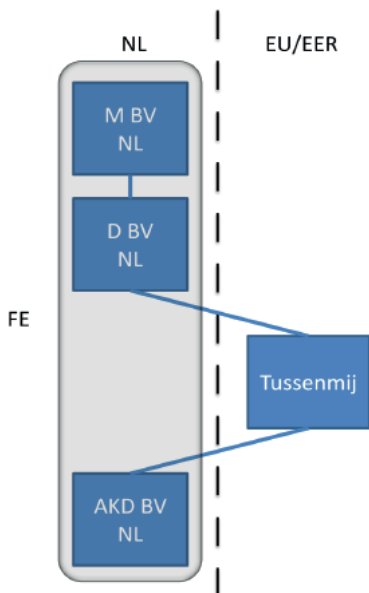
Hier wordt voldaan aan alle voorwaarden. De vraag is wat de gevolgen zijn van de voeging tussen M bv en KD bv. Op het belang van M bv in de tussenmaatschappij blijft de deelnemingsvrijstelling van toepassing en de waardering van de deelneming blijft gelijk. Ook hier is sprake van een onbelaste vermogenssprong. Aangezien de deelneming in de tussenmaatschappij bij de moedermaatschappij op de balans blijft staan, is in deze situatie geen sprake van een potentieel goodwillgat. De vraag wordt gesteld of dit gebruikt kan worden voor planning ten aanzien van art. 13L. Rechtstreekse voeging zal immers leiden tot een potentieel goodwillgat. Voor deze situatie is echter een flankerende bepaling opgenomen. Het eigen vermogen wordt gecorrigeerd door het laagste van (i) het eigen vermogen van de kleindochtermaatschappij en (ii) het kwalificerend deel van de verkrijgingsprijs van de deelneming in de tussenmaatschappij voor de toepassing van art. 13L. De achtergrond van deze bepaling wordt nauwelijks toegelicht in de MvT.

Voorbeeld 4



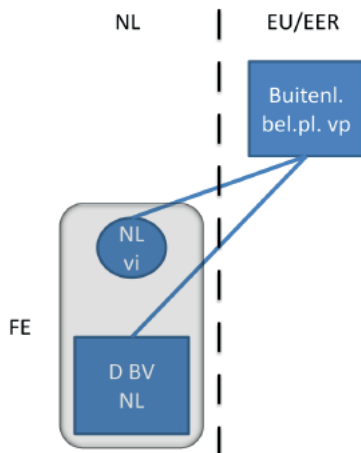
Deze situatie was nog niet goed geregeld in het Besluit van 16 december 2014. Op basis van het wetsvoorstel is het wel mogelijk om een Papillon fiscale eenheid te vormen in deze situatie. Hierbij is het wel vereist dat beide maatschappijen onder de topmaatschappijen kwalificeren als tussenmaatschappij.

Voorbeeld 5



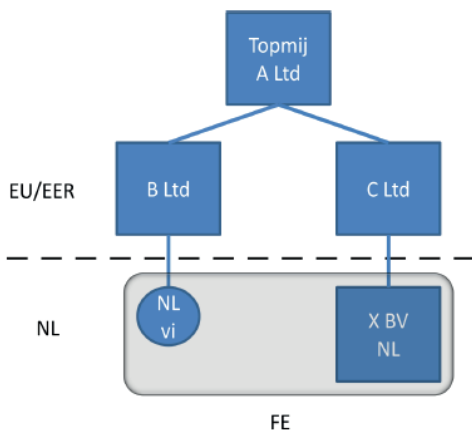
De vraag wordt gesteld of in deze situatie een Papillon fiscale eenheid kan worden gevormd en als dit het geval is, welke maatschappijen kunnen dan een Papillon fiscale eenheid vormen? Er mag vanuit worden gegaan dat aan alle voorwaarden wordt voldaan. De bestaande systematiek van de fiscale eenheid is zoveel mogelijk gehandhaafd. De in Nederland gevestigde maatschappijen (en buitenlandse maatschappijen met een Nederlandse vaste inrichting) moeten een ononderbroken keten vormen, die slechts onderbroken mag worden door een tussenmaatschappij. Dit betekent in deze situatie dat er geen Papillon fiscale eenheid kan worden gevormd tussen M bv en AKD bv zonder D bv. D bv kwalificeert namelijk niet als tussenmaatschappij en er moet een ononderbroken keten worden gevormd.

Voorbeeld 6



De aandelen van D bv behoren niet tot het vermogen van de vaste inrichting. De vraag wordt gesteld of hier een Papillon-fiscale eenheid kan worden gevormd. Dit is niet het geval. De buitenlandse belastingplichtige met een vaste inrichting kan namelijk niet als topmaatschappij worden aangemerkt. Er kan daarom geen zuster fiscale eenheid worden gevormd. In dat geval wordt teruggevallen op de hoofdregel. Op basis van de huidige wetgeving kan alleen een fiscale eenheid gevormd worden als de aandelen in D bv toerekenbaar zijn aan de Nederlandse vaste inrichting, maar dit is in het wetsvoorstel voor EU/EER-situaties versoepeld. In dit geval kan daarom een fiscale eenheid worden gevormd. Indien de buitenlandse belastingplichtige buiten de EU/EER is gevestigd, is dit niet mogelijk.

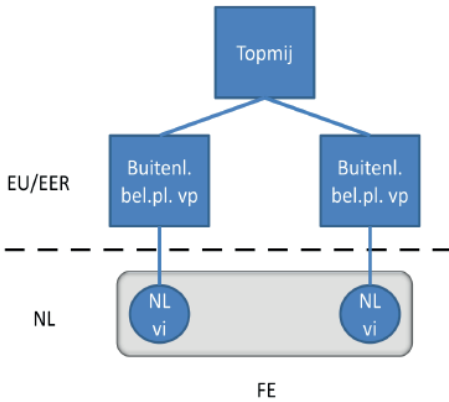
Voorbeeld 7



Wederom wordt de vraag gesteld of in dit geval een Papillon fiscale eenheid gevormd kan worden. Dit is het geval. Voor wat betreft de

moedermaatschappij heeft men dan de keuze tussen B Ltd., voor zover het de vaste inrichting betreft, en de in Nederland gevestigde X bv aangezien in deze situatie B Ltd. geen aandelen in X bv houdt.

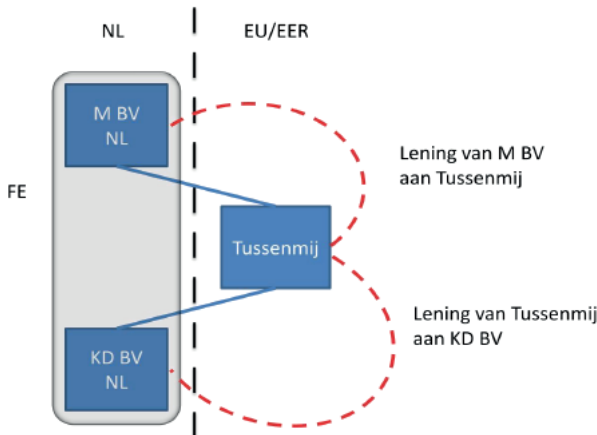
Voorbeeld 8



De vraag wordt gesteld of een Papillon fiscale eenheid gevormd kan worden tussen de vaste inrichtingen van de twee buitenlandse belastingplichtigen. Dit is het geval. De buitenlands belastingplichtige vennootschappen kunnen voor wat betreft deze zuster-vaste inrichtingen, onder voorwaarden, een fiscale eenheid aangaan waarbij één van de twee buitenlandse belastingplichtige vennootschappen als moedermaatschappij wordt aangewezen.

Dubbele verliesneming

Voorbeeld 9



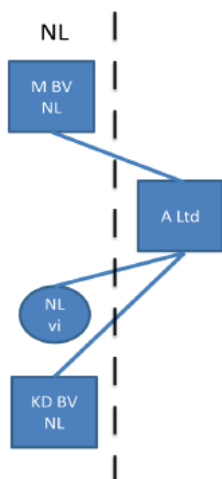
De mogelijkheid om een fiscale eenheid te vormen via een niet in Nederland gevestigde tussenmaatschappij of topmaatschappij zou,

zonder nadere voorziening, kunnen leiden tot dubbele verliesneming in Nederland. Gedacht kan worden aan de situatie waarbij een in Nederland gevestigde moedermaatschappij M bv en een via een tussenmaatschappij gehouden in Nederland gevestigde kleindochtermaatschappij KD bv samen een fiscale eenheid vormen. M bv verstrekt een lening aan de tussenmaatschappij, die op haar beurt de verkregen middelen doorleent aan KD bv. Vervolgens wordt KD bv verlieslatend. De verliezen van KD bv worden binnen de fiscale eenheid verrekend met de winsten van M bv. Als gevolg van de omstandigheid dat KD bv verlieslatend is, kan de tussenmaatschappij haar vordering op KD bv in waarde zien verminderen. Dit kan dan eveneens consequenties hebben voor de vermogenspositie van de tussenmaatschappij. Dit zou weer tot gevolg kunnen hebben dat de vordering van M bv op de tussenmaatschappij eveneens in waarde vermindert. Als M bv de vordering op de tussenmaatschappij afwaardeert, komt het verlies van KD bv in feite tweemaal ten laste van de winst van de fiscale eenheid. Een vergelijkbare situatie kan zich voordoen bij een vordering op een topmaatschappij of op een buitenlands belastingplichtige die deel uitmaakt van dezelfde fiscale eenheid.

Om dubbele verliesneming in de hiervoor genoemde situaties te voorkomen wordt een regeling voorgesteld die bewerkstelligt dat de vordering op de tussenmaatschappij, de topmaatschappij of de buitenlandse belastingplichtige die deel uitmaakt van dezelfde fiscale eenheid, in voorkomende gevallen niet kan worden afgewaardeerd ten laste van de winst van de fiscale eenheid.

Hetzelfde geldt in geval van liquidatie. Ook dit leidt namelijk tot een potentieel dubbele verliesneming: eenmaal via de fiscale eenheid en eenmaal via de liquidatieverliesregeling. In de liquidatieverliesregeling wordt daarom opgenomen dat het opgeofferde bedrag voor de deelneming in de tussenmaatschappij wordt vermindert voor zover het verlies toerekenbaar is aan de kleindochtermaatschappij die gevoegd is in de fiscale eenheid.

Voorbeeld 10



In dit voorbeeld kwalificeert A Ltd. niet als tussenmaatschappij, omdat een tussenmaatschappij geen onderneming in Nederland mag drijven met behulp van een vaste inrichting. Er is daarom geen Papillon fiscale eenheid mogelijk tussen M bv en KD bv. Er is wel een fiscale eenheid mogelijk tussen M bv, A Ltd. en KD bv. Overigens is in deze situatie ook een fiscale eenheid mogelijk tussen alleen M bv en A Ltd. of alleen A Ltd. en KD bv.

3 AANDACHTSPUNTEN

Non-EU/EER-situaties

Op basis van het wetsvoorstel kan geen Papillon fiscale eenheid gevormd worden indien de topmaatschappij of tussenmaatschappij buiten de EU/EER is gevestigd. Het is mogelijk om in deze situaties een fiscale eenheid aan te vragen met een beroep op de non-discriminatiebepaling van een verdrag.

De top- of tussenmaatschappij moet dan wel in een derde land zijn gevestigd waar Nederland een verdrag mee heeft gesloten waarin een non-discriminatiebepaling is opgenomen.

Er kan worden gesteld dat in deze situaties namelijk zwaardere eisen worden gesteld aan de aandeelhouder dan ten opzichte van de binnenlandse situaties of EU/EER-situaties. In deze gevallen zou ook een Papillon fiscale eenheid mogelijk moeten zijn. Dit is ook van toepassing op indirect gehouden belangen en de vestigingsplaats van de tussenschakels is niet relevant, zelfs niet indien dit geen verdragsland betreft. Hiervoor dient een verzoek ter behoud van rechten te worden ingediend en kan worden aangesloten bij de lopende bezwaarprocedures.

Voorgaande is bevestigd in de jurisprudentie. In het arrest *Felixstowe* dat is gewezen door het HvJ EU op 1 april 2014¹⁰ is dit bijvoorbeeld expliciet naar voren gebracht. In dit arrest is dit niet geadresseerd, maar dit is wel uitgeprocedeerd. Daarnaast is het bevestigd in het arrest *FCE* van het UK Court of Appeal van 17 oktober 2011.¹¹ Dit arrest betrof de regeling van group relief waarbij de tussenmaatschappij niet in een EU-land was gevestigd. Tot slot heeft ook de Hoge Raad hierover geoordeeld op 23 december 1993.¹² Deze zaak ging over de reorganisatievrijstelling van de overdrachtsbelasting. Ook in deze zaak is expliciet bevestigd dat Nederland onder omstandigheden toegang tot de reorganisatievrijstelling moest verlenen in de situatie van een aandeelhouder in een verdragsland.

Groupe Steria

Daarnaast is in de *Groupe Steria*¹³-zaak door het HvJ EU de per-elementbenadering toegewezen. De per-elementbenadering betekent dat op specifieke voordelen van de fiscale eenheid een beroep kan worden gedaan, zonder vorming van een grensoverschrijdende fiscale eenheid. Dit kan een potentieel grote impact hebben, ook voor het Nederlandse fiscale eenheidsregime.

10. HvJ EU 1 april 2014, zaak C-80/12 (*Felixstowe*).

11. UK Court of Appeal 17 oktober 2011, A3/2011/3302 (*FCE*).

12. HR 23 december 1993, *BNB* 1993/71.

13. HvJ EU 2 september 2015, zaak C-386/14 (*Groupe Steria*).

II ATAD: niet bij te houden

Verslaglegger: drs. H. (Henk) Bergman

Inleiders: prof. dr. J.L. (Jan) van de Streek, Loyens & Loeff en daarnaast hoogleraar fiscaal concernrecht aan de Universiteit van Amsterdam en mr. M.F. (Martijn) Nouwen, promovendus aan het Amsterdam Center for Tax Law van de UvA, EY

Datum: 20 april 2016

Op 20 april 2016 hielden Van de Streek en Nouwen de lezing ‘The Rise of the EU Anti-Tax Avoidance Directive’. Een klein jaar later, bij de verzameling van de teksten voor dit jaarboekje, vond de Commissie Vaktechniek van de JOB het – na overleg met de sprekers – weinig zinvol een verslag van de lezing te publiceren. Reden: de ontwikkelingen rond de Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) zijn het afgelopen jaar zo snel gegaan dat wat toen actueel was nu achterhaald is. In plaats van het verslag van de lezing daarom een korte weergave van de stand van zaken rond de ATAD anno april 2017.

Op het tijdstip van de lezing onderhandelden de lidstaten nog over de precieze inhoud van de EU anti-belastingontwijkingsrichtlijn. Op 20 juni 2016 nam de Ecofinraad de richtlijn definitief aan. Deze bevat de volgende minimummaatregelen tegen belastingontwijking:

- een renteaftrekbeperring in de vorm van een ‘earnings strippingregeling’;
- exitheffingen voor situaties waarbij activa met meerwaarden vanuit een lidstaat worden overgedragen naar een vaste inrichting in een ander land of waarbij de feitelijke leiding vanuit een lidstaat naar een ander land wordt verplaatst;
- een algemene anti-misbruikmaatregel (GAAR) die ervoor zorgt dat belastingdiensten structuren mogen negeren die geen economische realiteit hebben, maar die bedoeld zijn om belastingvoordeel te behalen dat niet verenigbaar is met het doel van de regeling;
- CFC-regels voor laagbelaste beleggingsmaatschappijen en laagbelaste vaste inrichtingen; en
- regels over hybride mismatches tussen lidstaten.

De lidstaten moeten de voorstellen uiterlijk 31 december 2018 in hun nationale wetgeving hebben opgenomen; de regels treden in werking vanaf 1 januari 2019. Voor de verplichte exitheffing gelden respectievelijk de data 31 december 2019 en 1 januari 2020. Voor de renteaftrekbeperring is een bijzondere overgangsclo-

sule van kracht voor nationale regels die even effectief zijn als de voorgestelde bepalingen; deze speciale clausule eindigt uiterlijk op 1 januari 2024.

CFC-regeling

Terugkijkend op de snelle ontwikkelingen van het afgelopen jaar constateert Van de Streek dat de lidstaten er in elk geval op één onderdeel niet zijn uitgekomen. 'Dat is de CFC-regeling. Het lukte al niet bij BEPS 3. Het definitieve OESO-actierapport van oktober 2015 over de CFC-regeling had de meest lage consensusgraad die je kunt bedenken. Tekenend was het feit dat men het niet eens was geworden over de vraag hoe het CFC-inkomen moet worden berekend; dat is zo ongeveer de belangrijkste bouwsteen van de regeling.'

Keuze maken

Maar in de ATAD zijn de EU-lidstaten dus niet veel verder gekomen, moet hij concluderen. 'Daarbij speelt met name het punt dat er geen keuze is gemaakt tussen twee soorten maatregelen: een regeling die passief inkomen, verdiend over de grens, daadwerkelijk oppakt en transporteert naar het moederland of een maatregel die niet verder gaat dan de reguliere transfer pricingregels. Het resultaat is dat de hele CFC-problematiek weer op tafel komt bij het lopende CC(C)TB-debat – wat alleen maar verder uitstel van besluitvorming betekent. Tekenend voor de situatie is het onderzoek dat ik samen met promovendus Martijn Nouwen doe naar de gang van zaken rond de ATAD. Daarbij doen we veelvuldig een beroep op de Europese WOB-regeling. Dozen vol met documenten werden op de universiteit afgeleverd, alleen veel van de CFC-stukken kregen we niet – met name niet die van het Verenigd Koninkrijk. Dat kwam omdat het CFC-dossier nog niet als *closed* wordt aangemerkt; het gaat om een *ongoing discussion*, waarover geen documenten worden verstrekt. Men beseft dus dat het laatste woord nog lang niet is gesproken.'

