

Belastingadviseurs) is een
(Nederlandse Orde van
missie Vaktechniek van de
aren met succes lezingen
kundigen uit de wetenschap
L E Z I N G E N
opende fiscale onderwerpen
ragen bij aan het verhogen
niveau van jonge belasting
at verslagen van de lezingen

Commissie **Vaktechniek**
2008/2009



de Jonge Orde van Belastingadviseurs
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Lezingen Commissie Vaktechniek 2008/2009

de Jonge Orde van Belastingadviseurs

Sdu Uitgevers
Amersfoort

Omslagontwerp:
du Rieu Grafisch Ontwerpers BNO

Ontwerp binnenwerk:
Bert Arts BNO

Technische realisatie:
GrafiData Meppel

© 2009, JOB, uitgegeven door Sdu *Uitgevers*, Amersfoort

Sdu *Uitgevers*
Postbus 2511, 3800 GB Amersfoort, tel. (033) 450 15 50, fax (033) 450 15 00.
Nadere informatie over de uitgaven van Sdu *Uitgevers* vindt u op www.rechtinfiscaal.nl

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

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veeleenvoudigd, 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.

Voorzover het maken van reprografische veeleenvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912, 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 1912) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). 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.

Inhoud

Voorwoord / 7

De Coöperatie / 9
Arthur Goedkoop

Herstructurering en Business conversions / 15
Mr. P.W. van Meeuwen

Belastingplan 2009 / 39
Mr.drs. J.C. de Jager

Tax strategy / 51
Rutger Hafkenscheid en Richard Vefffer

De herziening van het OESO-Modelverdrag en Commentaar in 2008 / 59
Prof.mr. Kees van Raad

Voorwoord

Geacht JOB-lid, beste lezer,

Ook in het seizoen 2008/2009 hebben gerenommeerde sprekers uit de adviespraktijk, het bedrijfsleven, de overheid en de wetenschap weer een vaktechnische lezing voor JOB-leden gegeven. Met veel plezier biedt de Commissie Vaktechniek je hierbij het boekje met de verslagen aan. Die zijn geschreven door de leden van de Commissie Vaktechniek, en vervolgens goedgekeurd door de sprekers.

Eén van de hoogtepunten van het afgelopen seizoen was de lezing van staatssecretaris De Jager over het Belastingplan 2009. Het was opvallend dat hij – zelf nauw betrokken bij de opstelling – al uitgebreid op het plan wilde ingaan terwijl de parlementaire behandeling nog niet afgerond was. De volle zaal en de prikkelende vragen van de JOB-leden maakten de avond tot een bijzondere gebeurtenis.

Alle lezingen werden goed bezocht. Dat heeft ongetwijfeld te maken met het brede en ook actuele karakter van de thema's die aan de orde kwamen. Naast het Belastingplan 2009 waren dat Coöperaties (Arthur Goedkoop), Herstructurering (Pim van Meeuwen), Tax Strategy (Rutger Hafkenscheid & Richard Veffier) en De update van het OESO-Modelverdrag (Kees van Raad).

Behalve in Amsterdam wil de Commissie Vaktechniek ook regelmatig in Rotterdam een lezing organiseren. Het afgelopen seizoen heeft prof. Van Raad – gezien de grote belangstelling – zijn lezing over het OESO-Modelverdrag voor een tweede keer gegeven, nu in Rotterdam.

Graag bedank ik iedereen die heeft bijgedragen aan de totstandkoming van dit boekje; in het bijzonder de sprekers, verslaggevers, organisatoren en leden van de Commissie Vaktechniek. Voor het nieuwe seizoen staat alweer een aantal mooie onderwerpen gepland. Voor nu: veel leesplezier gewenst. En voor later: tot ziens op één van de komende lezingen in Amsterdam of Rotterdam.

Namens de Commissie Vaktechniek, Dominique Geurden *voorzitter*

Commissie Vaktechniek 2008-2009

Dominique Geurden
Dennis Post
Sietse Voorhorst
Willem-Jan van Veen
Edwin Gommers

Commissie Vaktechniek 2009-2010

Dominique Geurden
Sietse Voorhorst
Willem-Jan van Veen
Katrien van Bommel
Sanne Janssen

De Coöperatie

Lezing door Arthur Goedkoop, partner M&A bij
Deloitte Belastingadviseurs B.V., op 28 augustus 2008

Sinds een aantal jaren is de coöperatie (Coop¹) zeer populair als tussenhoudster in internationale structuren. Hiermee is de Coop een directe concurrent geworden van met name Luxemburgse vennootschappen (hierna: Luxco). De Luxco heeft echter een aantal nadelen ten opzichte van de Coop. Zo beschikt Luxemburg over minder en slechtere belastingverdragen, maakt Luxemburg doorgaans gebruik van ingewikkelde en kostbare instrumenten (PEC's en CPEC's), terwijl voorts andere landen hogere substance-eisen zijn gaan stellen aan houdsterstructuren welke in Nederland vaak makkelijker op een natuurlijke wijze zijn in te vullen dan in Luxemburg. Dit alles maakt dat Nederland c.q. de Coop naar de mening van Goedkoop doorgaans veel aantrekkelijker en doorzichtiger is dan Luxemburg c.q. een Luxco. Toch spelen er bij het opzetten van een Coop-structuur een aantal fiscale en juridische aspecten die niet uit het oog mogen worden verloren. Vervolgens ging Goedkoop hier nader op in.