Nederland

Hoe zal Nederland reageren? Hij wijst op de motie die PvdA-Kamerlid Groot op 16 november 2016 met enig geluk – een ander Kamerlid week bewust of onbewust af van zijn reguliere stemgedrag, wat de doorslag gaf – aangenomen kreeg. 'Daarin staat dat Nederland uit de twee opties die de richtlijn geeft om te bepalen welk inkomen uit een CFC in de grondslag van de belastingplichtige in de Europese lidstaat moet worden betrokken moet kiezen voor model A of een variant daarvan: de vergaande aanpassing. Daarmee wordt beoogd het kabinet te bewegen in elk geval meer tegen belastingontwijking te doen dan het in de lucht houden van een juist functionerend verrekenprijssysteem. Het is afwachten of de regering met deze motie meegaat, mede omdat die door de 'oude' Kamer is aangenomen. De staatssecretaris heeft toegezegd in het najaar met een reactie te komen.'

ATAD 2

Op 21 februari 2017 werd in de Ecofinraad een akkoord bereikt over de wijziging van de ATAD voor de aanpak van hybride mismatchstructuren. De gewijzigde richtlijn, de ATAD 2 dus, regelt het neutraliseren van hybride mismatches tussen EU-lidstaten en landen buiten de EU. Vanuit de NOB is aangegeven dat

die neutralisatie wel eens heel vervelend kan uitpakken voor het Nederlandse vestigingsklimaat en de binnenlandse werkgelegenheid. Met name Amerikaanse multinationals in Nederland worden door de neutralisatie getroffen, omdat deze het einde betekent voor de in Nederland populaire en vaak gehanteerde cv/bv-structuur. De implementatiedatum van de ATAD 2 is 1 januari 2020.

Fiscale Conferentie

De NOB organiseerde op 13 en 14 maart een Fiscale Conferentie met als thema 'ATAD en ATAD 2'. Een kort verslag van die conferentie is verschenen in het *Weekblad fiscaal recht* (WFR 7193 (26 mei 2017)).

III *De wet DBA; model of geen model*

Verslaglegger: mw. I. (Ingeborg) Bloem MSc

Inleider: mr. B. (Boris) Emmerig, Holla Advocaten en daarnaast raadsheerplaatsvervanger bij de Belastingkamer van Hof Amsterdam en als docent verbonden aan de Specialisatieopleiding Arbeidsrecht van het Leids Juridisch PAO, de beroepsopleiding van de Nederlandse Orde van Advocaten en LexLumen

Datum: 31 mei 2016

1 INTRODUCTIE

De Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (wet DBA) is per 1 mei 2016 in werking getreden. Met de invoering van de wet DBA is er per dezelfde datum een einde gekomen aan het systeem verklaring arbeidsrelatie (VAR)¹⁴. De staatssecretaris van Financiën is van mening dat de VAR-systematiek slecht handhaafbaar is en dat de vervanging van de VAR door de wet DBA de balans herstelt in verantwoordelijkheden tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. In deze lezing bespreekt Emmerig de wet DBA door in te gaan op diverse aspecten van de wet, alsmede op een aantal specifieke aandachtspunten zoals de kenmerken van een arbeidsovereenkomst en een overeenkomst van opdracht. Emmerig bespreekt vervolgens de problematiek rondom de wet DBA en hij bespreekt een aantal alternatieven om met deze problematiek in de praktijk om te gaan.

2 DEFINITIE ARBEIDSRELATIE

De kwalificatie van de aard van een arbeidsrelatie is bepalend voor of al dan niet loonbelasting en premieheffingen moeten worden ingehouden op het inkomen dat wordt verkregen uit de arbeidsrelatie. De VAR¹⁵ gaf zelfstandigen de mogelijkheid om (vooraf) goedkeuring te verkrijgen van de Belastingdienst omtrent de kwalificatie van de aard van een arbeidsrelatie, onafhankelijk of de werkzaamheden werden uitgevoerd als eenmanszaak (VAR-wuo), dan wel via een vennootschap (VAR-dga). Op basis van de VAR-systematiek besliste de inspecteur over de kwalificatie van de aard van een arbeidsrelatie bij een voor bezwaar vatbare beschikking (VAR), waardoor zekerheid vooraf werd verkregen of loonbelasting en premieheffingen moesten worden ingehouden door de inhoudingsplichtige op het inkomen dat werd verkregen uit een bepaalde arbeidsrelatie.

14. Art. 6a Wet LB 1964 (vervallen).

15. Art. 3.156 en art. 3.157 Wet IB 2001 (vervallen).

2.1 Soorten arbeidsrelaties

Ondanks de afschaffing van de VAR, blijft de kwalificatie van de aard van een arbeidsrelatie bepalend voor het vaststellen van de arbeidsrechtelijke - en fiscale consequenties. Ingevolge de Wet op de loonbelasting 1964 (Wet LB 1964)¹⁶ wordt namelijk onder de naam ‘loonbelasting’ een directe belasting geheven van werknemers of hun inhoudingsplichtige, van artiesten, van beroepssporters, van buitenlandse gezelschappen en van bij of krachtens deze wet aan te wijzen andere personen. Het begrip ‘werknemer’ is gedefinieerd in de Wet LB 1964. Op basis van de Wet LB 1964 is er sprake van een werknemer indien een natuurlijk persoon tot een inhoudingsplichtige in privaatrechtelijke of in publiekrechtelijke dienstbetrekking staat of van een inhoudingsplichtig loon geniet uit een vroegere privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking van hemzelf of van een ander¹⁷. De term ‘dienstbetrekking’ is echter niet gedefinieerd in de Wet LB 1964 en hiervoor dient er te worden aangesloten bij het civiele begrip ‘arbeidsovereenkomst’.

In essentie dient derhalve de term ‘arbeidsrelatie’ civielrechtelijk te worden gekwalificeerd, om te beoordelen of er sprake is van een dienstbetrekking. Het juridisch kader van de term arbeidsrelatie wordt niet gegeven in de fiscale wetgeving, maar staat omschreven in het Burgerlijk Wetboek (BW). Op basis van het BW dient er onderscheid te worden gemaakt tussen de volgende drie soorten arbeidsrelaties.



2.1.1 *Arbeidsovereenkomst*

Onder privaatrechtelijke dienstbetrekking in de zin van de Wet LB 1964 moet de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht worden verstaan. De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt, in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Naar burgerlijk recht¹⁸ is er sprake van een arbeidsovereenkomst indien er wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

16. Art. 1 Wet LB 1964.

17. Art. 2 Wet LB 1964.

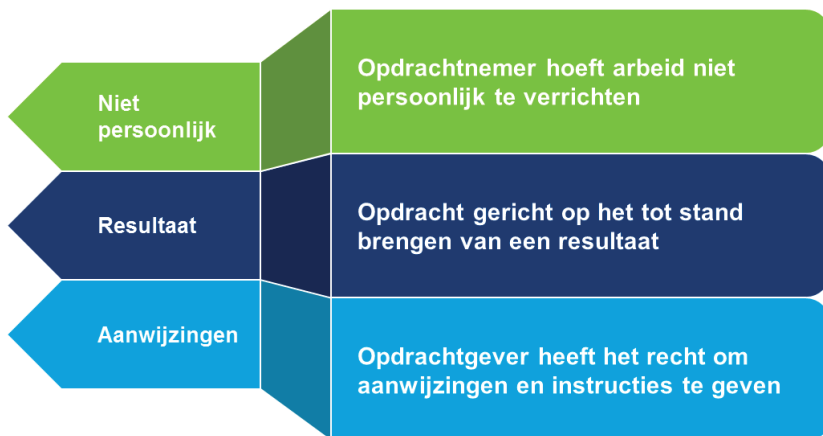
18. Art. 7:610 BW.



2.1.2 *Overeenkomst van opdracht*

Naar burgerlijk recht¹⁹ is er sprake van een overeenkomst van opdracht indien sprake is van een overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.

De kenmerken van de overeenkomst van opdracht kunnen samenvattend als volgt worden weergegeven:



2.1.3 *Overeenkomst van aanneming van werk*

De overeenkomst van aanneming van werk kent twee kenmerkende elementen²⁰. Allereerst dient er sprake te zijn van het tot stand brengen van een bepaald werk van stoffelijke aard. Vervolgens is vereist dat werkzaamheden die verband houden

19. Art. 7:400 BW.

20. Art. 7:750 BW.

met het tot stand komen van een bepaald werk van stoffelijke aard worden verricht tegen een bepaalde prijs.

2.2 Problematiek beoordeling arbeidsrelaties

Voor het bepalen van de fiscale gevolgen van een arbeidsrelatie, is de kwalificatie van de arbeidsrelatie naar burgerlijk recht vereist. Emmerig schetst vervolgens de problematiek in de praktijk om de aard van een arbeidsrelatie te kwalificeren als arbeidsovereenkomst of een opdracht van arbeid. Essentieel verschil tussen de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht betreft het vereiste van een gezagsverhouding. Een gezagsverhouding kan worden aangenomen als de opdrachtgever met betrekking tot de werkzaamheden in principe opdrachten en aanwijzingen kan geven die de opdrachtnemer dient op te volgen. Bij een overeenkomst van opdracht mag een opdrachtgever eveneens aanwijzingen en instructies geven, echter enkel ten aanzien van het resultaat. De opdrachtgever is derhalve niet gerechtigd om aanwijzingen en instructies te geven ten aanzien van de uitvoering van de werkzaamheden die verband houden met de arbeidsrelatie.

Emmerig concludeert dat de vereisten van een gezagsverhouding en de beperkte aanwijzingsbevoegdheid nauw met elkaar zijn verbonden, waardoor er verwarring kan ontstaan bij het aantonen van deze vereisten in de praktijk. Er wordt door de wetgever geen duidelijke grens getrokken waar de beperkte aanwijzingsbevoegdheid ophoudt voor het aantonen van een overeenkomst van opdracht en wanneer de gezagsverhouding aanvangt voor het aantonen van een arbeidsovereenkomst.

2.3 Hoge Raad 25 maart 2011 – Gouden Kooi-arrest

Belanghebbende Natasia nam deel aan het spelprogramma ‘De Gouden Kooi’ van Talpa. Talpa en Natasia hebben een overeenkomst van opdracht afgesloten, op basis waarvan Natasia iedere maand dat zij in de Gouden Kooi doorbracht een vast bedrag kreeg. Nadat Natasia is weggestemd uit de Gouden Kooi heeft zij de Gouden Kooi moeten verlaten en heeft zij vervolgens bij het UWV een WW-uitkering aangevraagd. De WW-uitkering is door het UWV geweigerd, omdat er een overeenkomst van opdracht is afgesloten in plaats van een arbeidsovereenkomst. Natasia is vervolgens gaan procederen en de Centrale Raad van Beroep (CRvB) heeft geoordeeld dat belanghebbende tot Talpa in privaatrechtelijke dienstbetrekking stond. In cassatie stelt de Hoge Raad dat voor de vraag of belanghebbende tot Talpa in een zodanige privaatrechtelijke dienstbetrekking stond, maatgevend is of tussen beiden sprake was van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. Daarbij heeft de Hoge Raad²¹ geoordeeld dat acht moet worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien, en dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar dient ook acht te worden geslagen

21. HR 25 maart 2011, nr. 10/02146.

op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.

Opvallend aan dit arrest is dat de fiscale kamer van de Hoge Raad heeft geoordeeld dat er aansluiting moet worden gezocht bij civielrechtelijke jurisprudentie voor de uitleg van het begrip ‘arbeidsovereenkomst’. Er dient niet enkel mathematisch te worden beoordeeld of er op basis van de rechten en verplichtingen wordt voldaan aan de drie vereisten van een arbeidsovereenkomst, maar er dient ook te worden gekeken naar de bedoeling van partijen, of partijen in de uitvoering van de afspraken hebben gehandeld conform de bedoeling van partijen en er wordt gekeken naar de maatschappelijke positie van partijen.

Emmerig spreekt van een holistische benadering van civielrechtelijke rechters bij de beoordeling of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Niet een element opzichzelfstaand is beslissend in een zaak, het totaalbeeld is beslissend. Dit volgt eveneens uit de PostNL-jurisprudentie, waarin kantonrechters in twaalf opzichzelfstaande zaken uitspraak hebben gedaan over de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Door middel van de holistische benadering van de kantonrechters bij de beoordeling of er sprake is van een arbeidsovereenkomst ten aanzien van de twaalf pakketbezorgers bij Post-NL, wijken de uitspraken onderling van elkaar af. Bij de beoordeling van een arbeidsrelatie moet namelijk – ingevolge de holistische, dan wel arbeidsrechtelijke benadering – acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband gezien.

2.4 Gevolgen kwalificatie van een arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst

Indien een arbeidsrelatie kwalificeert als arbeidsovereenkomst, heeft dit niet enkel fiscaalrechtelijke gevolgen voor de heffing van loonbelasting en premieheffingen, eveneens zijn hier civielrechtelijke gevolgen aan verbonden. De verschillen in de gevolgen voor de kwalificatie van een arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst, dan wel als overeenkomst van opdracht, zijn door Emmerig hieronder inzichtelijk gemaakt.

| Juridische verschillen | |
|-----------------------------|---------------------------|
| Arbeidsovereenkomst | Overeenkomst van opdracht |
| Wet Werk en Zekerheid | n.v.t. |
| Wet Arbeid en Zorg | n.v.t. |
| Doorbetaling bij ziekte | n.v.t. |
| Wet op de ondernemingsraden | n.v.t. |
| Pensioenwetgeving | n.v.t. |

| Fiscale verschillen | |
|-----------------------------------|---------------------------|
| Arbeidsovereenkomst | Overeenkomst van opdracht |
| Loonbelasting | n.v.t. |
| Sociale premies / zorgverzekering | n.v.t. |
| n.v.t. | Omzetbelasting |

3 WET DBA

3.1 Doelstellingen wet DBA

De invoering van de wet DBA heeft de volgende doelstellingen.

-  **BESTRIJDING SCHIJNZELFSTANDIGHEID**
Sommige freelancers zijn ten onrechte als zodanig aangemerkt. Derving van belastinginkomsten en sociale premies.
-  **VERBETERING HANDHAVING**
De VAR-systematiek was onuitvoerbaar. Opdrachtgevers kunnen nu ook naheffingsaanslagen krijgen.
-  **MINDER PAPIERWERK**
Wanneer duidelijk is dat geen sprake is van een dienstbetrekking, hoeft niets extra's gedaan te worden.
-  **GEDEELDE VERANTWOORDELIJKHEID**
Opdrachtgever en opdrachtnemer worden samen verantwoordelijk voor de vormgeving van de arbeidsrelatie.
-  **MEER DUIDELIJKHEID**
Een VAR is slechts een beoordeling van de situatie vooraf. Nu wordt achteraf beoordeeld.

Om een naheffingsaanslag te kunnen opleggen aan de opdrachtgever moet – op basis van de huidige systematiek van de VAR – bewezen worden dat de opdrachtgever frauduleus heeft gehandeld. In de praktijk is het voor de Belastingdienst vrijwel onmogelijk om dit te bewijzen. De Belastingdienst moet namelijk bewijzen dat de opdrachtgever het oogmerk heeft gehad om de VAR te misbruiken met als doel de loonheffingen te ontlopen. Het is niet voldoende om aan te tonen dat de opdrachtgever had kunnen weten dat er sprake was van een dienstbetrekking. Een andere mogelijkheid is dat de Belastingdienst de zelfstandigen (opdrachtnemers) één voor één aanspreekt door middel van het opleggen van navorderingsaanslagen inkomstenbelasting. Echter, vanuit de optiek van de Belastingdienst is deze oplossing niet wenselijk, gegeven de arbeidsintensiviteit om alle (schijn)zelfstandigen individueel aan te spreken.

De Belastingdienst controleert de juistheid van de kwalificatie van arbeidsrelaties op basis van een steekproefsgewijze benadering. Indien een van de arbeidsrelaties onjuist is gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht, dan is het de insteek van de Belastingdienst dat alle arbeidsrelaties van de opdrachtgever met zelfstandigen als arbeidsovereenkomst dienen te worden beschouwd. Emmerig is echter de mening aangedaan dat – gegeven de Post NL jurisprudentie – het niet evident is dat een steekproefsgewijze benadering stand zal houden bij de rechter.

Door middel van de vervanging van de VAR door de wet DBA, wordt de Belastingdienst in staat gesteld de opdrachtgever aan te spreken door middel van het opleggen van één naheffingsaanslag voor de loonheffingen. In beginsel ligt de bewijslast bij de Belastingdienst om aan te tonen dat er sprake is van een dienstbetrekking. Indien er sprake is van een modelovereenkomst die is goedgekeurd door de Belastingdienst, kan de Belastingdienst zich enkel op het standpunt stellen dat er sprake is van een dienstbetrekking indien er in de praktijk wordt afgeweken van de afspraken in de modelovereenkomst.

Emmerig geeft aan dat de verbetering van de handhaving gedeeltelijk is bewerkstelligd door middel van een convenant tussen de Belastingdienst en het UWV. Indien een van de opdrachtnemers in gesprek treedt met het UWV om een WW-uitkering aan te vragen, zal de opdrachtnemer feiten en omstandigheden aandragen op basis waarvan kan worden aangetoond dat er geen sprake is van een overeenkomst van opdracht, maar een dienstbetrekking. Het UWV heeft direct contact met de Belastingdienst. Op basis van de verklaring van die ene opdrachtnemer (of: schijnzelfstandige), loopt de opdrachtgever het risico om ten aanzien van alle opdrachtnemers te worden aangesproken door de Belastingdienst dat er sprake is van een dienstbetrekking in plaats van een overeenkomst van opdracht.

3.2 Naheffing door de Belastingdienst

De wettelijke naheffingstermijn voor het navorderen van loonbelastingen en premieheffingen is vijf jaar en het jaar waarover de aanslag wordt opgelegd. Als onderdeel van de overgang van de VAR naar de wet DBA is er een transitieperiode van een jaar ingesteld, op basis waarvan handhaving is opgeschort tot 1 mei 2017²². Zelfstandigen en opdrachtgevers kunnen derhalve binnen de transitieperiode niet worden geconfronteerd met boetes en/of naheffingen, met uitzondering van situaties waarin evidente schijnzelfstandigheid wordt gecreëerd door (schijn)zelfstandigen en opdrachtgevers.