1 CIVIELJURIDISCHE ASPECTEN VAN DE COOP

De Coop is een vorm van een vereniging. De Coop wordt als species van het genus vereniging genoemd in Titel 3 van Boek 2 Burgerlijk Wetboek. Aangezien de Coop een bijzondere vorm van vereniging is gelden in beginsel de regels van de vereniging ook voor de Coop, tenzij hiervan in Titel 3 van Boek 2 Burgerlijk Wetboek wordt afgeweken (vide de schakelbepaling van art. 2:53a Burgerlijk Wetboek).

1 In het Engels betekent 'Coop' een kippenhok vandaar dat je Engelstalige teksten en structuren de afkorting 'Coop' zult zien.

Op grond van art. 2:53 Burgerlijk Wetboek moet de coöperatie in bepaalde stoffelijke behoeften voorzien. Een vereniging wordt gekenmerkt door meer dan een lid. Dit houdt in dat een Coop altijd opgericht moet worden door twee leden. Dat het tweede lidmaatschapsrecht indirect door het eerste lid gehouden wordt, is hierbij niet relevant. De meningen onder civieljuristen zijn wel verdeeld of er een risico van ontbinding is bij uittreding van het tweede lid, aangezien dan een Coop met slechts één lid resteert. Recente jurisprudentie ten aanzien van de vereniging (Hof Arnhem LJN BD2383, 07/00276 r.o. 4.2) lijkt te bevestigen dat ook een vereniging met één lid niet ontbonden kan worden en dat het wegvallen van een tweede lid niet het bestaan van de vereniging aantast. Al met al kan de Coop worden vergeleken met een flexibele bv doordat er overeenkomsten in allerlei vormen kunnen worden afgesproken.

Een ander voordeel van de Coop is dat de oprichting een relatief eenvoudige procedure is. Er is geen ministeriële verklaring van geen bezwaar nodig, er is geen bankrekening vereist, maar slechts een notariële akte met een ledenovereenkomst. De Coop biedt de mogelijkheid om de aansprakelijkheid geheel, gedeeltelijk, of niet te beperken. Er zijn drie soorten Coops, namelijk de Coop WA, BA en UA. In Nederland wordt de Coop in beginsel aangemerkt als een niet-transparante entiteit. Dit betekent niet dat ook andere landen de Coop per se als niet-transparant aanmerken. De Engelse belastingautoriteiten (HM Revenue & Customs) beschouwen de Coop BA en de Coop WA (onder voorwaarden) als fiscaal transparant voor Engelse belastingdoeleinden, maar de Coop UA wordt doorgaans als niet-transparant beschouwd. Verder is de Coop ook genoemd in de bijlage bij de Moeder-dochterrichtlijn, waardoor de Coop ook een beroep op deze richtlijn kan doen. Door de ruling inspectie wordt in de praktijk wel een aantal beperkingen aan de Coop gesteld. Zo is het in beginsel niet mogelijk voor de Coop (of een 'leeg' lid boven de Coop) om naar de beurs te gaan.

2 FISCAL ASPECTEN VAN DE COOP

Een Coop is in beginsel niet subjectief belastingplichtig voor de dividendbelasting, tenzij de Coop gezien kan worden als een 'andere vennootschap welker kapitaal geheel of gedeeltelijk in aandelen verdeeld is' vgl. art. 1, lid 1, Wet DB 1965. Of een Coop een in aandelen verdeeld kapitaal heeft, dient in beginsel beoordeeld te worden aan de hand van het arrest van de Hoge Raad van 6 mei 1925 (PW 11 978). Blijkens voornoemde arrest en bevestiging hiervan voor de vennootschapsbelasting in BNB

1973/13 is geen sprake van een in aandelen verdeeld kapitaal als voor de overdraagbaarheid van de lidmaatschapsrechten of toetreding van leden toestemming van alle leden nodig is.

Hoewel er enige onzekerheid bestaat over de toepasselijkheid van de anti-dividendstrippingsbepalingen van art. 4, lid 7, Wet DB 1965 is in de uitvoeringssfeer door de Belastingdienst aangegeven dat zij van mening is dat een Coop niet gebruikt kan worden om een bestaande dividendbelastingclaim af te schudden. Teneinde te bewerkstelligen dat de Coop niet subjectief belastingplichtig is voor de dividendbelasting wordt in rulings (ATR's) doorgaans vereist dat voldoende uit de notariële akte blijkt dat het lidmaatschap alleen overdraagbaar is na schriftelijke toestemming van alle leden, dat een ledenregister wordt bijgehouden en dat er geen aandeelbewijzen of vergelijkbare stukken zullen worden uitgegeven. De overdraagbaarheid is vergelijkbaar met de vereisten voor transparantie van cv's.

Uiteraard dient de Coop als inwoner van Nederland voor de toepassing van belastingverdragen te worden beschouwd. Hiertoe geldt een aantal vereisten, zoals bijvoorbeeld dat 50% van de bestuurders van de Coop in Nederland woonachtig is (of feitelijk gevestigd), dat de voornaamste bankrekening van de Coop in Nederland zit, dat alle (belangrijke) bestuursbesluiten in Nederland worden voorbereid en genomen en dat de Coop een minimaal bij de door de Coop verrichte functies (waarbij rekening wordt gehouden met de gebruikte activa en de gelopen risico's) passend eigen vermogen aanhoudt.