Naheffing loonbelasting kan plaatsvinden via een correctieverplichting of een naheffingsaanslag loonbelasting, waarbij de opdrachtgever in de mogelijkheid is om de loonbelasting en de premie voor de volksverzekeringen op de schijnzelfstandige te verhalen. Wanneer de niet afgedragen loonbelasting en premie voor de volksverzekeringen niet door de opdrachtgever wordt verhaald op de schijnzelfstandige, dan zal er brutering plaatsvinden. Indien de Belastingdienst besluit tot brutering van de naheffingsaanslag, dan kan – afhankelijk van het van toepassing zijnde tarief voor de inkomstenbelasting – de werkgever worden geconfronteerd met een forse naheffingsaanslag loonbelasting en premie volksverzekeringen. Hierbij merkt Emmerig expliciet op dat de premie werknemersverzekeringen per definitie een kostenpost is. Het is derhalve van belang dat de overeenkomst van opdracht een verhaalclausule bevat, zodat de werkgever kan aantonen dat de loonbelasting en de premie volksverzekeringen kan worden

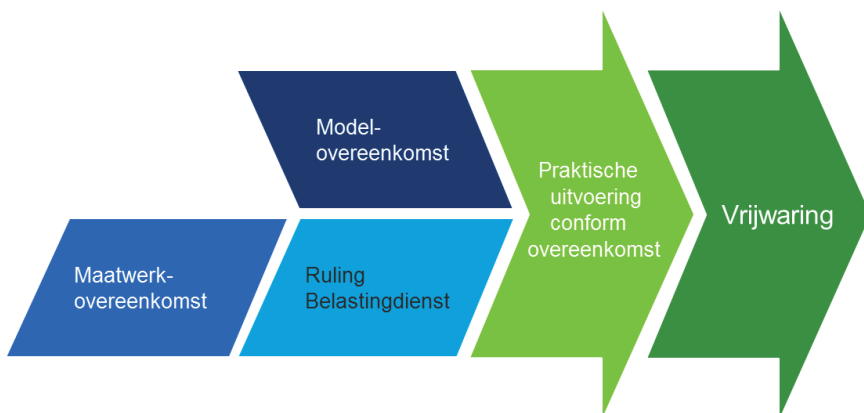
22. Ten tijde van het verschijnen van dit verslag is er door het kabinet besloten de transitieperiode te verlengeng tot in ieder geval 1 januari 2018.

verhaald op de (schijn)zelfstandige. Hierdoor kan de opdrachtgever in ieder geval voorkomen dat de naheffingsaanslag wordt gebruteerd.

Naast de naheffingsaanslag kan de opdrachtgever worden geconfronteerd met een boete van maximaal 100% van het bedrag van de aanslag. Eveneens dient de opdrachtgever rekening te houden met de reeds betaalde belasting door de (schijn)zelfstandige door middel van een definitieve aanslag inkomstenbelasting. Verhaal van loonbelasting en premie volksverzekeringen door de opdrachtgever op de (schijn)zelfstandige is niet mogelijk voor jaren waarin de (schijn)zelfstandige reeds een definitieve aanslag inkomstenbelasting heeft ontvangen. Derhalve is het van belang dat de opdrachtgever een bepaling in het kader van een informatieplicht heeft opgenomen in de overeenkomst van opdracht. Emmerig is van mening dat op basis van het opnemen van voorgaande bepalingen in de overeenkomst van opdracht, de schade voor de opdrachtgever (in een ideale situatie, uitgaande van geen incassorisico) kan worden beperkt tot het betalen van de premie werknemersverzekeringen.

3.3 Bescherming voor opdrachtgevers

Er zijn twee wegen in het kader van het verkrijgen van bescherming voor opdrachtgevers, namelijk de modelovereenkomst van de Belastingdienst en het zelf opstellen van een maatwerkovereenkomst.



Op het moment dat een opdrachtnemer voor een opdrachtgever werkzaamheden gaat verrichten, dient de arbeidsrelatie tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer te worden gekwalificeerd. Indien de kwalificatie van de arbeidsrelatie niet eenvoudig te duiden is, kunnen de opdrachtgever en de opdrachtnemer besluiten een modelovereenkomst van de Belastingdienst te gebruiken. De Belastingdienst heeft verschillende modelovereenkomsten opgesteld en gepubliceerd op de website voor het verkrijgen van zekerheid omtrent de arbeidsrelatie tussen een opdrachtgever en een opdrachtnemer. Emmerig geeft aan dat het in de praktijk niet lastig is een modelovereenkomst van de Belastingdienst in te vullen. Echter, de problematiek omtrent de modelovereenkomsten hangt samen met het vraagstuk inzake de kwalificatie

van de aard van de arbeidsrelatie. Daarmee wordt bedoeld dat de modelovereenkomsten geen recht doen aan de arbeidsrechtelijke criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Deze criteria geven, zoals gezegd, blijk van een holistische benadering, terwijl de systematiek van de modelovereenkomsten uitgaan van een haast mathematische benadering en daarbij alleen inzoomen op de verplichting om persoonlijk arbeid te verrichten en de aanwezigheid van een gezagsverhouding.

Opdrachtgever en opdrachtnemer kunnen eveneens de keuze maken om zelf een modelovereenkomst op te stellen en voor te leggen aan de Belastingdienst. Echter, indien de modelovereenkomst niet wordt geaccepteerd door de Belastingdienst, kan men niet in bezwaar of beroep treden tegen de uitspraak van de Belastingdienst. Indien het alsnog wenselijk wordt geacht om zekerheid te verkrijgen omtrent de kwalificatie van de arbeidsrelatie, dient de maatwerkovereenkomst te worden aangepast overeenkomstig de uitspraak van de aanbevelingen van de Belastingdienst. Emmerig geeft aan dat er mogelijk nog een alternatief is om zekerheid te verkrijgen omtrent de kwalificatie van een arbeidsrelatie. Door middel van het aanvragen van een beschikking geen verzekeringsplicht, wordt de vraag beantwoord of de opdrachtnemer sociaal verzekerd is. Indien een opdrachtnemer niet sociaal verzekerd is op basis van een dergelijke beschikking, dan is er in principe ook geen sprake van een inhoudsplicht voor de loonbelasting. In het geval de Belastingdienst van mening is dat de opdrachtnemer wel degelijk sociaal verzekerd is, dan staat er tegen een dergelijke beschikking bezwaar of beroep open. De opdrachtnemer kan er in een dergelijk geval voor kiezen om in bezwaar te gaan met als doel om in beroep te kunnen gaan bij een fiscale rechter die mogelijk een minder holistische benadering toepast bij de beoordeling van de kwalificatie van een arbeidsrelatie.

3.4 Commissie wet DBA

In het kader van de spanning tussen het arbeidsrecht en het fiscaal recht is er een commissie²³ samengesteld, die het stelsel van modelovereenkomsten dient te analyseren en toetsen aan het arbeidsrecht. De commissie dient aan de hand van de verrichtte analyses haar aanbevelingen kenbaar te maken voor jaareinde 2016.

4 AFSLUITING

Emmerig heeft aan de hand van een interactieve lezing en enkele concrete voorbeelden de problematiek rondom de inwerkingtreding van de wet DBA inzichtelijk gemaakt, eveneens voor niet-loonbelastingsspecialisten. Vanuit de Commissie Vaktechniek van de Jonge Orde van Belastingadviseurs willen wij Emmerig hartelijk danken voor het geven van deze interessante lezing in Eindhoven.

23. Commissie Boot.

IV Fiscale planning met vaste inrichtingen?

Verslaglegger: Y.A. (Yannick) Schuerman, LL.M.

Inleider: drs. B.H.C.M. (Bart) le Blanc MBA, Norton Rose Fulbright LLP en daarnaast docent aan het IBFD

Datum: 8 juni 2016

Le Blanc zet de opbouw van zijn presentatie uiteen, waarbij hij de volgende onderwerpen zal behandelen:

- Introductie – wanneer kun je gebruikmaken van het concept vaste inrichting, of wanneer is het er terwijl je dit liever niet hebt?
- Vaste inrichting en vaste vertegenwoordiger – wat zijn de formele voorwaarden?
- Winstallocatie – als je een vaste inrichting hebt, hoe ga je dan om met winsttoerekening?
- BEPS Actiepunt 7 – wat zijn de gevolgen van BEPS Actiepunt 7?

1 INTRODUCTIE

Vaste inrichting en vaste vertegenwoordiger (hierna gezamenlijk: VI) zijn gemaakte begrippen die voortkomen uit de wens van staten om activiteiten op hun grondgebied te kunnen belasten. VI's kunnen ontstaan zonder voorbedachte rade; zoals door een natuurlijke groei van grensoverschrijdende activiteiten, projecten met een lange looptijd en een meer globale rol van het senior management. Anderzijds ontstaan VI's met voorbedachten rade; om opstartverliezen en dividendbelasting te voorkomen, omdat lokale belasting op netto-inkomen gunstiger kan zijn dan een bronbelasting op brutovoordelen, vanwege verplichte eisen aan het eigen vermogen, de bankrekeningen en de verzekeringen, door de juridische complexiteit van het oprichten van een lokale entiteit en door hybride planning.

Een praktijkvoorbeeld van een onbedoelde VI waar Le Blanc tegenaan liep was dat van een Amerikaanse multinational met dochterondernemingen in Nederland en België. Het management werd geconsolideerd en de Belgische CEO ging deels in Nederland werken, terwijl de Nederlandse CFO deels in België ging werken. De vraag kwam op of er een vaste inrichting werd gevormd als de bestuurders besluiten gingen nemen terwijl ze over de grens aan het werk waren. Theoretisch gezien leverde dit twee VI's op: een in Nederland en een in België, maar in de praktijk leidde dit vaak niet tot heffing.

Bedoelde VI's komen veel voor in de olie- en gasindustrie. Bij een project gaat een groot deel van het voorbereidende werk van de tender zitten in de belastingberekening, om te bepalen hoe het werk op locatie zal worden belast. Dan moet duidelijk zijn of er een VI is en hoe deze wordt belast: is dit een bronbelasting op een betaling van de afnemer, of is dit een winstbelasting over de nettowinst van de VI? Als de bronbelasting door het hoofdhuis kan worden verrekend, kan de eerste optie voordeliger zijn.

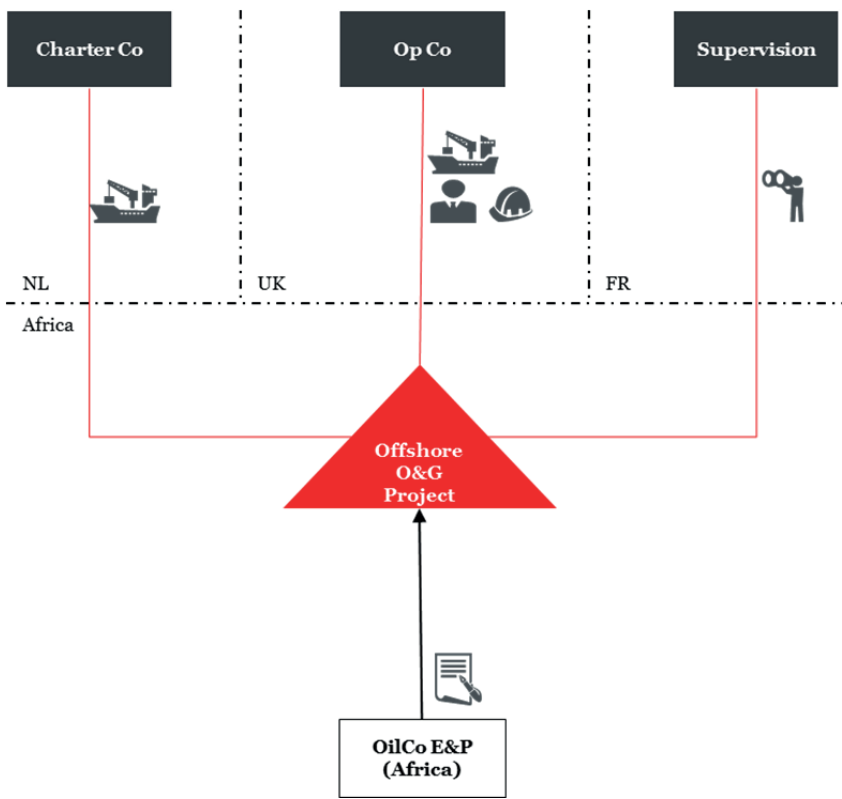
2 VASTE INRICHTING EN VASTE VERTEGENWOORDIGER

Het begrip VI stamt uit 1899, waar het voor het eerst werd gebruikt in het verdrag tussen Pruisen en Oostenrijk-Hongarije (*stehendes Gewerbe en ständiger Vertreter*). Dit moest het verschil duiden tussen zaken doen *met* een ander land en zaken doen *in* een ander land. Het VI-begrip trekt de scheidslijn: zaken doen in een ander land creëert belasting aldaar.

Tegenwoordig komt de VI op meer plaatsen in het OESO Modelverdrag (OMV) terug: art. 5 definieert de VI en beschrijft enkele voorbeelden, art. 6 behandelt de fictieve VI door onroerend goed, art. 7 behandelt de winsttoerekening aan de VI en art. 8 regelt de VI's in de scheep- en luchtvaart. Daarnaast worden in sommige verdragen nog artikelen opgenomen die de VI met betrekking tot offshore activiteiten regelen.

Zoals uit deze artikelen blijkt levert in principe een bepaalde mate van permanentie en geografische gebondenheid een VI op. Bijvoorbeeld wanneer een substantieel deel van de activiteiten in het buitenland wordt uitgevoerd. Hier hangen echter veel uitzonderingen mee samen, want ondersteunende functies horen onder de uitzonderingsregel te vallen en daarmee geen VI te vormen. Hier wordt veel op gepland door bijvoorbeeld diensten binnen een multinationale onderneming te fragmenteren.

Zo gebeurde ook in de onderstaande casus. Een multinationale olie- en gasonderneming was actief in een Afrikaans niet-verdragsland. De Nederlandse CharterCo stelde slechts schepen ter beschikking die werden gebruikt bij de lokale uitvoering; de Engelse OpCo met een lokaal geregistreerde VI had werknemers die verantwoordelijk waren voor de lokale uitvoering; en de Franse Supervision verzorgde supervisie en projectmanagement. Art. 15e, lid 3, Wet VPB 1969 rekent de activiteiten van CharterCo al snel toe aan een buitenlandse VI, waardoor de objectvrijstelling toepassing vindt. Hierdoor kan er geen verrekening plaatsvinden in Nederland van de in Afrika geheven belasting. De vraag is nu of CharterCo wel een VI in Afrika heeft, die aldaar mag worden belast. Omdat CharterCo's directeur in Nederland zit en hier alle contracten tekent, nam Le Blanc de positie in dat CharterCo geen VI in Afrika heeft.



Naast de fysieke VI-variant hiervoor, komt Le Blanc de niet-fysieke variant van een afhankelijke vertegenwoordiger ook geregeld tegen. In deze situatie sluit een buitenlandse afhankelijke vertegenwoordiger contracten in naam van een Nederlandse ondernemer. Hier is belangrijk in hoeverre de vertegenwoordiger bevoegd is om de Nederlandse ondernemer te vertegenwoordigen en hoe vaak hij dat gebruikelijk doet. Multinationals kunnen hier op plannen door een tax-haven contractueel de sales te laten sluiten, terwijl in de lokale markten de vertegenwoordigers de sales opzoeken en onderhandelen. BEPS Actiepunt 7 stelt hier paal en perk aan, waar Le Blanc later over uit zal wijden.

Een ander voorbeeld is dat van een multinationale sigarettenproducent met een Duitse en Italiaanse dochteronderneming. De Duitse dochteronderneming verkoopt sigaretten en onderhandelt hierover met de Italiaanse autoriteiten. Tijdens deze onderhandelingen zitten er ook collega's van de Italiaanse dochteronderneming aan tafel. De Italiaanse fiscus zegt dat in principe de Duitse vennootschap alle verkoopwinst zou moeten realiseren, maar dat de Duitse dochteronderneming een Italiaanse VI heeft door de aanwezigheid van de Italiaanse collega's. Het argument dat de Italiaanse collega's wel deelnamen aan het gesprek, maar geen teken- en vertegenwoordigingsbevoegdheid hadden met betrekking tot de Duitse vennootschap, maakt de Italiaanse Belastingdienst niet uit. Als gevolg hiervan belaste de Italiaanse Belastingdienst de verkoopwinst van de Duitse vennootschap in Italië.

Na deze Italiaanse VI-zaak heeft de OESO het artikelsgewijze commentaar van het OMV aangepast, omdat zij zich niet kon vinden in de Italiaanse uitleg. Dit gebeurt overigens wel vaker, zoals toen India het VI-artikel zo uitlegde dat satellieten boven Indiaas grondgebied een VI hebben voor zover zij bandbreedte afnemen.

3 WINSTALLOCATIE

Als je hebt vastgesteld dat je met een VI te maken hebt, dan moet worden bepaald hoeveel winst er aan deze VI moet worden toegerekend. Hierbij is een groot verschil tussen de opvattingen pre-2008/2010 en post-2008/2010.

Pre-2008/2010 werd gezegd dat bij een verlieslatende multinational met een winstgevende VI er geen belasting kon worden geheven door de VI-staat, want er was op groepsniveau gezien geen belastbare winst. Staten met veel VI's waren hier uiteraard niet blij mee en daarom is in 2008 een aangepast Report on the Attribution of Profits to PEs uitgebracht. In 2010 is vervolgens art. 7 OMV in haar geheel herzien en is er een compleet nieuw Report on the Attribution of Profits to PEs uitgebracht. In dit nieuwe rapport wordt de Authorised OECD Approach (AOA) geïntroduceerd. Ondanks dat dit een nieuw rapport was, stelde de OESO (zoals vaker gebeurt) dat deze wijzigingen doorwerken naar oude verdragen, omdat de wijzigingen slechts verduidelijkingen betreffen van wat altijd al bedoeld is.

Binnen de AOA zijn het hoofdhuis en de VI separate juridische entiteiten; de separate entity approach. Vervolgens moeten aan het hoofdhuis en de VI de activa en risico's worden verdeeld, op basis van de significant people functions. Bij de significant people functions gaat het om waar de relevante functies worden uitgeoefend; bijvoorbeeld waar neemt de CEO beslissingen, wie monitort en managet het kredietrisico, wie bepaalt de aan- en verkoop van assets, wie is er verantwoordelijk voor het onderhoud van de assets.

Wanneer de risico's en assets zijn verdeeld tussen het hoofdhuis en de VI op basis van de AOA, dan moet worden bepaald welk vreemd vermogen en eigen vermogen er aan de VI wordt toegerekend. Dit was vaak het historische verband, zoals een hypothecaire schuld van een VI voor een bedrijfspand. De AOA laat dit historische verband echter los en verdeelt eerst de functies, risico's en activa tussen het hoofdhuis en de VI. Vervolgens wordt het free capital verdeeld, zodat de VI voldoende free capital heeft om haar functies, risico's en activa te ondersteunen. Hiervoor worden de capital allocation approach of thin capitalisation approach voorgeschreven. Ten slotte wordt het vreemd vermogen verdeeld over het hoofdhuis en de VI, waarvoor de tracing of fungibility approach wordt voorgeschreven.

4 BEPS ACTIEPUNT 7

BEPS Actiepunt 7 richt zich tegen het misbruik door gebruik van VI's. Er worden enkele punten in het bijzonder aangepakt, waaronder commissionair structuren,

fragmentatiestructuren en opsplittingsstructuren. Bij commissionair structuren worden verkopen gesloten vanuit een laagbelaste jurisdictie, terwijl de lokale vertegenwoordiging zo wordt uitgekleeft dat deze geen VI vormt. Het fragmenteren van een multinationale onderneming beperkt ook het aantal VI's, door alle diensten zo uit te kleden dat deze op zichzelf in de betreffende jurisdictie geen VI vormen. De opsplittingsstructuren zien op het verdelen van bouwprojecten in onderdelen van enkele maanden, zodat de termijnen gesteld in het OMV niet gehaald worden en er geen VI wordt gevormd.

5 CONCLUSIE

De VI is een dynamisch begrip dat sinds de introductie constant wordt aangepast om aan de hedendaagse belastingwens van staten te voldoen. Het principe wordt steeds vaker toegepast door belastingautoriteiten, maar het blijkt een lastig waar te nemen fenomeen zonder belastingaudit.

V *De btw-positie van houdstervennootschappen en BidCo's in de praktijk*

Verslaglegger: mw. mr. P.C. (Pietermel) van den Brink

Inleiders: prof. dr. H.W.M. (Herman) van Kesteren, PwC en tevens hoogleraar aan de Tilburg University en mr. F.J. (Frederike) Manzoni, NautaDutilh

Datum: 1 september 2016

1 INLEIDING

Nederlandse houdstervennootschappen staan de laatste tijd volop in de schijnwerpers, niet in de laatste plaats vanwege hun belastingpositie en de rol die zij vervullen binnen hun concern. Ook voor de btw hebben zich de afgelopen periode de nodige ontwikkelingen voorgedaan die de positie van houdstervennootschappen raken. Dat die ontwikkelingen zich niet alleen beperken tot nieuwe jurisprudentie, blijkt wel uit het feit dat de staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven dat onderdelen van de aloude houdsterresolutie dienen te worden herzien. Ook het besluit over de aftrek van btw op verkoopkosten lijkt zijn langste tijd te hebben gehad nu in de Europese jurisprudentie duidelijk een andere richting is ingeslagen.

Tijdens deze lezing wordt ingegaan op deze recente en aanstaande ontwikkelingen in jurisprudentie, wet- en regelgeving en de invloed die deze hebben op de btw-positie van houdstervennootschappen en BidCo's in de praktijk.

2 HOUDSTERVENNOOTSCHAPPEN

Elk bedrijf begint met een idee. De oprichter van Shell is begonnen met het verzamelen van schelpjes aan de kust voor decoratieve doeleinden. Tegenwoordig bestaat het Shell concern uit talloze afzonderlijke vennootschappen. Deze vennootschappen zijn in beginsel ieder afzonderlijk btw-ondernemer. Dit betekent dat zowel bij interne als externe transacties moet worden nagegaan of (i) btw over de verrichte diensten en/of leveringen moet worden berekend, (ii) recht op aftrek van voorbelasting bestaat en (iii) er overige btw-gevolgen zijn.

Binnen een concern, zoals Shell, heeft de tophouder vaak een aansturende rol. Indien de tophouder niet als btw-ondernemer kwalificeert, heeft het geen recht op aftrek van de btw op rekeningen die het ontvangt (bijvoorbeeld van advocatenkantoren). Waar in de vennootschapsbelasting een fictie bestaat op grond waarvan een vennootschap wordt geacht met zijn totale vermogen een onderneming te drijven, hanteert men in de btw een materieel ondernemersbegrip.

Het materiële ondernemersbegrip heeft tot gevolg dat een vennootschap wel, niet of deels als ondernemer kan kwalificeren. Indien een vennootschap (deels) geen ondernemer is, bestaat (deels) geen recht op aftrek van voorbelasting.

Een houdstervenootschap kwalificeert in elk geval als ondernemer indien het tegen een vergoeding het beleid van haar dochtervennootschappen bepaalt. Ook een vennootschap die in aandelen handelt, kan kwalificeren als ondernemer. Daarnaast is het mogelijk dat het houden van aandelen als activiteit wordt meegetrokken met een economische activiteit, omdat deze daar sterk mee verbonden is (de zogeheten ‘verlengstukgedachte’). Het is hierbij van belang dat het houden van aandelen duurzaam en noodzakelijk is voor het uitvoeren van de belastbare activiteit. Het houden van aandelen op zich is geen economische activiteit.

3 MOEIEN

Op diensten die worden verricht binnen de fiscale eenheid wordt geen btw verrekend. Het kan daarom zinvol zijn vennootschappen die geen aftrekrecht hebben, en waarvoor btw dus een kostenpost vormt, te voegen in een fiscale eenheid. Een fiscale eenheid kan in principe alleen uit Nederlandse vennootschappen bestaan die als btw-ondernemer kwalificeren.

Een uitzondering wordt gemaakt voor de zogeheten ‘moeiende houdster’. Zoals gezegd kwalificeert een vennootschap die zich met het beleid van haar dochtervennootschap moeit en hiervoor een vergoeding rekent als btw-ondernemer. Op basis van de holdingresolutie kan echter ook een ‘moeiende’ houdster in een fiscale eenheid worden gevoegd als deze geen vergoeding berekent. Voor de fiscus is tot op heden niet duidelijk hoe het begrip ‘moeien’ moet worden uitgelegd. Mede op basis van recente jurisprudentie (zie onder andere het arrest *Larentia & Minerva* van het HvJ EU, 16 juli 2015, zaak C-108/14) kan tegenwoordig het standpunt worden ingenomen dat zodra een moedervernootschap een dienst verleent aan haar dochtervennootschap (e.g. financiering of advies), er wordt ‘gemoeid’.

Gelet op voorgaande is een moedervernootschap die ten opzichte van haar ene dochtervennootschap managementdiensten tegen vergoeding verricht en ten opzichte van haar andere dochtervennootschap niet, in principe 50% ondernemer en 50% niet- ondernemer. Op basis van de holdingresolutie zou het aftrekrecht van de moeiende houdster echter niet mogen worden beperkt. Tegenwoordig accepteert de fiscus dit standpunt niet meer. De holdingresolutie heeft haar beste tijd gehad, binnenkort wordt een nieuwe resolutie gepubliceerd. Recht op aftrek bestaat volgens de fiscus alleen voor zover kosten direct toerekenbaar zijn aan economische activiteiten. Op basis van jurisprudentie van het HvJ EU zou het houden van aandelen daarentegen ook kunnen worden gezien als verlengstuk van btw-belaste activiteiten indien het daarmee rechtstreeks en noodzakelijk verband houdt. Voorbeelden zijn het beleggen van overtollige kasgeld en het in stand houden van een juridische organisatiestructuur. In

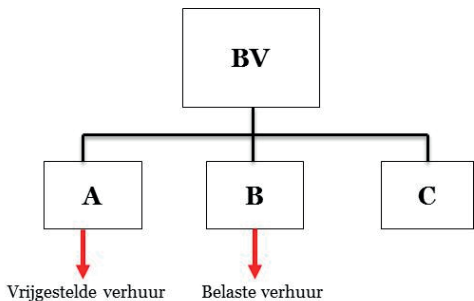
de praktijk rijst derhalve de vraag in hoeverre er een ‘knip’ moet worden gemaakt in de activiteiten van de moedervennootschap.

MVM (29 februari 2016, zaak C-28/16), een recente zaak van het HvJ EU, betrof een Hongaarse elektriciteitsmaatschappij waarbij de activiteiten aankoop, transport en verkoop in verschillende entiteiten waren ondergebracht. De tophouder moede zich wel in het beheer van deze vennootschappen, maar bracht daarvoor geen vergoeding in rekening. Daarnaast verrichtte de tophouder zelf diensten waarvan niet kon worden vastgesteld of deze ten behoeve van derden of haar dochtervennootschappen geschieden. De rechter diende nu te beslissen in hoeverre de tophouder btw op door haar (voor de groep) gemaakte kosten in aftrek mocht brengen. Met andere woorden: gold de ‘verlengstukgedachte’ nu er werd gemoeid? Is daarbij noodzakelijk dat er een vergoeding in rekening wordt gebracht? En wat is ‘moeien’? Deze laatste vraag is voornamelijk relevant voor houdstervennootschappen die in een fiscale eenheid zijn opgenomen.

4 AFTREKRECHT

Indien een vennootschap economische activiteiten verricht die deels zijn vrijgesteld, dan moet het percentage belaste activiteiten ten opzichte van de totale activiteiten worden vastgesteld op basis waarvan aftrek van btw op algemene kosten dient plaats te vinden (‘pro rata’). Indien een vennootschap zowel economische als niet-economische activiteiten verricht, wordt daarvoor nog een splitsing gemaakt (‘pre pro rata’). Je maakt dus twee keer een ‘knip’.

Casus:



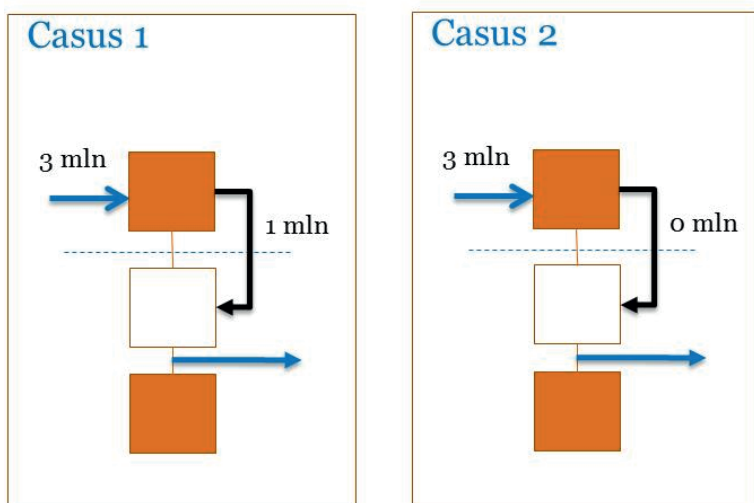
- Bv is een houdstervennootschap.
- A bezit een pand dat vrijgesteld wordt verhuurd.
- B bezit een pand dat btw-belast wordt verhuurd.
- C is een lege vennootschap die wordt aangehouden met het oog op de aankoop van een nieuw pand.

Stel dat bv kosten maakt voor het onderhoud van pand A, dan zijn dit kosten die rechtstreeks aan de vrijgestelde verhuuractiviteiten van A kunnen worden toegerekend. De btw op deze kosten is dus niet aftrekbaar. De btw op kosten van een advies aan bv omtrent de exploitatie van A en B komt echter pro rata in aftrek (50/50). Indien bv tot slot advies inwint met betrekking tot de verkoop

van C, dan hebben de kosten betrekking op een niet-economische activiteit. De btw op de kosten van het advies zijn dan niet aftrekbaar. Indien de verkoop echter plaatsvindt in het belang van de (economische activiteiten van de) groep, dan kan worden betoogd dat een pre pro rata-splitsing moet worden gemaakt en de btw op de kosten dus deels aftrekbaar is.

Het HvJ EU heeft zich in de zaak Sveda (22 oktober 2015, zaak C-126/14) over het aftrekrecht uitgelaten. Sveda had een restaurant en accommodatie en ontwikkelde daarnaast een ontdekkingspad welke gratis ter beschikking werd gesteld aan het publiek. Sveda bracht de btw op 10% van de kosten die het had gemaakt voor het ontdekkingspad (90% werd gesubsidieerd door de staat) in aftrek. Dit werd bestreden door de fiscus. Het HvJ EU oordeelde in deze zaak dat er zodanig rechtstreeks verband bestond tussen de realisatie van het pad en de activiteiten dat 100% recht op aftrek van voorbelasting bestond. Deze lijn zou ook kunnen worden doorgetrokken naar het houden van aandelen.

Casus:



- De tophoudster (A) is ondernemer.
- De tussenhoudster (B) is geen ondernemer.
- De onderste vennootschap (C) is een operationele vennootschap.
- A maakt € 3 miljoen kosten ter zake van advies over de verkoop van C.
- In casus 1 wordt € 1 miljoen kosten doorbelast, in casus 2 wordt niets doorbelast.

In casus 1 moet worden beoordeeld of het doorbelasten van € 1 miljoen voldoende is om recht op aftrek van btw op de advieskosten te claimen. In zijn algemeenheid wordt aangenomen dat indien kosten worden doorbelast, al dan niet in de vorm van een management fee, de btw in aftrek kan worden gebracht mits de doorbelasting niet symbolisch van aard is. Indien A echter advies inwint en de beslissing neemt, is het de vraag of de doorbelasting reëel is. Voor de btw kan immers alleen van een belastbare handeling worden gesproken indien

iemand daadwerkelijk voordeel heeft van de dienst die wordt geleverd. Het is ook mogelijk te beargumenteren dat A een beslissing heeft genomen voor de groep, hetgeen een managementactiviteit is. Het is hierbij wel raadzaam om kosten door te belasten in de vorm van een management fee en dat het hele proces goed wordt vastgelegd (vergelijk casus 2).

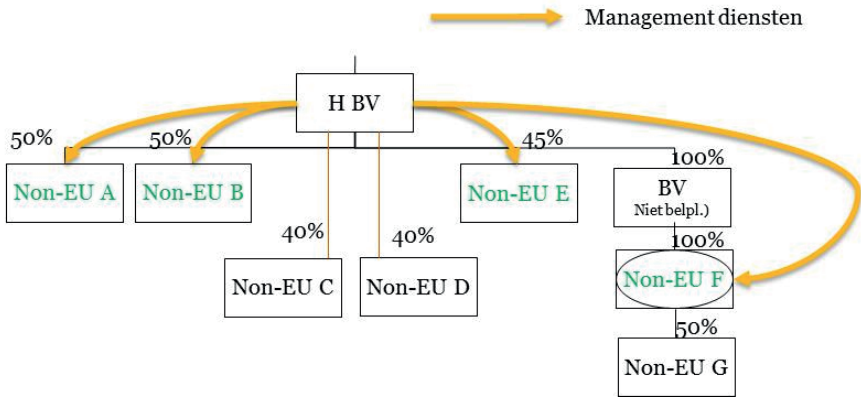
5 PRAKTIJK CASUS 1

Stel: een adviseur stuurt een factuur naar de werkmaatschappij voor advies omtrent de verkoop van die werkmaatschappij door de aandeelhouder. Wie is de afnemer van de prestatie voor btw-doeleinden, de aandeelhouder of de werkmaatschappij? De feiten zijn als volgt:

| | Aandeelhouder | Werkmaatschappij |
|------------------|---------------|------------------|
| Factuur | X | V |
| Rechtsbetrekking | X | V |
| Verbruik | V | X |
| Betaling | X | V |

- De factuur gaat naar de werkmaatschappij.
- Het engagement is met de werkmaatschappij.
- De verbruiker is de aandeelhouder (niet-ondernemer).
- De werkmaatschappij betaalt de factuur.

De Hoge Raad heeft aangegeven dat de factuur een bewijsvermoeden oplevert; de fiscus zal moeten bewijzen dat hoewel de factuur door iemand is ontvangen, deze toch niet als afnemer van de prestatie kwalificeert. In de praktijk spelen alle vier omstandigheden een rol, hoewel het contract, de rechtsbetrekking (denk ook aan het Tolsma-arrest van het HvJ EU, 3 maart 1994, zaak C-16/93), volgens het HvJ EU zwaar weegt. Een duidelijk standpunt heeft het HvJ EU echter niet ingenomen. In bovenstaande casus kan wellicht ook worden betoogd dat de werkmaatschappij ook belang heeft bij haar verkoop, en derhalve ook als afnemer kan worden aangemerkt. Overigens blijft van belang of de verkoop verband houdt met economische activiteiten. Als dit niet het geval is, bestaat alsnog geen recht op aftrek.



- De houdster vennootschap (H bv) verrichtte managementdiensten ten behoeve van deelnemingen A, B, E en F.
- H bv verrichtte geen managementdiensten ten behoeve van haar andere deelnemingen.
- H bv bracht alle btw op gemaakte kosten in aftrek, aangezien het btw-belaste activiteiten verrichtte.

Na een boekenonderzoek corrigeerde de fiscus de aftrek van btw door H bv, omdat H bv, naast het houden van deelnemingen waaraan het managementdiensten verrichtte, aandelen hield in dochtervennootschappen ten behoeve waarvan het geen managementdiensten verrichtte. Het betrof hier dus een pre pro rata-discussie. Richtlijnen voor pre pro rata-aftrek zijn niet opgenomen in de Nederlandse wetgeving. Het HvJ EU heeft slechts bepaald dat de splitsing op grond van objectieve criteria moet worden gemaakt (e.g. op basis van gebruik of omzet).