3 FISCAL ASPECTEN VAN DE LEDEN VAN DE COOP: AANMERKELIJK BELANGHEFFING

Aangezien de Coop veel gebruikt wordt in internationale structuren, zullen de leden van de Coop in deze situatie buitenlandse investeerders zijn. Hierbij dient dan rekening te worden gehouden met mogelijke buitenlandse belastingplicht voor de vennootschapsbelasting op grond van art. 17 en 17a, Wet VPB 1969. Van buitenlandse belastingplicht kan sprake zijn als door de buitenlandse investeerders een aanmerkelijk belang (5% of meer) wordt gehouden in een in Nederland gevestigde vennootschap en indien dit belang niet behoort tot het vermogen van een onderneming. Voor de bepaling of sprake is van een aanmerkelijk belang wordt aangesloten bij het aanmerkelijkbelangregime zoals deze blijkt uit de Wet IB 2001 (zie met name het speciaal op de Coop gerichte

art. 4.5a Wet IB 2001). Hierbij is een lidmaatschapsrecht gelijkgesteld aan een winstbewijs en de coöperatie aan een vennootschap. Wel verdient hierbij te worden opgemerkt dat – anders dan bij gewone aandelen – een optie op vijf procent van de lidmaatschapsrechten geen aanmerkelijk belang oplevert in de zin van art. 17, Wet VPB 1969.

In de notitie van het Ministerie van Financiën van 19 juni 2000 (kenmerk WJB 2000/452), dat met toepassing van de WOB is gepubliceerd, staat voor private equity structuren beschreven wanneer de lidmaatschapsrechten in een Coop tot een onderneming gerekend kunnen worden. Vervolgens ging Goedkoop in op de in de notitie aangehaalde voorbeelden. Uitgangspunt daarbij is een structuur waarin wordt geïnvesteerd door een private equity partij die investeert via haar fondsen in de vorm van LP's (LP I en LP II). Deze LP's huren het management van een groepsmaatschappij in (de fondsenmanager binnen de structuur, oftewel de Private Equity Group 'PEG'). De LP's houden zich bezig met het beleid in de Coop en in de dochtervennootschappen van de Coop door middel van de PEG en hebben diens gevolg zitting in het dagelijkse bestuur van de Coop en de dochtervennootschappen. Doorslaggevend is dat de LP's in staat zijn, door ingehuurde arbeid, om het bedrijfsbeleid van de dochtervennootschappen mede te bepalen. De LP's drijven derhalve een onderneming waaraan het lidmaatschap is toe te rekenen. De onderneming van de LP's valt te omschrijven als een organisatie waarbij het geld van de belegger en de expertise van PEG samengebracht zijn om een substantieel beter resultaat uit de dochtervennootschappen te verkrijgen. Kortom: de LP's moeten zich actief bezighouden met de onderneming die door de Coop gehouden wordt om de lidmaatschapsrechten tot het ondernemingsvermogen te kunnen rekenen.

Als aan de vereisten van art. 17, lid 3, sub b, Wet VPB 1969 wordt voldaan, dan vallen tevens buiten de Nederlandse heffing de schuldvoorwaarden op de in Nederland gevestigde vennootschap (art. 17a Wet VPB).

Ook indien een private equity partij over de tijd heen steeds minder bemoeienis heeft in een onderliggende investering, omdat die bijvoorbeeld naar de beurs gaat en er 'over time' steeds meer aandelen op de beurs worden genoteerd, kan het belang dat de LP's in de Coop hebben onder voorwaarden tot het ondernemingsvermogen worden gerekend.

Hoewel eerdergenoemde notitie niet geheel duidelijk is, lijkt deze te eisen dat er ook op het niveau van de target een onderneming gedreven

moet worden voordat sprake kan zijn van een onderneming op het niveau van de LP's waar het lidmaatschapsrecht aan toegerekend kan worden. Hierdoor zal bij andere investeringen, zoals projectontwikkeling, early land development en distressed debt van geval tot geval bekeken moeten worden of de investering kan worden gerekend tot het ondernemingsvermogen. Hetzelfde geldt voor investeringen van zogeheten Sovereign Wealth Funds (SWF). Hoewel de fiscus in de praktijk niet altijd rulings wil afgeven ten aanzien van deze SWF, pleit Goedkoop voor het versoepelen van de regels voor het aanmerkelijk belang ('ze leveren nu toch niets op voor de schatkist') om het investeerders gemakkelijk te maken in of via Nederland te investeren.

4 DE COOP EN TAX PLANNING

Bij het opzetten van internationale Coop-structuren, bijvoorbeeld als gevolg van een acquisitie door een private equity fund, dienen de Nederlandse renteaftrekbepalingen altijd goed in ogenschouw te worden genomen. Hierover zijn binnen het kader van de wet afspraken te maken met het rulingteam.

Volgens Goedkoop is de Coop ook een veelgebruikte houdster in structuren met investeerders uit de UK, aangezien de Coop – mits goed vormgegeven – vanuit UK belastingperspectief als transparant wordt aangemerkt, terwijl de Coop voor Nederlandse belastingdoeleinden als niet-transparant blijft aangemerkt. Op deze wijze kan fiscaal gebruikgemaakt worden van het verschil in kwalificatie van de Coop, bijvoorbeeld door (acquisitie)leningen via de Coop te laten verlopen.

5 DE COOP IN DE TOEKOMST

Zoals Goedkoop hiervoor had aangegeven, is het op dit moment niet (altijd) mogelijk voor Sovereign Wealth Funds om onder de belastingheffing van art. 17, Wet VPB 1969 uit te komen, omdat de invloed van de SWF te passief is. Geheel in lijn met de ambities van het Holland Financial Centre dient Nederland ook voor deze fondsen aantrekkelijker te worden. SWF zijn entiteiten die activa van de eigen overheid in het buitenland beleggen, dit zijn veelal enorme fondsen uit het verre en midden oosten.