In de praktijk hanteert de fiscus bij het bepalen van de pre pro rata de volgende methode:

- Het houden van aandelen is alleen een economische activiteit als ook managementdiensten worden verricht. Omdat het houden van aandelen en het verrichten van managementdiensten twee activiteiten zijn, tellen deze dubbel.
- Indien slechts aandelen worden gehouden, dus geen managementdiensten worden verricht, tellen deze één keer mee.

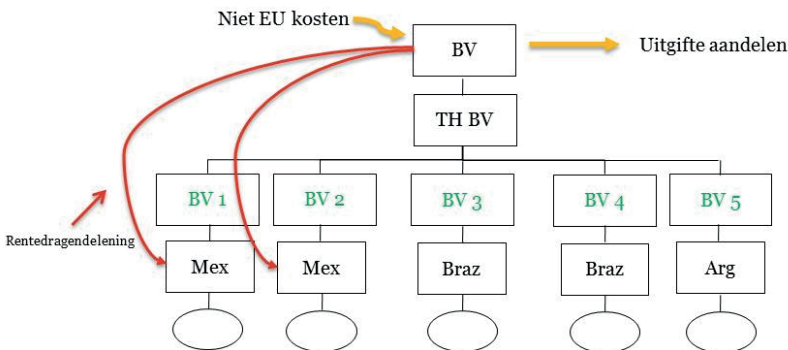
In onderstaande tabel is de methode op deze casus toegepast:

| Entiteit | Aandeelhouder | Management fee | Economische activiteiten | Niet-economische activiteiten |
|-------------------------|---------------|----------------|--------------------------|-------------------------------|
| A | X | X | 2 | |
| B | X | X | 2 | |
| C | X | | | 1 |
| D | X | | | 1 |
| E | X | X | 2 | |
| TH bv | X | | | 1 |
| F | | X | 1 | |
| G | | | | |
| <i>Pre pro rata 70%</i> | | | 7 | 3 |

Op basis van bovenstaande methode is de pre pro rata theoretisch makkelijk te beïnvloeden, de praktijk is echter weerbarstig. Zo was het in deze casus op basis van bestaande contracten niet mogelijk voor de tophoudster om diensten aan de tussenhoudster te verrichten. In dit geval kon echter worden aangetoond dat de tophoudster zeer weinig kosten maakte voor de tussenhoudster waardoor de pre pro rata-discussie minder relevant werd.

Hoewel de fiscus deze methode normaliter hanteert, blijft het altijd mogelijk voor belastingplichtigen om met een andere methode te komen die de economische realiteit beter benadert.

7 PRAKTIJK CASUS 3



- Bv is een tophoudster, geen ondernemer, en was voornemens naar de beurs te gaan (IPO).

- Dochtervennootschappen zijn gevestigd in Nederland en kleindochtervennootschappen zijn gevestigd in het buitenland.
- De IPO was bedoeld om een impuls te geven aan de groep en bestaande leningen af te lossen.
- Met een deel van de opbrengst zou bv leningen gaan verstrekken aan vennootschappen buiten de EU (aftrek van voorbelasting mogelijk).

Bv maakte veel kosten, onder andere in het buitenland. De btw die zij diende aan te geven in Nederland over de buitenlandse kosten wilde bv in aftrek brengen. De IPO ging uiteindelijk niet door, dus bv kwalificeerde (nog steeds) niet als ondernemer, omdat het nooit begonnen was leningen te verstrekken. Het HvJ EU is echter in een dergelijk geval geneigd te zeggen dat, ook indien een economische activiteit geen doorgang vindt, alleen een ondernemer dergelijke kosten zou maken. Een particulier zou nooit dergelijke kosten maken waardoor er sprake is van een onderneming. Raadzaam is om in een dergelijk geval de bv meer 'body' te geven, door bv bijvoorbeeld ook kosten te laten doorbelasten aan groepsvennootschappen. Kale doorbelasting zonder dat de rest van de groep daarvan voordeel heeft is onvoldoende, maar in dit geval had de rest van de groep belang bij een beursgang. Verder werd een deel van de kosten doorbelast aan een tussenhoudster zonder aftrekrecht, hetgeen resulteerde in een (beperkte) afdracht van btw.

8 CONCLUSIE

De houdsterproblematiek blijft ook binnen de btw als Europese belasting een onderwerp dat continu in verandering is als gevolg van jurisprudentie, aanpassingen in de wet- en regelgeving en de interpretatie van adviseurs en de fiscus. De nieuwe houdsterresolutie die binnenkort wordt verwacht zal hopelijk meer licht op de zaak laten schijnen en daardoor duidelijkheid verschaffen. Eén ding blijft zeker: iedere casus is weer anders en het is aan de adviseurs om door de bomen het bos te blijven zien.

VI De (on)mogelijkheden van de nieuwe fiscale eenheid

Verslaglegger: mw. mr. C. (Cherelle) Briegoos

Inleiders: drs. M.J.A.M. (Michael) van Gijlswijk, mr. W.W. (Roel) Monteiro en mw. mr. L.S. (Lisanne) Rijff; alle drie verbonden aan Bureau Vaktechniek van BDO

Datum: 15 november 2016

1 HET WETSVOORSTEL – DE KERN

Van Gijlswijk geeft een exposé over het historische verloop van de verschillende fiscale eenheidsregimes. Vanaf de eerste fiscale eenheidsversie in het Besluit op de Winstbelasting 1940 tot de wetwijziging in 2003 was het mogelijk dat in het buitenland gevestigde vennootschappen onder voorwaarden deel uitmaakten van de fiscale eenheid. In de periode 1970-2003 konden (uiteindelijk) alleen dual-residentvennootschappen, dan wel in de EU/EER-gevestigde vennootschappen onderdeel uitmaken van de fiscale eenheid. Steeds maakten de vennootschappen als subject onderdeel uit van de fiscale eenheid en werd via de voorkomingsregels het buitenlandse object effectief buiten de fiscale eenheid gehouden. De onderlinge rechtsverhoudingen tussen fiscale eenheidsmaatschappijen vielen weg door de fiscale fusie (het ‘opgaan in’).

Met ingang van 2003 kunnen onder voorwaarden ook buitenlandse belastingplichtige vennootschappen met een Nederlandse vaste inrichting deel uitmaken van de fiscale eenheid. Het hoofdhuis bleef evenwel buiten de fiscale eenheid waardoor voor het eerst sinds het bestaan van de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting rechtsbetrekkingen konden ontstaan tussen de fiscale eenheid en het deel van een maatschappij buiten de fiscale eenheid. Een moedermaatschappij die was gevestigd in Nederland kon een fiscale eenheid aangaan met een buitenlandse belastingplichtige met een vaste inrichting in Nederland. Ondanks de fiscale eenheid blijft de moedermaatschappij een aandelenbelang (deelneming) houden in de buitenlandse dochtermaatschappij. Ook kan de moedermaatschappij op haar fiscale balans een vordering bezitten op het hoofdhuis van de dochtermaatschappij. Al deze betrekkingen dienen te worden geregeld. Tot 2012 was de insteek, om geen echte grensoverschrijdende fiscale eenheid toe te staan, te billijken, omdat anders verliesimport op eenvoudige wijze mogelijk zou worden. Sinds de invoering van de objectvrijstelling in 2012 is dat risico afwezig en zou een andere insteek (een volledige consolidatie) mogelijk zijn geweest. Dat is evenwel niet gebeurd.

Bij het zogenoemde Vlinderbesluit van december 2014 is geregeld onder welke voorwaarden zogenoemde zuster fiscale eenheden en Papillon fiscale eenheden zouden worden toegestaan. In het Vlinderbesluit is zoveel mogelijk aangesloten bij de systematiek die gold voor fiscale eenheden met buitenlandse belastingplichtigen met een vaste inrichting in Nederland. Dat betekende dat de topmaatschappij en de tussenmaatschappij geen deel uitmaken van de fiscale eenheid. Slechts de in Nederland gevestigde dochtermaatschappijen van een zuster fiscale eenheid en de moedermaatschappij en dochtermaatschappijen van een Papillon fiscale eenheid maken onderdeel uit van die fiscale eenheid. In de nieuwe fiscale eenheidsvormen blijven dus de betrekkingen tussen de fiscale eenheidsmaatschappijen en de tussen- of topmaatschappij ook fiscaal relevant. Deze betrekkingen moeten worden geregeld. In het Vlinderbesluit was dat nog niet zo helder en volledig geregeld. Via de Wet aanpassing fiscale eenheid is dat alsnog gebeurd. Zo is bepaald dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing blijft op deelnemingen in tussenmaatschappijen (art. 13, lid 18, Wet VPB 1969), wordt dubbele verliesneming bij liquidatie van deelnemingen tegengegaan (art. 13d, lid 9, Wet VPB 1969) en wordt dubbele verliesverrekening in Nederland via vorderingen op tussen- en topmaatschappijen voorkomen (art. 15ac, lid 8, Wet VPB 1969).

Van Gijlswijk wees erop dat deze systematiek wellicht de achilleshiel van de fiscale eenheid kan zijn. Er ontstaat namelijk een zeer complexe set van regels. Een complexiteit die nauwelijks meer is te overzien. Bovendien levert het nieuwe EU-rechtelijke vragen op. Aan de hand van diverse casusposities is de problematiek verhelderd.

2 HET WETSVOORSTEL – CAPITA SELECTA

Art. 13d Wet VPB 1969 - liquidatieverliesregeling

De liquidatieverliesregeling werkt op hoofdlijnen als volgt:

Opgeofferd bedrag

-/- Liquidatie-uitkering

Liquidatieverlies

Indien de deelneming wordt verkregen van een verbonden lichaam, dient het opgeofferd bedrag mogelijk te worden gecorrigeerd op grond van art. 13d, lid 6 en lid 7, Wet VPB 1969 naar het oorspronkelijk opgeofferd bedrag.

De liquidatie-uitkering wordt mogelijk verhoogd op grond van art. 13d, lid 3, Wet VPB 1969 met positieve voordelen uit hoofde van de deelneming die zijn genoten met toepassing van de deelnemingsvrijstelling in de vijf jaren voorafgaand aan de staking van de onderneming (of tien voorafgaande jaren indien het resultaat in die betreffende jaren negatief was).

Indien een tussenhoudster wordt geliquideerd, kan het liquidatieverlies worden gecorrigeerd op grond van art. 13d, lid 4, indien in dit liquidatieverlies waarde-

dalingen van eerder gehouden deelnemingen tot uitdrukking komen en lid 5, Wet VPB 1969 (doorkijkregeling).

Tot slot wordt de timing van het liquidatieverlies geregeld in art. 13d, lid 9, Wet VPB 1969.

Art. 13d, lid 9, Wet VPB 1969 (nieuw)

Om te voorkomen dat in een Papillon-situatie een verlies van de kleindochtermaatschappij als operationeel verlies wordt genomen en daarboven ook nog eens dit verlies via de liquidatieverliesregeling wordt genomen, wordt het nieuwe lid 9 ingevoegd.

Ingeval een tussenmaatschappij wordt geliquideerd kan in beginsel een liquidatieverlies in aanmerking worden genomen. Echter, voor zover het liquidatieverlies samenhangt met verliezen van de kleindochtermaatschappij welke zijn behaald gedurende het bestaan van de fiscale eenheid, zijn deze verliezen in principe al ten laste van het fiscale-eenheidsresultaat gebracht. Dit zou leiden tot dubbele verliesneming.

Met het nieuwe lid 9 mag het liquidatieverlies slechts in aanmerking worden genomen voor zover de moedermaatschappij aannemelijk maakt dat het liquidatieverlies hoger is dan de verliezen van de gevoegde kleindochtermaatschappij die in het resultaat van de fiscale eenheid tot uitdrukking zijn gekomen.

Daarnaast kan de acquisitie van een deelneming via een tussenmaatschappij voordeliger uitpakken dan een directie acquisitie. Dit hangt samen met het zogenoemde goodwillgat.

Directe acquisitie

Stel, M koopt (K)D voor € 1000. De activa en passiva van (K)D zijn € 250 waard. Indien (K)D wordt gevoegd in een 'normale' fiscale eenheid met M als moedermaatschappij ontstaat een goodwillgat van € 750. Op het moment van liquidatie van (K)D komt een fiscaal liquidatieverlies van € 250 tot uitdrukking. Het goodwillgat ad € 750 ben je binnen de fiscale eenheid kwijt. Ter grootte van dit bedrag is liquidatieverlies niet (meer) mogelijk.

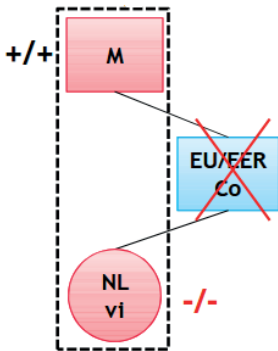
Indirecte acquisitie

Indien (K)D wordt aangekocht via een tussenmaatschappij (TM) en een Papillon fiscale eenheid wordt aangegaan tussen M en (K)D is het opgeofferd bedrag van de deelneming in TM € 1000. Door de optelbalans waardeert M de activa/passiva van (K)D op € 250. Op het moment dat (K)D en TM worden geliquideerd kan een liquidatieverlies van € 250 in de fiscale eenheid worden genomen en een liquidatieverlies ten aanzien van TM ad € 750.

Vaste inrichting – dubbele verliesverrekening

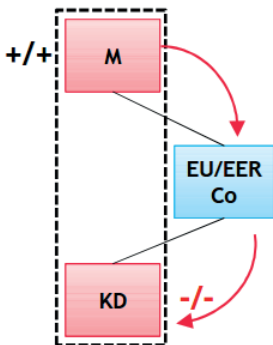
Tevens zou dubbele verliesverrekening kunnen ontstaan indien de verliezen van een Nederlandse vaste inrichting tijdens de fiscale eenheidsperiode worden verrekend met de winsten van de Nederlandse moedermaatschappij en deze

moedermaatschappij daarnaast een liquidatieverlies claimt op haar belang in de EU/EER-deelneming. Het nieuwe art. 13d, lid 9, Wet VPB 1969 neemt het opgeofferd bedrag in aanmerking voor zover het opgeofferd bedrag hoger is dan de verliezen van de vaste inrichting.



Afwaardering vordering op deelneming – dubbele verliesverrekening

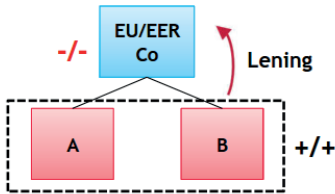
Ook zou dubbele verliesverrekening kunnen ontstaan indien de verliezen van de kleindochtermaatschappij worden verrekend met de winsten van de moedermaatschappij tijdens de fiscale eenheidsperiode en de moedermaatschappij een verlies lijdt op een vordering op haar EU/EER-deelneming die (deels) in waarde daalt wegens een waardedaling van de kleindochtermaatschappij. Art. 15ac, lid 8, Wet VPB 1969 voorkomt dan dubbele verliesneming in Nederland door het verlies op de schuldvordering niet in aftrek toe te laten indien dit verlies verband houdt met verliezen in een andere maatschappij.



Afwaarderingsverlies binnen zuster fiscale eenheid - dubbele verliesverrekening

Tot slot, zou dubbele verliesverrekening ook kunnen ontstaan indien de verliezen van het ene zusje (A) in de zuster fiscale eenheid worden verrekend met de winsten van het andere zusje (B) en het andere zusje (B) een afwaarderingsverlies lijdt op de vordering op de EU/EER-moedervernootschap. De EU/EER-moedervernootschap is dan insolvent vanwege de waardedaling van het ene

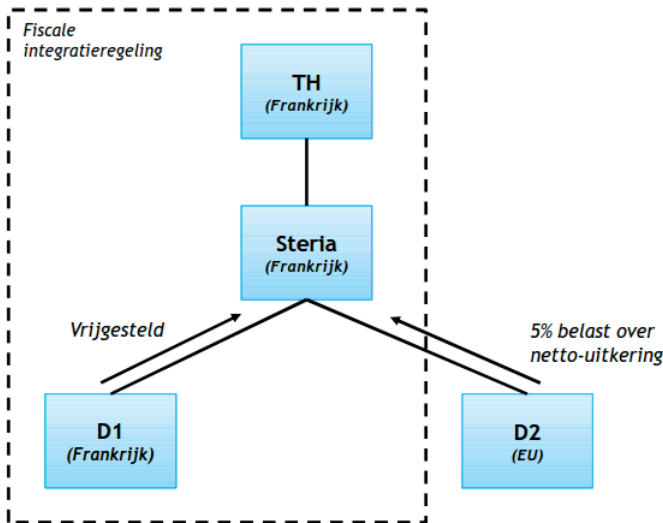
zusje (A). Art. 15ac, lid 8, Wet VPB 1969 voorkomt in dit geval dubbele verliesneming in Nederland door het verlies op de schuldvordering niet in aftrek toe te laten indien dit verlies verband houdt met verliezen in een andere maatschappij.



3 ENKELE INTERNATIONALE ONTWIKKELINGEN

Groupe Steria

Op 2 september 2015 heeft het Hof van Justitie EU het Groupe Steria-arrest gewezen²⁴. In deze zaak hield een Franse tussenhoudstervenootschap een deelneming genaamd Steria. Steria hield op haar beurt twee deelnemingen: een Franse deelneming die gevoegd was in de Franse fiscale integratieregeling en een EU-deelneming. De EU-deelneming was niet opgenomen in de Franse fiscale integratieregeling.



De dividenden die Steria ontvangt van haar Franse deelneming zijn op grond van de Franse fiscale integratieregeling vrijgesteld van heffing, terwijl de dividenden afkomstig uit haar EU-deelneming tegen 5% zijn belast.

24. HvJ EU 2 september 2015, zaak C-386/14, BNB 2015/223.

In dit arrest oordeelde het HvJ EU het volgende:

‘27. Uit het arrest X Holding (...) kan evenwel niet worden afgeleid dat elk verschil in behandeling tussen vennootschappen die tot een fiscaal geïntegreerde groep behoren en vennootschappen die niet tot een dergelijke groep behoren, verenigbaar is met artikel 49 VWEU. In dat arrest heeft het Hof de voorwaarde van ingezetenschap namelijk alleen beoordeeld als toegangsvoorwaarde voor een fiscale integratieregeling en heeft het geoordeeld dat die voorwaarde gerechtvaardigd was omdat een dergelijke regeling het mogelijk maakt om binnen de fiscaal geïntegreerde groep verliezen over te dragen. 28. Aangaande de andere belastingvoordelen dan de overdracht van verliezen binnen de fiscaal geïntegreerde groep moet bijgevolg (...) een afzonderlijke beoordeling worden verricht van de vraag of een lidstaat die voordelen kan voorbehouden aan vennootschappen die deel uitmaken van een fiscaal geïntegreerde groep en die voordelen dus kan uitsluiten in grensoverschrijdende situaties.’

Het HvJ EU oordeelt hier dus dat een afzonderlijke (per voordeel) toetsing dient plaats te vinden.

Renteaftrekbeperking art. 10a Wet VPB 1969

Op 8 juli 2016 heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU inzake de per-elementbenadering en de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969²⁵. Kort gezegd leende in deze zaak een Nederlandse belastingplichtige geld van een Zweedse groepsvennootschap. De met die lening verkregen gelden stortte zij vervolgens in een Italiaanse dochtervennootschap. De rente op deze schuld werd op grond van art. 10a Wet VPB 1969 niet in aftrek toegestaan.

De belastingplichtige motiveert in deze zaak, dat indien zij een fiscale eenheid had kunnen vormen met de verkregen Italiaanse dochtervennootschap, de rente wel in aftrek zou zijn toegestaan, omdat door consolidatie de kapitaalstorting niet te zien zou zijn, waardoor er geen sprake zou zijn van een besmette rechtshandeling in de zin van art. 10a, lid 1, Wet VPB 1969.

De Hoge Raad oordeelt in haar arrest dat art. 10a Wet VPB 1969 als zodanig niet in strijd is met het Europees recht. Art. 10a Wet VPB 1969 voldoet aan de vereiste rechtvaardigingsgrond ‘voorkomen van belastingmisbruik’ en het beperken van de gehele aftrek is niet onevenredig²⁶.

Eventueel zou er wel met succes een beroep kunnen worden gedaan op de per-elementbenadering. De per-elementbenadering is reeds verworpen door de Hoge Raad in de arresten van 24 juni 2011 (*BNB 2011/244*) en 21 september 2012 (*BNB 2013/15*). Echter, na HvJ EU *Groupe Steria* en HvJ EU *Finanzamt Linz* (6 oktober 2015) bestaat er twijfel over de juistheid van deze arresten, waardoor de Hoge Raad verplicht is om hierover prejudiciële vragen te stellen, wat inmiddels ook is gebeurd.

25. HR 8 juli 2016, *NTFR 2016/1857*.

26. HR 23 januari 2004, *BNB 2004/142*.

Sarakreek

In 1986 is het Sarakreek-arrest²⁷ geweest. Het Sarakreek-arrest betrof een in Nederland gevestigde nv die de moedermaatschappij was van een fiscale eenheid met twee in Nederland gevestigde dochtermaatschappijen die onroerende zaken in de Verenigde Staten verhuurden. De moedermaatschappij had uit eigen vermogen geld geleend aan de dochtermaatschappijen ter financiering van de onroerende zaken. De dochtermaatschappij betaalde aldus rente aan de moedermaatschappij. De inkomsten uit de in de Verenigde Staten gesitueerde onroerende zaken werden uit hoofde van het vigerende belastingverdrag aan de Verenigde Staten toegewezen. De vraag was voor welk bedrag Nederland aftrek ter voorkoming van dubbele belasting moest verlenen aan de (moedermaatschappij van de) fiscale eenheid, en meer in het bijzonder of de rentekosten de aftrekwinst van de (fictieve) vaste inrichting verminderden. De Hoge Raad oordeelde dat de aftrek diende te worden berekend over de buitenlandse winst zoals die in de gehele winst van de fiscale eenheid was begrepen. Dus zonder rekening te houden met rente die is verschuldigd tussen de fiscale eenheidsmaatschappijen. Ook is niet relevant of de kosten in het buitenland aftrekbaar zijn.

Naar aanleiding van dit arrest heeft de wetgever reparatiewetgeving in art. 15ac, lid 5, Wet VPB 1969 opgenomen. Dit artikel houdt kort gezegd in dat als de objectvrijstelling van de fiscale eenheid hoger is dan de objectvrijstellingen zouden zijn geweest van de afzonderlijke maatschappijen bij een zelfstandige belastingplicht, de vrijstelling met dit verschil wordt verlaagd. Een verlaging geldt niet indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de financieringskosten in het andere land niet aftrekbaar zijn.

In het arrest HR 3 juni 2016 (*BNB 2016/171*) bevestigde de Hoge Raad dat het Sarakreek-arrest nog gelding heeft onder het nieuwe fiscale eenheidsregime. Interne kosten zoals rente, royalty's, huur en soortgelijke vergoedingen krijgen een Sarakreek-conforme behandeling en worden dus niet in aanmerking genomen bij de berekening van de vrij te stellen winst van de vaste inrichting.

De reparatiewetgeving van art. 15ac, lid 5, Wet VPB 1969 ziet op financieringskosten. In het hiervoor genoemde arrest ging het echter niet over financieringskosten, maar over royaltybetalingen. De Hoge Raad oordeelde hierover niet expliciet, maar impliciet lijkt de Hoge Raad te oordelen dat de reparatiemaatregel niet geldt voor royalty's. Dit zou dan ook moeten betekenen dat alle andere kosten die niet zijn aan te merken als financieringskosten, zoals hoofdkantoorkosten, niet onder de reparatiewetgeving vallen.

27. HR 4 juni 1986, *BNB 1986/239*.

VII *Belastingplan 2017: internationale ontwikkelingen, de innovatiebox en de APA/ATR-(ruling)praktijk*

| | |
|-----------------------|--|
| <i>Verslaglegger:</i> | <i>F.J.L.P. (Floris-Jan) Drost MSc</i> |
| <i>Inleider:</i> | <i>mr. M.C. (Martin) de Graaf, Belastingdienst Rotterdam en verbonden aan de VU Amsterdam en mw. drs. J.F. (Judith) Jansen, Belastingdienst Rotterdam.</i> |
| <i>Datum:</i> | <i>22 november 2016</i> |

1 **INTRODUCTIE**

In deze lezing bespreken De Graaf en Jansen onder andere de APA/ATR-praktijk (i.e. wat houdt de praktijk in en wat doen ze?), de innovatieboxwetgeving per 1 januari 2017 (i.e. in vogelvlucht een aantal belangrijke wijzigingen) alsmede een aantal overige (inter)nationale ontwikkelingen.

2 **APA/ATR-(RULING)PRAKTIJK**

Het APA/ATR-team is onderdeel van de Belastingdienst en gevestigd in Rotterdam. De werkzaamheden bestaan onder andere uit het verlenen van zekerheid vooraf en anderzijds het houden van toezicht. Er wordt een toelichting gegeven op de onderwerpen waarover zekerheid vooraf wordt gegeven, we krijgen een inkijkje in de grootte en samenstelling van het team en in het aantal rulings waarover jaarlijks zekerheid vooraf wordt gegeven. Tevens wordt een algemeen APA-proces beschreven, waarin wordt stilgestaan bij de samenwerking tussen de verschillende teams binnen de Belastingdienst en het Ministerie van Financiën. Ook de rol van het Aanspreekpunt Buitenlandse Investerings wordt benoemd.

3 **(INTER)NATIONALE ONTWIKKELINGEN**

De Europese Anti-Tax Avoidance Directive (EU ATAD) is inmiddels aangenomen en gaat leiden tot aanpassingen ten aanzien van vijf onderwerpen in het nationale recht (rentekosten, exit taxation, general anti-abuse rule, CFC-regels en hybrid mismatches). Op basis van de ATAD (1 en 2) dienen per 1 januari 2019 / 1 januari 2020 deze vijf zaken in de nationale regelgeving te zijn vastgelegd en van toepassing te zijn.

In de lezing wordt tevens stilgestaan bij de lopende staatssteunprocedures, het vestigingsklimaat en de uitwisseling van informatie. Nationale ontwikkelingen zoals de aangekondigde wetgeving voor de Coops, bestaande en toekomstige substance-eisen en de vestigingsklimaatbrief passeren ook de revue. Ten slotte

wordt nog iets uitgebreider stilgestaan bij de aangepaste regels van de innovatieboxwetgeving zoals van toepassing per 1 januari 2017.

VIII *Renteaftrekbeperkingen na het Belastingplan 2017*

Verlaglegger: mw. mr. M.F.J.H. (Sandra) van Buren

Inleider: mw. dr. C.L. (Corina) van Lindonk, *director bij Deloitte Belastingadviseurs BV*

Datum: 7 december 2016

1 INLEIDING

Van Lindonk verwelkomt allereerst het publiek bij de lezing. De spreker geeft aan dat zij een overzicht zal geven van de huidige renteaftrekbeperkingen van art. 10a en 15ad Wet VPB 1969, om er goed in te komen. Daarna wordt verder ingegaan op de voorgestelde wijzigingen in het Belastingplan 2017 en de impact voor de praktijk.

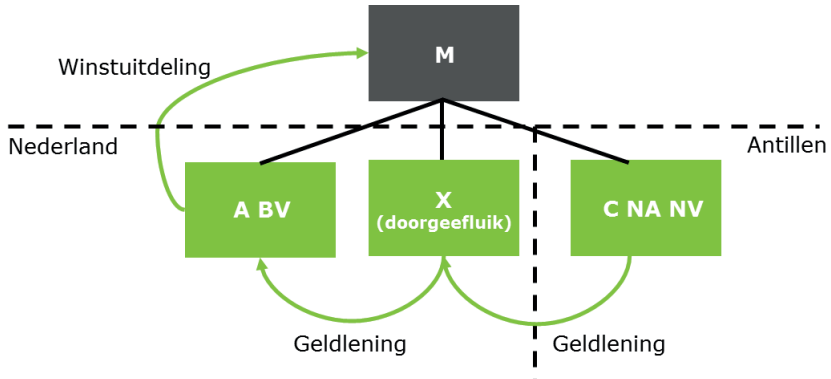
2 OVERZICHT ART. 10A WET VPB 1969

Van Lindonk licht toe waar we het over hebben als we spreken over de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969. Art. 10a Wet VPB 1969 is van toepassing als het gaat om een intragroepslening, waarna een besmette rechtshandeling is verricht. Een belangrijk element in art. 10a Wet VPB 1969 is de materiële werkelijkheid. Het gaat daarbij om een rechtshandeling verricht door een Nederlands belastingplichtige en financiering verstrekt door een met hem verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon. De rechtshandeling dient rechtens dan wel in feite direct of indirect verband te houden met:

- winstuitdelingen/teruggaaf gestort kapitaal;
- kapitaalstortingen; of
- verwerving/uitbreiding van een belang (en daarna verbondenheid).

Een geldlening verstrekt door een groepsmaatschappij, waarmee operationele activiteiten worden verricht, kan dus onder de werking van art. 10a Wet VPB 1969 vallen. In eerste instantie lijkt hier geen sprake te zijn van een besmette rechtshandeling. Het is echter belangrijk dat bepaald dient te worden wat de herkomst van de geldlening is. De ratio van de renteaftrekbeperking is het voorkomen dat eigen vermogen wordt omgekeapt naar vreemd vermogen en het rondpompen van financiering binnen een concern leidt tot (additionele) renteaftrek.

2.1 Winstuitdeling (lid 1, onderdeel a)



In bovenstaande situatie is sprake van een geldlening van een verbonden partij (X), maar de herkomst van de lening is C NA nv. A bv verricht vervolgens een besmette rechtshandeling, zijnde de winstuitdeling. A bv valt onder de werking van art. 10a Wet VPB 1969.

Nu is het de vraag of X ook onder de werking valt van art. 10a Wet VPB 1969. Als X een doorgeefluik is, dan valt X niet onder de werking van art. 10a Wet VPB 1969. Indien er echter geen sprake is van een parallelle doorgeefsituatie, waardoor X geen doorgeefluik is, dan valt X wel onder de werking van art. 10a Wet VPB 1969. Van Lindonk merkt op dat dat niet de bedoeling kan zijn. De '10a-transactie' zit namelijk niet bij X die in- en doorleent, maar bij A bv die met de geldlening een besmette transactie, zijnde de winstuitdeling verricht. Echter is voorgaande wel bevestigd in Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 8, p. 80.

2.2 Kapitaalstorting (lid 1, onderdeel b)

Een kapitaalstorting is een besmette rechtshandeling als deze wordt gedaan door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een met hem verbonden lichaam.

2.3 Verwerving of uitbreiding van een belang (lid 1, onderdeel c)

De verwerving of uitbreiding van een belang, waarna vervolgens sprake is van verbondenheid, geldt sinds 2007 niet alleen voor groepstransacties, maar ook voor externe acquisities. Art. 15ad Wet VPB 1969 (de overnameholdingbepaling) is in 2007 afgeschaft en geïncorporeerd in de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969. Vanaf 2007 geldt dan ook dat een externe acquisitie ook een besmette rechtshandeling kan zijn. Sinds 2012 bestaat de overnameholdingbepaling van art. 15ad Wet VPB 1969 weer naast de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969, maar is de werking van art. 10a Wet VPB 1969 niet aangepast.

2.4 Tegenbewijsregeling

Als art. 10a Wet VPB 1969 van toepassing is, bestaat de mogelijkheid om alsnog rente in aftrek te brengen, indien voldaan wordt aan de tegenbewijsregeling van art. 10a, lid 3, onderdeel a en/of b, Wet VPB 1969.

Lid 3, onderdeel a

Indien gebruik wordt gemaakt van de tegenbewijsregeling van onderdeel a, dient er een dubbele zakelijkheidstoets te worden aangelegd. De zakelijke redenen moeten aannemelijk worden gemaakt ten aanzien van de:

- schuld (geen onzakelijke omleiding); en
- rechtshandeling.

Lid 3, onderdeel b

Indien niet voor de tegenbewijsregeling van onderdeel a wordt gekozen, bestaat er de mogelijkheid om aan te tonen dat er sprake is van een compenserende heffing op het niveau van de crediteur van de lening. Er moet sprake zijn van:

- een redelijke heffing over de rente (10% naar Nederlandse maatstaven); én
- de rente dient per saldo te zijn verschuldigd (dus niet indien er sprake is van verliescompensatie of aanspraken uit voorafgaande jaren).

Er dient dan ook een verband te bestaan tussen de redelijke heffing en het daadwerkelijk verschuldigd zijn van de rente.

Indien een beroep wordt gedaan op de tegenbewijsregeling van onderdeel b, kan de rente alsnog niet in aftrek worden gebracht indien de inspecteur aannemelijk kan maken dat de lening is aangegaan met het oog op de verrekening van toekomstige verliezen of andere aanspraken.

Sinds 2008 wordt de inspecteur ook de mogelijkheid geboden om aannemelijk te maken dat zakelijke overwegingen ontbreken aan de schuld of aan de daarmee verband houdende rechtshandeling, ondanks dat sprake is van een compenserende heffing. De compenserende heffingstoets is sinds 2007 geïntroduceerd en het Ministerie van Financiën vond het niet wenselijk dat op deze manier alsnog winstdrainage in Nederland ontstond. In principe hoeft de inspecteur alleen maar aannemelijk te maken dat een van beiden, de schuld of de rechtshandeling, niet voldoet aan overwegend zakelijke grondslagen. Ondanks de compenserende heffing is er dan alsnog geen renteaftrek. Op het moment dat de compenserende heffing 10% (of meer) bedraagt, terwijl het Nederlandse tarief 25% is, kunnen er nog wel kasrondjes worden opgezet in verband met het verschil in tarief (bijvoorbeeld met Cyprus). Door middel van het opzetten van het kasrondje, wordt renteaftrek gecreëerd tegen een tarief van 25%, terwijl de rente wordt belast tegen bijvoorbeeld 10%.

Valutareresultaten

De Hoge Raad heeft in haar arrest van 24 februari 2012, nr. 10/03465, BNB 2012/229 bepaald dat valutaverliezen integraal niet aftrekbaar zijn.

Valutawinsten worden echter ook niet in de heffing betrokken, indien de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969 van toepassing is op de desbetreffende

lening. Daarbij wordt opgemerkt dat dit past binnen de ratio van de wet, aangezien valutaresultaten niet kunnen worden gepland. Het resultaat is onvoorspelbaar, terwijl bij het aangaan van de financiering zelf duidelijk is wat de daarmee verband houdende kosten zijn. Het Ministerie van Financiën was in eerste instantie van mening dat een valutaverlies niet aftrekbaar mocht zijn, maar een valutaresultaat wel belast. In de literatuur is aangegeven dat een verlies en resultaat in een jaar diende te worden gesaldeerd en vervolgens een (overig) verlies niet in aftrek mocht worden genomen, maar een overig resultaat wel diende te worden belast. De Hoge Raad heeft met haar arrest een einde gemaakt aan deze onzekerheid.

Tegenbewijsregeling optioneel?

Vanuit het publiek wordt de vraag gesteld of het mogelijk is om in enig jaar gebruik te maken van de tegenbewijsregeling en in een ander jaar niet. De spreker geeft aan dat uit de wet blijkt dat de tegenbewijsregeling een keuze is van de belastingplichtige. Daarentegen geeft zij ook aan dat er argumenten zijn dat de belastingplichtige de bestendige gedragslijn dient te volgen, indien hij eenmaal een standpunt heeft ingenomen. Dit vraagstuk staat echter nog open. Op basis van de tekst van de wet is het in ieder geval een keuze van de belastingplichtige en is het een pleitbaar standpunt indien de belastingplichtige wisselt in zijn keuze.