De private equity investeerders staan momenteel volop in de schijnwerpers en niet altijd even positief. De gedachte leeft dat via private equity investeerders vele euro's aan belastinginkomsten worden misgelopen

doordat overnames worden gefinancierd met hoogrentende leningen vanuit de private equity groep (hetgeen overigens ook gemeengoed is bij industriële overnames). Deze rente kan doorgaans worden afgezet tegen de operationele winst. Dit heeft zich in de praktijk onder meer bij Hema, PCM en Ziggo afgespeeld. Naar de mening van Goedkoop is het beeld dat in Nederland bestaat van private equity investeerders niet altijd positief, maar dit is niet altijd terecht. Minister Bos heeft aangekondigd om mogelijkwits nadere maatregelen in te voeren, bijvoorbeeld door solvabiliteits-eisen, eisen over de verhouding tussen schulden en winst of het uitsmeren van de renteaftrek over meerdere jaren. Ook het 'wetsvoorstel' van Engelen, Vording en Van Weeghel lijkt uitstekend in dit beeld te passen.

Wat de toekomst van de Coop betreft, sluit Goedkoop af met een citaat (vrij naar Winston Churchill): 'The Dutch tax authorities have gained a glorious and exciting victory in what I think should be called the battle of the holding regimes. Nah, this is not the end. This is not even the beginning of the end. But it is perhaps the end of the beginning.'

Met deze prachtige slotwoorden willen wij Goedkoop nogmaals bedanken voor zijn enthousiaste lezing over de Coop.

Herstructurering en Business conversions

Exit Charges upon restructuring of a MNE

Lezing door mr. P.W. van Meeuwen,
Vice president tax Wessanen, op 25 september 2008

1 INLEIDING

Herstructurering en (business) conversions is een onderwerp dat de laatste jaren een belangrijker item is geworden. Bedrijven gaan steeds internationaler opereren en zijn daarbij op zoek naar mogelijke efficiënties en synergieën. Hierbij wordt niet alleen gekeken naar mogelijkheden op operationeel vlak maar ook op fiscaal vlak.

1.1 Trends

Uit onderzoek¹ is gebleken, dat een substantieel aantal (Nederlandse) bedrijven hun productiefaciliteiten vanuit Nederland verplaatst hebben naar landen met een lager belastingtarief en/of goedkopere arbeidskrachten.

Momenteel is er op basis van vervolgonderzoek² een trend zichtbaar, waarbij het aantal multinationals dat overweegt productieactiviteiten naar de eerdergenoemde landen te verplaatsen, afneemt. Er is zelfs al sprake van een ommekeer waarbij bedrijven hun productieactiviteiten weghalen uit deze landen.

1 'Made in Holland III', uitgevoerd door een van de grote accountancy en belastingadvieskantoren.

2 'Made in Holland IV', uitgevoerd door een van de grote accountancy en belastingadvieskantoren.

De spreker heeft deze ommekeer ook ervaren in de praktijk. In specifieke gevallen werd dit verschil voornamelijk veroorzaakt door:

- Verschil in werkhouding en scholingsniveau van de werknemers met name in de voormalige communistische landen;
- Lokale autoriteiten die een belemmerende werking kunnen hebben; en
- Problemen met het repatriëren van liquide middelen uit deze landen.

1.1.1 *Werkhouding en Scholingsniveau*

De spreker wist op grond van eigen ervaring te vertellen dat er in bepaalde voormalige communistische landen (in een bepaalde beroeps-klasse) een ander arbeidsethos heerst in vergelijking met het arbeids-ethos en de werkhouding in landen als Nederland.

Een voorbeeld hiervan is terug te zien in het ziekteverzuim. In Nederland lag dit in een specifiek geval tussen de 5% á 6%. In een van de voormalig communistische landen lag het ziekteverzuim echter substantieel hoger. Ziekteverzuimpercentages rond de 20% waren niet ongewoon.

Ondanks het feit dat werknemers in deze landen goedkoper zijn, wordt dit voordeel voor een (groot) deel tenietgedaan door het hogere ziekte-verzuim.

1.1.2 *Lokale autoriteiten*

De spreker heeft ook ervaring met lokale autoriteiten. In Aziatische landen, weet de spreker te vertellen, zijn de autoriteiten bij initiële investeringen graag bereid afspraken te maken. Deze afspraken kunnen specifiek voorzien in een gunstig(er) tarief of bijvoorbeeld een zogenoemde 'tax holiday'.³ De vraag is echter hoe lang bepaalde afspraken geëerbiedigd zullen worden door de lokale autoriteiten, bijvoorbeeld als er sprake is van een wetswijziging, die in strijd zou zijn met een eerder gemaakte afspraak.

1.1.3 *Repatriëringsproblemen*

Als gevolg van de veelal relatief gunstige fiscale regelingen waaraan bedrijven die hun productie verplaatsen naar bijvoorbeeld Azië en aldaar onderworpen zijn, kunnen deze lokale entiteiten erg winstgevend zijn.

3 Een Tax Holiday houdt in dat uit de belastingwet van het desbetreffende land volgt of met de desbetreffende belastingautoriteiten wordt afgesproken dat gedurende een bepaalde periode geen belasting hoeft te worden betaald ook als er wel winst wordt gemaakt.

Als gevolg hiervan genereren deze entiteiten veel liquide middelen. Het is echter niet gemakkelijk om deze liquide middelen te repatriëren aangezien er veelal wettelijke bepalingen zijn die het repatriëren van liquide middelen, d.m.v. dividenduitkeringen en leningen, belemmeren. De monetaire restricties kunnen zelfs een probleem vormen bij het simpelweg betalen van lopende verplichtingen over de landsgrenzen (b.v. afname van goederen en diensten in het buitenland).