De spreker vertelt over een casus waarin een lening is aangegaan van een entiteit die geen onderdeel was van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting (art. 15 Wet VPB 1969), waarmee een besmette rechtshandeling werd verricht. De belastingplichtige koos ervoor om geen beroep te doen op de tegenbewijsregeling, waardoor de rente niet aftrekbaar was. Vervolgens gingen de twee entiteiten een fiscale eenheid aan, waardoor de (interne) lening niet zichtbaar was door de consolidatie. In verband met voorvoegingsverliezen diende het resultaat van de entiteiten wel separaat te worden berekend en zou er standalone wel of geen recht zijn op de renteaftrek (art. 15ah Wet VPB 1969). Belastingplichtige heeft er in het verleden, voor het aangaan van de fiscale eenheid, voor gekozen om de renteaftrek niet te nemen. De inspecteur stelde zich in deze casus op het standpunt dat de belastingplichtige wél gebruik diende te maken van de tegenbewijsregeling, waardoor de renteaftrek standalone wel aftrekbaar was. Er ontstaat discussie over de verplichting versus de mogelijkheid om wel of geen tegenbewijsregeling te leveren. De spreker verwacht dan ook dat dit in de toekomst zal worden beslecht in een uitspraak van de rechter. Zij geeft daarbij aan dat ook in het kader van de nieuwe renteaftrekbeperking in verband met de invoering van de *Anti Tax Avoidance Directive*, de zogenoemde *earningsstrippingmaatregel*, het de verwachting is dat art. 10a Wet VPB 1969 in stand blijft. Art. 10a Wet VPB 1969 wordt gerechtvaardigd om specifieke transacties tegen te gaan, dus is het de verwachting dat we er nog jarenlang 'plezier' van hebben.

De vraag komt op of er altijd wordt voldaan aan de tegenbewijsregeling, indien een vennootschap indirect extern is gefinancierd. De situatie is als volgt: een groepsmaatschappij leent van de bank, waarna deze vennootschap aan een

andere groepsmaatschappij leent en laatstgenoemde groepsmaatschappij een besmette rechtshandeling verricht.

Wordt er dan voldaan aan de dubbele zakelijkheidstoets? Ervaring leert dat diverse inspecteurs zich op het standpunt stellen dat de financiering alleen nog niets zegt, maar dat er sprake is van een dubbele toets. Bij een externe acquisitie is over het algemeen aan de zakelijkheid van de transactie voldaan, maar bij een winstuitdeling of kapitaalstorting dient dit nog aannemelijk te worden gemaakt.

In het besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M is hierover het volgende opgenomen: 'Overigens merk ik op dat het voorgaande ook geldt voor de tegenbewijsregeling van artikel 10a, derde lid, onderdeel a. Indien de lening van een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon uiteindelijk extern is gefinancierd wordt voldaan aan de tegenbewijsregeling van artikel 10a, derde lid, onderdeel a, zolang de bedoelde parallelliteit aanwezig is.'

Daarbij opgemerkt dat in 2005 de externe acquisitie nog niet onder de werking van art. 10a Wet VPB 1969 viel, gaat dit dus per definitie over een winstuitdeling of kapitaalstorting.

In de parlementaire geschiedenis²⁸: 'Voorts kan worden gedacht aan de situatie dat er sprake is van een lening verstrekt door een verbonden lichaam, terwijl dit lichaam op zijn beurt leent van een derde. Feitelijk is de lening alsdan aangegaan jegens een derde.' Rechttoe rechtaan is art. 10a Wet VPB 1969 bedoeld voor financiering door groepsmaatschappijen.

Indien een groepsmaatschappij feitelijk leent van een derde, is het volgens de spreker dan ook duidelijk dat er geen misbruiksituatie is. Zij merkt daarbij wel op dat dit natuurlijk uitgezonderd is van de situatie waarin er een onzakelijke omleiding is: 'Ingevolge het derde lid van artikel 10a wordt de uitsluiting van de renteaftrek in de eerste plaats teruggenomen indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan het complex van rechtshandelingen en de lening in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. In de memorie van toelichting is op bladzijde 21 aangegeven dat hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin sprake is van een lening verstrekt door een verbonden lichaam, terwijl dit lichaam op zijn beurt leent van een derde. Feitelijk is de lening dan aangegaan jegens een derde.'²⁹

Van Lindonk loopt vervolgens door diverse uitspraken heen, waarin een en ander wordt verduidelijkt hoe om te gaan met de dubbele zakelijkheidstoets.

Hof Amsterdam, 9 juni 2016, nr. 13/00794 (Credit Suisse): 'Op grond van de parlementaire behandeling (incl. de aangehaalde passages van het rapport van Werkgroep II) lijkt de dubbele toets in voorkomend geval in één toets op te gaan, te weten die betreffende de aanwezigheid – rechtens dan wel in feite direct of indirect – van een externe financiering van de geldlening.

28. Kamerstukken II, 1995-1996, 24 696, nr. 3, p. 21.

29. Kamerstukken II, 1995-1996, 24 696, nr. 8, p. 27.

Het Hof baseert deze uitleg op de hiervoor aangehaalde passages uit de parlementaire geschiedenis, nu daarin, in geval van een – ter financiering van de geldlening – jegens een derde aangegane lening, zakelijke overwegingen zonder meer als ten grondslag liggend aan de rechtshandeling en die geldlening aanwezig worden geacht. Deze uitleg vindt bevestiging in par. 2.1.2 van het Besluit. Op grond van deze uitlatingen concludeert het Hof derhalve dat het (kennelijk) de bedoeling van de wetgever is geweest om in geval van externe financiering de aftrek van rente niet op grond van artikel 10a van de Wet te beperken.’

Van Lindonk haalt daarbij ook de volgende uitspraak van de Hoge Raad aan en geeft aan dat zeker met het volgende in de hand men in principe in art. 10a Wet VPB 1969 valt. Aangezien de lening direct afkomstig is van een verbonden lichaam, maar deze indirect extern inleent, is art. 10a Wet VPB 1969 echter niet van toepassing door de tegenbewijsregeling. Hoge Raad 8 juli 2016, nr. 15/00194, BNB 2016/197: ‘Met de terminologie ‘rechts dan wel in feite direct of indirect’ heeft de wetgever dus beoogd aan te sluiten bij de materiële werkelijkheid. Aansluiting bij de materiële werkelijkheid kan echter ook ertoe leiden dat een samenstel van rechtshandelingen dat zich bij eerste waarneming binnen het bereik van de onderhavige beperking van renteaftrek bevindt, niettemin daarbuiten valt omdat de litigieuze geldlening materieel is verstrekt door een derde of door een verbonden persoon van wie over de rente per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is in de zin van artikel 10a, lid 3, letter b van Wet Vpb 1969.’

De ervaring uit de praktijk leert dat paralleliteit een aanwijzing is voor een verband; dus geen voorwaarde om aan te tonen dat een lening indirect zakelijk is ingeleend en op basis van zakelijke overwegingen is afgesloten. Daarentegen staat in de parlementaire geschiedenis het volgende: ‘De eis van paralleliteit tussen de schuld en de uiteindelijke externe financiering is nodig omdat het moet gaan om situaties waarin tussen beide een direct verband bestaat. Is dat het geval, dan blijft ook het gewijzigde artikel 10a buiten toepassing.’³⁰

Van Lindonk haalt ook het arrest aan van Hoge Raad 1 maart 2013, nr. 11/001675, BNB 2013/137. In het kader van een vervreemding diende er een splitsing te worden gemaakt tussen de industriële vorderingen en de consumentenvorderingen. De industriële vorderingen dienden daarbij te worden behouden en de consumentenvorderingen dienden door verkoop over te gaan op een andere partij. Die vorderingen zijn als winstdeling uitgekeerd naar de aandeelhouder, waardoor sprake was van financiering gevolgd door een besmette rechtshandeling. De rechtshandeling werd hierbij zakelijk geacht en stond dan ook niet ter discussie. De zakelijkheid van de financiering stond echter wel ter discussie. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat ondanks dat het einddoel van de rechtshandelingen zakelijk is, dit onvoldoende is voor de zakelijkheid van het aangaan van de schuld: ‘De Inspecteur heeft immers deze mogelijkheden aangedragen ter weerspreking van de stelling van belanghebbende dat de door haar gevolgde

30. Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 8, p. 81.

weg de enig mogelijke weg was om de nagestreefde zakelijke doelen te realiseren. 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.'

Dat een belastingplichtige keuzevrijheid heeft bij de vorm van financiering van een vennootschap waarin zij deelneemt, blijkt uit Hoge Raad 2 februari 2014, nr. 12/03540, *BNB 2014/79* en Hoge Raad 5 juni 2015, nr. 14/00343, *BNB 2015/165* (Mauritius): 'Tegen die achtergrond moet de passage uit de memorie van antwoord zo worden begrepen dat in beginsel sprake is van een geldlening waaraan in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, als geen sprake is van een omleiding van de voor de acquisitie aangewende middelen. Bij een rechtstreekse financiering ligt het in de keuzevrijheid van de belastingplichtige besloten dat de wetgever mogelijke fiscale overwegingen die aan de gekozen financiering ten grondslag liggen, als passend binnen die vrijheid, heeft aanvaard. Indien, zoals in het onderhavige geval, door een Nederlandse vennootschap gelden worden geleend voor het doen van externe acquisities, is het voor de vraag of aan die geldlening in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen niet doorslaggevend of op enig moment al dan niet vaststaat welke externe acquisities zullen worden gepleegd.'

Dit blijkt ook uit het arrest van Hoge Raad 8 juli 2016, nr. 15/00194, *BNB 2016/197* (Italiaanse Beurs exit): 'In de tweede plaats heeft een belastingplichtige, de vrijheid zijn economische belangen en (financiële) middelen onder te brengen in een in Nederland gevestigde vennootschap, ook al wordt die keuze bepaald door omstandigheden die zijn gelegen in de sfeer van de belastingheffing. Anders dan met betrekking tot de hiervoor vermelde inbreuk op de vrijheid van de belastingplichtige met betrekking tot de keuze van zijn financieringsstructuur, blijkt uit de parlementaire behandeling van artikel 10a van de Wet niet dat met de invoering van die bepaling beoogd is deze tweede vrijheid te beperken.' Aansluiting bij de materiële werkelijkheid kan er ook toe leiden dat een samenstel van rechtshandelingen zich bij eerste waarneming binnen het bereik van de renteaftrekbepanking bevindt, maar daarbuiten valt omdat de geldlening materieel is verstrekt door een derde of door een verbonden persoon van wie over de rente per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven, welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is in de zin van art. 10a, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969. Dit arrest is verwezen, dus definitieve uitspraak volgt nog.

3 VOORGESTELDE WIJZIGINGEN ART. 10A EN 15AD WET VPB 1969

In het Belastingplan 2017 zijn diverse voorstellen gedaan die achtereenvolgens worden behandeld.

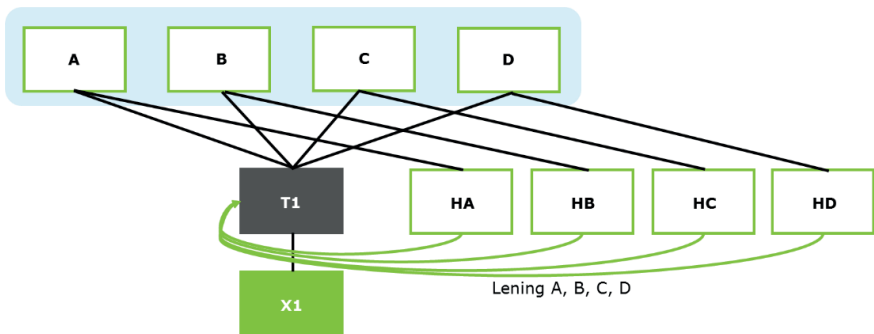
3.1 Introductie ‘samenwerkende groep’ (art. 10a, lid 6)

Deze beperking is voorgesteld om *private equitystructuren* tegen te gaan, waarbij diverse fondsen worden opgezet alvorens een acquisitie te doen.

De spreker geeft aan dat de fondsen hun acquisitiestructuur niet per definitie opzetten om gebruik te maken van renteaftrek. Voor pensioenfondsen of beleggingsinstellingen is de aftrekbaarheid van rente bijvoorbeeld geen motief om gebruik te maken van een fondsenstructuur. Daarnaast worden diverse fondsen ook beheert door diverse investeerders. Subfondsen kunnen in dat kader worden opgericht door een diversiteit aan achterliggende investeerders en verschillende kwalificaties, zoals transparantie versus non-transparantie van deze achterliggende investeerders. Indien elk fonds een belang houdt van 25% in het aandelenkapitaal van een vennootschap, zijn de fondsen op zichzelf geen verbonden lichaam van de vennootschap. Vanaf boekjaren die aanvangen op 1 januari 2017 valt ook de samenwerkende groep onder de werking van art. 10a Wet VPB 1969.

Dit hoeft overigens niet te betekenen dat de rente ook automatisch wordt beperkt in aftrek, aangezien de financiering en acquisitie nog steeds zakelijk kunnen zijn. Er is geen exacte definitie opgenomen van een ‘samenwerkende groep’. Samenwerkende aandeelhouders van wie de investering en de daarbij behorende financiering gecoördineerd plaatsvindt en waarbij de verhouding van verstrekking van eigen en vreemd vermogen gelijk is en een exit in de tussentijd niet mogelijk is, worden echter geacht een samenwerkende groep te zijn. Hierdoor wordt de samenwerkende groep alsnog geacht een verbonden lichaam te zijn en valt de financiering verstrekt door deze groep onder de werking van art. 10a Wet VPB 1969. Door de omschrijving van de samenwerkende groep kan ook een groep van bijvoorbeeld investerende familieleden, een joint venture of een STAK onder de samenwerkende groep vallen.

Onderstaande groepsstructuur valt niet onder de werking van art. 10a Wet VPB 1969, aangezien de samenwerkende groep in casu bestaat uit A, B, C en D, terwijl de financiering wordt verstrekt door HA, HB, HC en HD. Van belang is dat de ‘samenwerkende groep’ die de financiering verstrekt, eveneens een belang heeft in de vennootschap. In dit geval hebben A, B, C en D een belang in T1, terwijl HA, HB, HC en HD de financiering verstrekt.



Van Lindonk gaat vervolgens in op de diverse wijzigingen per 1 januari 2017 voor de renteaftrekbeperking van art. 15ad Wet VPB 1969.

3.2 Bestrijding ‘debt pushdown’

Een aantal jaren geleden haalde Van Lindonk al aan dat indien de schuld op het juiste niveau zat, art. 15ad Wet VPB 1969 niet tot een renteaftrekbeperking hoefde te leiden. Hiermee werd bedoeld dat er gebruik kon worden gemaakt van een zogenoemde *debt push down* op niveau van de overgenomen vennootschap.

Art. 15ad Wet VPB 1969 beperkt namelijk aftrek van rente op niveau van een (lege) houdster die een fiscale eenheid aangaat met een overgenomen (operationele/winstgevende) vennootschap. Voor de berekening van het maximum aan aftrekbaar rente wordt in eerste instantie de winst van de gehele fiscale eenheid genomen. Vervolgens wordt de winst van de overgenomen vennootschap uit de fiscale eenheidswinst gehaald. Dan blijft, kortgezegd, een bedrag aan winst over dat beschikbaar is voor de dekking van de rentekosten. In principe zou een overnameholding met voldoende operationeel inkomen, de rentekosten die gepaard gaan met de overname van een nieuwe vennootschap moeten kunnen dekken. Indien er onvoldoende basis aanwezig is, bijvoorbeeld ingeval van een lege houdstervenootschap, wordt er geen renteaftrek toegestaan.

Indien de lening, na overname, op het niveau van de overgenomen vennootschap werd aangetrokken en er vervolgens een winstuitdeling plaatsvond waarmee de overnameholding haar financiering afloste, kon er alsnog gebruik worden gemaakt van de aftrek van rente. Daarmee bekostigde de overgenomen vennootschap in principe haar eigen overname.

In de nieuwe situatie wordt per 1 januari 2017 voor de berekening van de aftrekbaarheid van de rente de winst van de fiscale eenheid genomen. Vervolgens wordt de winst van de overgenomen vennootschap uit de fiscale eenheidswinst gehaald alsmede de rentekosten die zijn opgekomen door de *debt pushdown*. Hierdoor kan er geen gebruik worden gemaakt van de winst op het niveau van de overgenomen vennootschap voor de aftrek van rente.

Samenloop art. 13l Wet VPB 1969

Indien er een vennootschap wordt overgenomen door een overnameholding en de rente bij die overgenomen vennootschap vóór de overname wordt beperkt van renteaftrek door art. 13l Wet VPB 1969, en deze vervolgens wordt gevoegd in een fiscale eenheid, wordt er voor toepassing van art. 13l Wet VPB 1969 een nieuwe belastingplichtige gecreëerd. Ervanuit gaande dat er voor deze nieuwe belastingplichtige sprake is van een uitbreiding van operationele activiteiten volgens art. 13l, lid 5, Wet VPB 1969, wordt door de voeging in de fiscale eenheid het 13l-probleem opgelost. Hierdoor wordt echter wel een art. 15ad Wet VPB 1969-probleem gecreëerd. In acquisitiestructuren zit er dan ook een spanningsveld tussen deze twee renteaftrekbeperkingen.

3.3 Bestrijding misbruik ‘gezonde financieringsregeling’

Er is geen beperking als de overnameschuld gelijk of kleiner is dan een percentage van de verkrijgingsprijs van het belang in de overgenomen vennootschap. In jaar één is het percentage gesteld op 60% van de verkrijgingsprijs, die per jaar met 5% afneemt tot een percentage van 25%.

Door de verhangings van de overgenomen vennootschap binnen de groep en het aangaan van een fiscale eenheid met deze overgenomen vennootschap, kon de termijn voorheen binnen het concern opnieuw worden gestart. Per 1 januari 2017 geldt dat het moment van de oorspronkelijke voeging bij verkrijging van het verbonden lichaam als het jaar van voeging wordt aangemerkt voor het vaststellen van het percentage. Indien de acquisitieschuld in het verleden is gestegen, dan heeft ook het percentage op de gehele nieuwe verkrijgingsprijs betrekking. Ook voor bestaande situaties, waarin is verhangen binnen de groep, geldt de termijn van eerste overname binnen het concern.