2 HERSTRUCTURERINGSMOGELIJKHEDEN

In de praktijk is er een groot aantal bedrijven, dat zijn activiteiten gecentraliseerd heeft, dan wel voornemens is dit te doen. Niet zelden gaat dit gepaard met de implementatie van een (nieuw) ERP-systeem.⁴

De spreker behandelt in deze lezing de volgende typen herstructureringen:

- Het fysiek verplaatsen van de gehele vennootschap, inclusief zetel. Dit houdt een materiële en immateriële activa-overdracht in als gevolg van het verplaatsen van de zetel alsmede alle operationele activiteiten naar een andere jurisdictie buiten Nederland. Een dergelijke conversie wordt hierna aangeduid als een volledige of full exit.
- Het verplaatsen van een deel van de functies, risico's en/of (immateriële) activa naar een andere jurisdictie buiten Nederland door het aanpassen van contractuele voorwaarden. Een dergelijke conversie wordt vervolgens aangeduid als een partiële exit.

2.1 Volledige/Full Exit

De vraag die centraal staat tijdens de lezing is of een eventuele exitheffing gerechtvaardigd/toegestaan is bij een volledige exit. Indien deze vraag met 'ja' beantwoord wordt, doet zich de volgende vraag voor, hoe een eventuele exitheffing berekend kan worden.

Alvorens deze vragen te kunnen beantwoorden verdient het de aanbeveling te analyseren wat er nu feitelijk gebeurt bij een volledige exit. Bij een volledige exit dient er in vele landen (waar zetelverplaatsing mogelijk is)

4 Een ERP systeem is een Enterprise Resource Planning systeem. Dergelijke systemen worden voornamelijk binnen organisaties gebruikt ter ondersteuning van alle processen binnen het bedrijf.

over de fiscale meerwaarde/stille reserves afgerekend te worden. De vraag is echter of deze vergoeding bepaald dient te worden voor:

- De overdracht van de business als geheel; dan wel
- De overdracht van alle assets afzonderlijk.

Verder is het nog van belang (verdient het de aandacht), hoe met mogelijke ontslagkosten en andere sluitingskosten (redundancy costs) dient te worden omgegaan.

Enkele voorbeelden van de overdracht van de assets betreffen:

- Materiële activa zoals machines, voorraden, etc.;
- Immateriële activa zoals know how, patenten, klantenbestanden, etc.
en
- (Over)winstpotentieel/goodwill.

2.1.1 *EG-verdrag en Exitheffing*

De vraag die zich vervolgens voordoet is de volgende: is het mogelijk dan wel toegestaan om op basis van het EG-verdrag een exitheffing op te leggen? Er is een aantal zaken geweest door het Europese Hof van Justitie rondom deze problematiek, te weten: Daily Mail⁵, De Laysterie du Saillant⁶ en de N-zaak.⁷

Verder is er een mededeling⁸ gedaan door de Europese Commissie met betrekking tot exitheffingen. Ondanks het feit dat de De Laysterie du Saillant (en de N-zaak) gewezen zijn voor natuurlijke personen worden deze door deze mededeling ook van toepassing verklaard op entiteiten. In deze zaak is duidelijk naar voren gekomen dat een directe exitheffing op het moment van emigratie in strijd is met EG-recht. Zelfs een conserverende aanslag ter behoud van rechten dient aan bepaalde voorwaarden

5 HvJ EG, 27 september 1988, zaak C-81/87. Art. 43 en 48 EG geeft naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschappen niet het recht hun centrale bestuurszetel en hun hoofdbestuur naar een andere lidstaat te verplaatsen met behoud van hun hoedanigheid van vennootschap naar het recht van de eerste lidstaat.

6 HvJ EG, 11 maart 2004, zaak C-9/02. De vrijheid van vestiging verzet zich ertegen dat een lidstaat ter voorkoming van belastingontwijking, een exitheffing invoert waarbij latente waardevermeerderingen worden belast wanneer de belastingplichtige zijn fiscale woonplaats van die lidstaat naar een andere lidstaat verplaatst.

7 HvJ EG, 7 september 2006, zaak C-470/04. Art. 43 EG verzet zich ertegen dat een lidstaat een systeem invoert van belastingheffing over de waardeaan groei in geval van verlegging van de woonplaats van een belastingplichtige van die lidstaat naar het buitenland, dat voor de verlening van uitstel van betaling van deze belasting zekerheidstelling vereist en niet volledig rekening houdt met waardevermindering die na de verlegging van de woonplaats van de belanghebbende kunnen optreden en die niet in aanmerking worden genomen door de lidstaat van ontvangst.

8 COM(2006)625.

te voldoen. Dit in tegenstelling tot de veel aangehangen leer in de literatuur die zegt dat het huidige Nederlandse systeem zoals geformuleerd in de Nederlandse vennootschapsbelasting gerechtvaardigd kan worden op basis van het territorialiteitsbeginsel/fiscale coherentie. Vervolgens vermeldt de spreker dat een onmiddellijke exitheffing welke Nederland hanteert wellicht ook op gespannen voet komt te staan met het EG-recht door de wijze waarop de exitheffing dient te worden berekend. In Nederland dient men bij een full exit af te rekenen over de waarde in het economische verkeer minus de fiscale boekwaarde en gaat dus uit van een fictieve verkoop van de assets. De heersende leer is dat deze verkoopwaarde op basis van management accounts moet worden vastgesteld. De arm's length waarde van de assets minus de fiscale boekwaarde kan echter significant verschillen van de fiscale claim die op deze assets rust op basis van goingconcernwaarde. Dit kan onder andere worden veroorzaakt doordat de waarde in het economische verkeer normaliter wordt berekend op basis van management accounting welke kan afwijken van de fiscale GAAP.