3.4 Bestrijding misbruik eerbiedigende werking van per 15 november 2011 bestaande fiscale eenheden

Het overgangsrecht bevatte bij inwerkingtreding van art. 15ad een eerbiedigende werking. Art. 15ad Wet VPB 1969 was niet van toepassing bij een voeging (belastingplichtige met overgenomen vennootschap) vóór 15 november 2011 in een fiscale eenheid. Er gold eveneens een eerbiedigende werking bij verbreking van een fiscale eenheid die tot stand was gekomen vóór 15 november 2011 en werd gevolgd door een aansluitende fiscale eenheid waarvan de overnameholding en de overgenomen vennootschap deel uitmaakten.³¹

Er wordt per 1 januari 2017 een wijziging aangebracht in het overgangsrecht. Indien een bestaande fiscale eenheid deel is gaan uitmaken van een andere fiscale eenheid na 31 december 2016, is er materieel geen terugwerkende kracht meer. De eerbiedigende werking blijft wel van toepassing bij herfinanciering van de overnameschuld of na overdracht van de bestaande fiscale eenheid, mits de bestaande fiscale eenheid in stand blijft.

Van Lindonk sluit hiermee de lezing af en bedankt de JOB'ers hartelijk voor het bijwonen van de lezing.

31. Kamerstukken II, 2011-2012, 33 003, nr. 10, p. 91.

IX Intangible Property & Tax

Verlaglegger: mw. M. (Megan) Ruigrok LL.M.

Inleider: mw. M.G. (Margreet) Nijhof J.D., Baker & McKenzie Amsterdam NV

Datum: 7 december 2016

1 INLEIDING

In het internationale belastingrecht spelen transacties tussen gelieerde partijen een steeds grotere en belangrijker rol. *Transfer pricing* is het vaststellen van de (zakelijkheid van de) voorwaarden en de (zakelijkheid van de) prijs van deze transacties op basis van het *at arm's length*-beginsel.

Binnen *transfer pricing* is de behandeling van *intangible property*, en de verdeling van de winst die hiermee wordt behaald tussen gelieerde partijen, een hot topic. Voor een onderwerp van dergelijk belang zijn echter beperkte richtlijnen beschikbaar. Tijdens deze lezing wordt ingegaan op de verschillende definities van *intangible property*, het identificeren en waarderen hiervan en het internationale speelveld waarin de recente OESO-ontwikkelingen een rol spelen.

2 WHY ARE WE DISCUSSING IP TODAY?

Zoals iedereen weet, ontwikkelt onze wereld zich snel. Om winstgevend te blijven moeten bedrijven beschikken over (en investeren in) specialistische kennis en processen. *Intangibles* worden steeds belangrijker. Zo blijkt uit meerdere onderzoeken dat economieën sneller groeien indien wordt geïnvesteerd in *intangibles*. Door (onder andere) de toename van het belang van *intangibles* zijn bedrijven niet langer gebonden aan de traditionele vormen van kapitaal, welke over het algemeen inflexibel zijn, en worden bedrijven mobieler.

De invloed van *intangibles* (en de mobiliteit die deze met zich brengen) op het huidige traditionele systeem van het heffen van vennootschapsbelasting op basis van *residence* is duidelijk merkbaar. Dit systeem is ontstaan in een tijdperk waarin traditionele vormen van kapitaal het meest belangrijk waren en staat haaks op de ontwikkeling die de wereld nu doormaakt richting meer flexibiliteit en meer mobiliteit. Een voorbeeld waarin de discussie over de heffing van *intangibles* duidelijk naar voren komt, is de heffing van winsten in *internet based economies*. Waar moet de winst behaald met deze activiteiten worden belast? In het land waar de server zich bevindt of in het land waar de uiteindelijke gebruikers wonen? Ook de (publieke) discussies omtrent de *Google Parliamentary Hearings*,

het betalen van je 'fair share' en de exploitatie van de portretrechten van Ronaldo zijn voorbeelden waaruit blijkt dat deze discussie actueel is.

Meerdere initiatieven proberen richting te geven aan deze nieuwe ontwikkelingen. Voorbeelden zijn het *Anti-Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) Project van de OESO, discussies binnen de Verenigde Naties en de acties en voorstellen van de Europese Commissie. Kortom, de huidige vennootschapsbelastingssystemen zijn niet toegerust op deze flexibiliteit en mobiliteit die de nieuwe ontwikkelingen met zich meebrengen. Een verschuiving van belastingheffing van *residence* naar *source*, ofwel *nexus taxation* is dan ook merkbaar.

3 THOUGHTS ON DEFINING IP

Wat is dan *intangible property*? Vanuit juridisch, fiscaal, economisch en IFRS perspectief wordt *intangible property* verschillend gedefinieerd.

Vanuit juridisch perspectief kun je *intellectual property* definiëren als kennis, ideeën, of uitingen met een waarde, zoals uitvindingen, kennis, ontwerpen, software, etc. welke middels auteursrechten, merkenrechten, patenten en contracten een exclusief (gebruiks)recht geven aan de eigenaar. *Intellectual property* is duidelijk gedefinieerd.

Intangible property, de definitie die fiscaal van belang is, is een breder en grijzer gebied. *Intangible property* kun je definiëren als iets ontastbaars met een waarde waaronder *intellectual property* behoort, maar ook zaken zoals *know-how* en handelsgeheimen welke contractueel beschermd zijn, maar waar je geen alleenrecht op hebt. Bij andere zaken, welke je niet contractueel kan vastleggen, zoals netwerkeffecten, *first mover advantages*, bedrijfsmogelijkheden, toetredingsdrempels, menselijk kapitaal, *goodwill*, etc. kan de vraag worden gesteld of deze ook opzichzelfstaand kwalificeren als *intangible property*, of dat deze enkel de waarde van de *intangibles* verhogen.

Vanuit een economisch perspectief wordt *intangible property* gebruikt voor het bepalen van de waarde van een onderneming. Indien de *return on invested capital* hoger is dan de *weighted average cost of capital*, dan zal er een (ontastbaar) goed zijn dat daaraan heeft bijgedragen, zoals concurrentievoordelen, *intangible property*, innovatie, of synergiën. Dit ontastbare goed wordt vanuit economisch perspectief als een *intangible* aangemerkt.

Tot slot de definitie van *intangibles* voor accountingdoeleinden (IFRS): 'an identifiable non-monetary asset without physical substance, controlled by the entity and held for use in the production or supply of goods or services, for rental to other, or for administration purposes.'

Voor *transfer pricing*-doeleinden is de definitie van een *intangible* een combinatie van de economische en juridische interpretaties. Gelet op de brede definitie en de meerdere invalshoeken kunnen er verschillen bestaan tussen de interpretatie van de belastingautoriteit en de belastingplichtige.

Een van de actiepunten van het BEPS Project betreft *intangible property* en haakt in op de (mogelijke) discussie omtrent het definiëren van *intangibles*.

Op 5 oktober 2015 is het finale BEPS rapport gepubliceerd. Actiepunten 8 – 10 zien op ‘*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*’. Deze actiepunten willen uitholling van de belastinggrondslag en verschuiving van winsten door middel van *intangibles* voorkomen. Het rapport bevat wijzigingen van hoofdstuk 6 van de OECD *Transfer Pricing Guidelines* voor zover het *intangibles* betreft.

Kort gezegd dient de winst volgens de OECD te worden belast daar waar ‘de waarde wordt gecreëerd’. Dit is ook van invloed op hoe de OECD naar *intangibles* kijkt.

4.1 Definitional issues

De OESO definieert *intangible property* voor *transfer pricing*-doeleinden als volgt:

‘something which is not a physical asset or a financial asset, and which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances.’

Bij het identificeren van *intangibles* voor *transfer pricing*-doeleinden dient te worden onthouden dat (i) het begrip *intangibles* voor *transfer pricing*-doeleinden en voor ‘royalties’ met betrekking tot de toepassing van art. 12 OESO Model Verdrag niet hetzelfde zijn, (ii) het vaststellen van een activia als *intangible* niet voortkomt uit het vaststellen van een item voor algemene fiscale doeleinden (bijvoorbeeld, onkosten en afschrijvingen), (iii) het apart kunnen overdragen van een goed geen vereiste is voor de kwalificatie als *intangible*, (iv) juridische bescherming (merkenrechten, auteursrechten, etc.) van een goed niet per definitie leidt tot een kwalificatie als *intangible* voor *transfer pricing*-doeleinden en (v) de accounting definitie (ook) niet leidend is.

Volgens de OESO kwalificeren de volgende goederen niet als *intangibles*:

- locatie specifieke voordelen, bijvoorbeeld lagere loonkosten of een grote consumentenmarkt;
- synergiën, dit zijn immers vergelijkingsfactoren; en
- het personeelsbestand an sich, hoewel met een geheel personeelsbestand ook know-how of bedrijfsgeheimen (wel *intangibles*) kunnen overgaan.

Belangrijk om op te merken is dat dit de mening van de OESO betreft. Niet alle organisaties (bijvoorbeeld de Verenigde Naties) en niet alle landen zijn het eens met deze benaderingen. Er ontstaat hierdoor een spanningsveld tussen OESO- en niet-OESO-landen. Indien een belastingplichtige in een discussie belandt tussen twee landen omtrent de definitie van een *intangible* kan een (bilaterale) *advance pricing agreement* (APA) of *mutual agreement procedure* (MAP) mogelijk uitkomst bieden. Echter, indien het een discussie betreft tussen een OESO- en een

niet-OESO-land, is de kans aanwezig dat er geen (snelle) oplossing komt voor de belastingplichtige.

4.2 Ownership of Intangibles

Zodra duidelijk is of er voor *transfer pricing*-doeleinden een *intangible* bestaat, is de vraag aan wie de winsten behaald met de *intangible* (de *intangible related return*), ofwel de overwinst, moeten worden toegerekend. Wie heeft recht op de beloning voortvloeiend uit investeringen in *intangibles*? Is dat de juridische eigenaar, degene die investeert in (de ontwikkeling van) *intangibles* of juist diegenen die verantwoordelijk zijn voor de ontwikkeling of marketing?

De allocatie van de *intangible related return* dient volgens de OECD op basis van een functionele analyse te geschieden. Hiervoor is relevant:

- welke partij(en) de *development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation* (DEMPE)-functies en/of de controle daarover uitvoert en uitoefent;
- welke partij(en) financiering en/of andere activa ter beschikking stelt voor de (door)ontwikkeling van *intangibles*; en
- welke partij(en) risico's loopt met betrekking tot de *intangible*.

De partij die de DEMPE-functies uitoefent is gerechtigd tot de winst die de *intangibles* genereren. Ook hierbij is van belang dat het juridische eigendom een indicatie is voor het bepalen wie de *intangible related return* toekomt, maar dat het alleen zijn van juridisch eigenaar onvoldoende is om gerechtigd te zijn tot deze inkomsten.

In de ideale situatie zitten het juridische eigendom en de DEMPE-functies in hetzelfde land. In internationale structuren die veelvuldig een matrixstructuur hebben, zitten de DEMPE-functies en het juridische eigendom echter vaak in meerdere landen. Er dient dan een feitelijke analyse te worden gemaakt: hoe ziet de structuur eruit, hoe lopen de contracten, hoe worden de contracten uitgevoerd (*governance*), welke processen zijn er ingevoerd, wie heeft de controle over deze processen en wie neemt de (belangrijkste) beslissingen? Ondanks ogenschijnlijk duidelijke regels bestaat in de praktijk vaak discussie over waar feitelijk de DEMPE-functies zitten, welke van de DEMPE-functies het belangrijkste zijn en wie dus gerechtigd is tot de *intangible related return*. (Bilaterale) APA of MAP kan hieromtrent zekerheid bieden voor belastingplichtigen.

5 CONCLUSIE

De wereld rondom de belastingheffing over winsten behaald met *intangibles* ontwikkelt zich snel. De OESO biedt handvatten, maar de verschillende invalshoeken maken het in de praktijk nog steeds lastig om tot een duidelijke winstverdeling te komen.

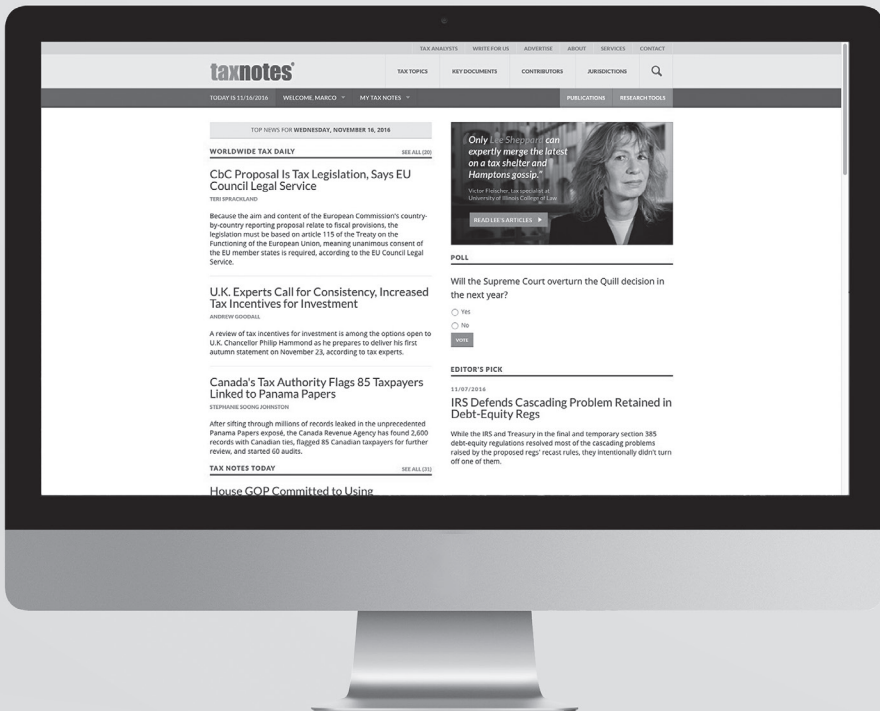
De discussie omtrent meer transparantie (*o.a. country-by-country reporting en de nieuwe richtlijnen rondom transfer pricing documentatie*) speelt hier ook een rol, aangezien de (verdeling van de) DEMPE-functies steeds zichtbaarder zullen

worden voor verschillende belastingautoriteiten en een discussie met de autoriteiten hierdoor sneller zou kunnen opklaaien.

Dit alles heeft een effect op hoe belastingplichtigen hun risico's managen, (her)structureren, centraliseren, beleid aanpassen, *transfer pricing*-beleid herijken, etc.

Tax Notes:

your first source of essential daily news, analysis and commentary.



www.sdu.nl/taxnotes

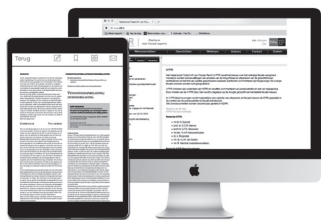
taxanalysts[®]

Sdu

oprecht
de beste
keuze

Veel meer voor veel minder

Dat moet u als fiscalist aanspreken!



Nieuwsbrief en website;
dagelijks jurisprudentie,
regelgeving en bronnen



Maandelijks
fiscale webinars



Wekelijks commentaren
op actuele jurisprudentie
en regelgeving



Maandelijks
fiscale
beschoouwingen

NTFR

Nederlands Tijdschrift
voor Fiscaal Recht

NTFR. Meer inzicht, beter advies.

Maak nu 3 maanden kennis
voor € 97,-

Bel 070 378 07 75 of kijk op www.sdu.nl/ntfr

Sdu

oprecht
de beste
keuze

Hét online kennisplatform voor de fiscaal expert die zelf bepaalt wat hij nodig heeft.



MAATWERK VOOR FISCALISTEN

NDFR

Platform
voor fiscaal experts

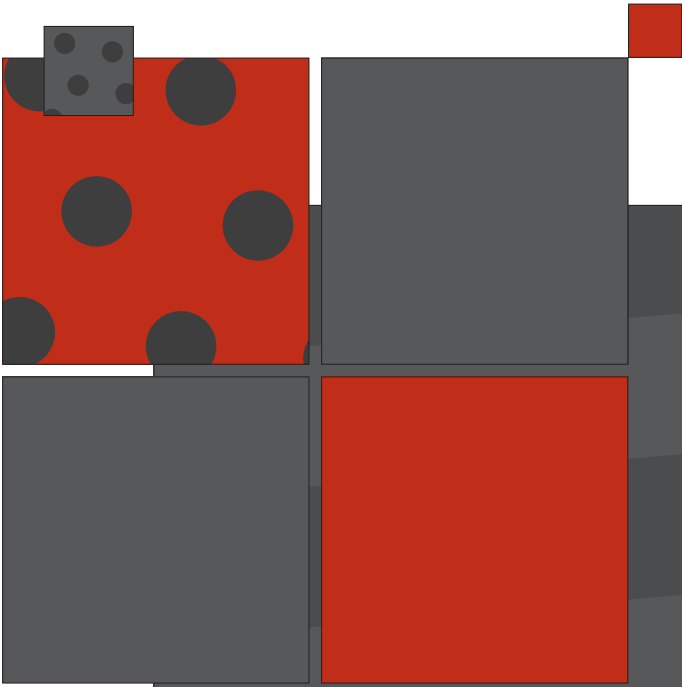
NDFR maakt fiscaal recht overzichtelijk en direct toepasbaar

NDFR is hét gebruiksvriendelijke platform voor fiscaal experts. U bepaalt zelf wat u nodig heeft, want NDFR is online beschikbaar en modulair af te nemen. Zodat u op elk moment en voor elk fiscaal vraagstuk het beste advies kunt geven. Tot in detail compleet, 100% betrouwbaar en altijd actueel. Daar staan meer dan 400 redacteuren en commentatoren elke dag opnieuw garant voor.

Gratis proberen? Mail naar aanvraagndfr@sdu.nl of kijk op 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 2016.