Tevens zijn er verschillen die kunnen worden veroorzaakt door beoogde synergieën van de mogelijke koper. De berekenwijze van de Nederlandse exitheffing lijkt in dit opzicht dus niet geheel in lijn met de territorialiteits- en coherentiegedachte welke Nederland hanteert bij het verdedigen van onze exitheffing. De opbrengsten voor de Nederlandse fiscus op basis van going concern dan wel bij een verkoop van de afzonderlijke assets zullen veelal niet gelijk zijn. Belastingplichtigen worden hierdoor anders belast bij een verhuizing over de landsgrenzen dan binnen het land. Een conserverende aanslag die geëffectueerd wordt op het moment van verkoop lijkt minder bezwaarlijk, maar kan grote gevolgen voor de staatskas hebben.

Als gevolg van het feit dat er geen concrete uitspraken gedaan zijn in de eerder genoemde zaken voor vennootschappen maakt dat er op dit moment nog veel onduidelijkheid is of een exitheffing nu wel of niet toegestaan is op basis van het EG-recht. Momenteel is de zaak Cartesio⁹ aanhangig bij het Europese Hof van Justitie. Mogelijk brengt een uitspraak in deze zaak meer duidelijkheid of exitheffing al dan niet toegestaan is bij een volledige (full) exit.

9 Cartesio Oktató és Szolgáltató bt. Zaak 210/06 Conclusie advocaat-generaal M. Maduro.

2.2 Partielle Exit

Een ander voorbeeld van herstructurering dat kan leiden tot een mogelijke exithoofding is het aanpassen van contractuele voorwaarden als gevolg waarvan functies, risico's en/of (immateriële) activa overgedragen worden. Een dergelijke overdracht van functies, risico's en/of (immateriële) activa wordt ook wel getypeerd als een partiële exit. De vraag die zich vervolgens voordoet is: welke fiscale consequenties dienen in aanmerking genomen te worden bij een partiële exit?

De spreker staat vervolgens stil bij verschillende scenario's binnen verkoop als ook binnen productie indien aanpassingen van contractuele voorwaarden zich voordoen.

2.2.1 Functionele Scenario's

2.2.1.1 Verkoopscenario's

Wat verkoopscenario's betreft kan de volgende hiërarchie onderscheiden worden op volgorde van een uitgebreid naar minder uitgebreid functie- en risicoprofiel:

- Full Fledged Distributeur;
- Limited Risk Distributeur/ Stripped Distributeur;
- Commissionair;
- Agent; en
- Marketing Representative.

Om deze veranderingen te bewerkstelligen en te kunnen effectueren is veelal een aanpassing van de distributieovereenkomst noodzakelijk als gevolg waarvan functies, risico's, (immateriële) activa en/of winstpotentieel overgedragen wordt.

2.2.1.2 Full Fledged Distributeur

In het geval van een Full Fledged Distributeur is er sprake van het meest uitgebreide functie- en risicoprofiel voor de distributeur. De distributeur verkoopt de goederen op eigen naam en voor eigen rekening en risico.

De key-functies als sales, voorraadmanagement, facturering en inning, marketing en inkoop worden door de distributeur zelf uitgevoerd. De bijbehorende risico's als valutarisico, voorraadrisico, kredietrisico, debiteurenrisico, etc. worden ook door de distributeur gemanaged. (Immateriële)

activa zoals klantenbestanden, merknamen en logo's zijn vaak eigendom van de distributeur.

2.2.1.3 Limited Risk Distributeur/Stripped Distributeur

Het scenario van een Stripped Distributeur lijkt in grote mate op dat van een Full Fledged Distributeur. Een Stripped Distributeur verkoopt ook de goederen op eigen naam. Echter, vergeleken met een Full Fledged Distributeur scenario zijn er bepaalde risico's (en derhalve ook de bijbehorende functies en eventuele assets) contractueel overgedragen aan een andere entiteit binnen de groep die in dit geval een zogenoemde principaalfunctie vervult. Voorbeelden van risico's die in dit geval contractueel overgedragen kunnen worden zijn bijvoorbeeld het voorraadrisico, debiteurenrisico, valutarisico, etc. Verder bezit een Stripped Distributeur meestal geen dan wel in beperktere mate waardevolle immateriële activa.

2.2.1.4 Commissionair

Een commissionair verkoopt op eigen naam maar voor rekening en risico van een achterliggende principaal. De afnemer is derhalve in de veronderstelling dat de commissionair een distributeur is. Bij een commissionair zijn in principe alle significante bedrijfsrisico's automatisch overgedragen aan de principaal b.v. voorraadrisico, garantierisico, debiteurenrisico, etc. Verder bezit een commissionair veelal geen waardevolle immateriële activa en hebben de verkopers relatief weinig bevoegdheden en hebben zij meer de functie van een intermediair.

Een commissionair is een vorm die overigens alleen erkend wordt onder 'civil law' (civiel/burgerlijk recht) en niet onder 'common law'.

2.2.1.5 Agent

Het scenario van de agent lijkt op een commissionair. Alleen verkoopt de agent zowel op naam van als voor rekening en risico van de achterliggende principaal.

2.2.1.6 Marketing Representative

Het meest beperkte functie- en risicoprofiel hoort bij een marketing representative. Een marketing representative is slechts verantwoordelijk voor de marketingactiviteiten, het verstrekken van informatie en het op zoek gaan naar en identificeren van verkooporders zonder deze daadwerkelijk te onderhandelen en sluiten.

2.2.2 *Productiescenario's*

Vergelijkbaar met verkoopactiviteiten vallen ook binnen de productieactiviteiten verschillende scenario's te onderscheiden te weten:

2.2.2.1 Full Fledged Manufacturing

Een full fledged manufacturer koopt alle grondstoffen en halffabrikaten voor eigen rekening en risico en loopt als gevolg van deze transacties dus ook voorraadrisico.

Verder bezit de full fledged manufacturer vaak immateriële activa zoals technologie en proces know how en voert zij Research & Development activiteiten uit voor eigen rekening en risico.

De productieactiviteiten worden vaak gecombineerd met verkoop-/distributieactiviteiten. Als gevolg hiervan heeft de entiteit veelal een verkoop-apparaat, voert het marketingactiviteiten uit en loopt de producent een groot marktrisico, voorraadrisico, onderbezettingsrisico, productontwikkelingsrisico, kredietrisico en debiteurenrisico alsmede eventuele andere specifieke risico's.

2.2.2.2 Contract Manufacturing

Een contract manufacturer kan het best getypeerd worden als een dienstverlener van fabricagediensten. Grondstoffen en halffabrikaten worden voor eigen rekening en risico gekocht. Verder voorziet een contract manufacturer meestal in een stabiele toevoer van producten voor in ieder geval één van de achterliggende principa(a)l(en).

Een contract manufacturer heeft meestal beperkt voorraadrisico en nauwelijks tot geen proces of technology know how.

2.2.2.3 Consignment Manufacturing

Een consignment manufacturer is min of meer hetzelfde als een contract manufacturer. Het verschil is dat bij een consignment manufacturer de principaal de grondstoffen en halffabrikaten inkoopt voor eigen rekening en risico en deze vervolgens ter beschikking stelt aan de consignment manufacturer voor de door haar te verrichten productiediensten.

De consignment manufacturer loopt derhalve ook geen voorraadrisico. Ook bezit de consignment manufacturer geen significante immateriële activa.

2.2.3 *Beloning*

De vraag die zich zowel voor de verschillende verkoop- als productiescenario's opwerpt is: wat is een zakelijke beloning(smethodiek) voor de verschillende scenario's afzonderlijk? Voor de verkoopscenari'o's is het logischer om aan te sluiten bij een verkoopgerelateerde beloning(smethodiek) terwijl het voor de productiescenario's beter is om een beloning(smethodiek) te hanteren die aansluit bij de kosten.

Verder kent de economische literatuur een theorie die bekend is als de 'Risk-Return Trade Off'. Deze theorie komt kort gezegd erop neer dat bedrijven, die meer risico's lopen een hogere beloning verwachten ter compensatie van deze risico's. Als gevolg van het al dan niet manifesteren van een of meerdere risico's zal de variabiliteit en volatiliteit in de uiteindelijke beloning ook toenemen. Daarom zullen de scenario's consignment manufacturer en b.v. marketing representative, welke scenario's qua risicogradatie de minste risico's lopen een lagere en meer stabiele, routinematige beloning krijgen dan de beide full fledged scenario's. Voor de scenario's met weinig tot geen risico is het ook moeilijk te 'verkopen' naar de Belastingdienst dat deze entiteiten een verlies kunnen rapporteren. De beide full fledged scenario's echter kunnen in vergelijking met de scenario's die weinig risico's kennen relatief hogere winsten rapporteren in het bijzonder indien bepaalde risico's zich niet manifesteren binnen een bepaalde tijdsperiode. Echter, indien bepaalde risico's zich wel (en eventueel in grote mate) manifesteren, kunnen de verliezen significant oplopen. De vraag doet zich dan voor of het terecht is te stellen dat het gehanteerde transfer pricing model niet juist is of dient het manifesteren van de risico's en daaruit voortkomende verliezen geaccepteerd te worden als een uitvloeisel van het transfer pricing model.

Op basis van de eerder genoemde 'Risk-Return Trade Off' kan men stellen dat het noodzakelijk is om de transfer price aan te passen indien de contractuele voorwaarden aangepast worden, als gevolg waarvan er functies, risico's, (immateriële) activa en/of winstpotentieel wordt overgedragen. Aanpassing van de transfer price kan vervolgens weer resulteren in een verandering van toekomstige winsten.

2.2.4 *Exitheffing bij een partiële exit*

Vervolgens werpt de vraag zich op: is een exitheffing gerechtvaardigd op grond van onder meer het EG-recht?

Een mogelijk aanknopingspunt voor de rechtvaardiging van een eventuele exitheffing bij een partiële exit kan worden gevonden in de volgende argumentatie. Indien het overbrengen van functies, risico's en/of (immateriële) activa naar een andere gelieerde groepsvennootschap gebeurt op een manier die gelijkgesteld kan worden aan de verkoop van de specifieke activa (vaste en/of immateriële activa, goodwill, etc.) is dit een normale verkooptransactie tussen twee entiteiten die normaliter een belastbaar feit bewerkstelligt.

Voor het bepalen van een overdrachtprijs in gelieerde verhoudingen zal dan aansluiting gezocht worden bij de transfer pricing principes om een zakelijke prijs te bepalen. Deze prijs zal dan overeenkomstig bepaald dienen te worden alsof onafhankelijke derde partijen deze ook overeen zouden komen.

3 BEPALING VAN EEN ZAKELIJKE OVERDRACHTSPRIJS – TRANSFER PRICE

Voor het bepalen van een juiste/zakelijke transfer price voor een volledige of partiële exit dienen bepaalde regels in acht genomen te worden. Hieronder zal ingegaan worden op verschillende elementen, te weten:

- Interne fiscale wet- en regelgeving/jurisprudentie (b.v. voor Nederland en Duitsland);
- Internationale fiscale wet- en regelgeving;
- Juridische analyse; en
- Economische analyse (waardering gebruikmakend van corporate finance principes).

3.1 Interne fiscale wet- en regelgeving/jurisprudentie

3.1.1 Nederland

3.1.1.1 Fiscale Wetgeving

Voor Nederlandse fiscale doeleinden kan aangeknoopt worden bij de bepalingen zoals opgenomen in art. 15c en 15d Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 en art. 3.60 en 3.61 Wet op de Inkomstenbelasting 2001. Een volledige analyse of deze artikelen EU-proof zijn valt buiten de scope van deze lezing. Echter, zoals al eerder opgemerkt, bestaat er verschil van mening of deze artikelen in de huidige vorm inderdaad houdbaar zijn vanuit EG-recht perspectief.

Nederlandse fiscale wetgeving biedt echter geen specifieke aanknopingspunten voor de berekening van goodwill of een eventuele exitheffing van een onderneming op going concern basis.

3.1.1.2 Jurisprudentie

Jurisprudentie biedt echter wel een aanknopingspunt voor de berekening van goodwill in het geval van een overdracht (van een onderneming van een IB-ondernemer naar een besloten vennootschap). De methode voor het berekenen van de goodwill staat beter bekend als de Mobach-methode, vanwege opname in gelijknamige fiscale literatuur. Internationaal is deze methode ook wel bekend als de 'Dutch Tax Law-methode' ('DTL').

Op basis van de DTL kan de goodwill als volgt worden berekend:

*Goodwill = (Geschat gemiddeld winstpotentieel (op basis van het verleden/historische cijfers) -/- normale ondernemersbeloning -/- normale beloning op geïnvesteerd kapitaal) * kapitalisatiefactor.*

Enkele opmerkingen die bij deze methode gemaakt kunnen worden zijn de volgende:

- Veelal werd voor de bepaling van een normale (zakelijke) beloning op het geïnvesteerde kapitaal een 'normaal' interestpercentage gebruikt (b.v. Euribor) in plaats van een risicotoeslag mee te nemen (zoals een Cost of Equity). De Cost of Equity is meestal hoger dan een interestpercentage aangezien de investeerders van eigen vermogen veelal een hogere beloning verwachten voor het door hen geïnvesteerde kapitaal. Het toepassen van de Cost of Equity doet dan ook meestal meer recht aan de situatie aangezien een onderneming nooit volledig met vreemd vermogen is gefinancierd.
- Jurisprudentie laat zien dat de kapitalisatiefactor meestal werd vastgesteld tussen de 2 en 6 afhankelijk van de mate van gevoeligheid ten aanzien van veranderingen in de economische situatie, business cycle, alsook de klantenrelatie, naamsbekendheid, exclusiviteit van de producten, etc.

3.1.2 Duitsland

Duitsland heeft per 2008 regelgeving ingevoerd die ziet op de problematiek rondom herstructurering en business conversions. Specifiek heeft deze regelgeving betrekking op het grensoverschrijdend heralloceren van functies en risico's.

De Duitse regelgeving vereist in dergelijke gevallen dat een functionele analyse opgesteld wordt die de situatie beschrijft voor de conversie en een functionele analyse die de situatie beschrijft na de conversie, inclusief conversieanalyse.

Transacties (herallocaties van functies) binnen een periode van vijf jaar dienen op basis van de nieuwe regelgeving geaggregeerd te worden. Dit ter voorkoming van een geleidelijke (stapsgewijze) phase out. Verder vermeldt de regelgeving dat het overbrengen van activiteiten die beloofd worden door middel van een cost plus geen exit charge lijken te rechtvaardigen. Op basis van het bovenstaande dient een waarde bepaald te worden voor het 'Transfer Pricing Package' dat overgebracht wordt (dus op basis van de goingconcernwaarde).

3.1.2.1 Transfer Pricing Package

De vraag die zich nu opwerpt is wat een 'Transfer Pricing Package' is en hoe een eventuele waarde ervan bepaald dient te worden.

De Duitse regelgeving vermeldt hierover het volgende:

Het 'Transfer Pricing Package' heeft betrekking op de belastbare winstcapaciteit die berekend dient te worden door het contant maken van de verschillende winstverwachtingen binnen een geschikte periode.

De contante waarde dient berekend te worden op basis van winst na belasting, wat de spreker opmerkelijk vindt. De winstcapaciteit oftewel het winstpotentieel dient zowel vanuit de koper als de verkoper te worden bekeken, waarbij ook eventuele sluitingskosten in aanmerking genomen dienen te worden. Indien mogelijk verdient het ook de aanbeveling een sensitivity-analyse uit te voeren. Opmerkelijk is verder dat de Duitse regelgeving vermeldt dat indien er substantiële verschillen ontstaan binnen de eerste tien jaar na de conversie, een eenmalige aanpassing dient te worden gemaakt in het jaar nadat de afwijking plaats heeft gevonden. De vraag is of de Duitse navorderingstermijn dit toe zal staan.

Als verdisconteringsfactor dient de risk free rate plus een functie- en risico-opslag gebruikt te worden. Met betrekking tot de discount periode kan en mag er alleen maar een beperkte periode gebruikt worden indien specifieke redenen of een onderbouwing daar aanleiding toe geven. Anders dient er uitgegaan te worden van een oneindige periode.

3.2 Internationale fiscale wet- en regelgeving

Wat internationale fiscale wet- en regelgeving betreft dient vooral aansluiting gezocht te worden bij de door OECD gepubliceerde documenten en richtlijnen. Wat specifiek deze problematiek betreft kan onder andere aansluiting gezocht worden bij:

- OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations;
- OECD 2nd CTPA Roundtable¹⁰; en
- OECD Discussion Draft: 'Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings.'¹¹

3.2.1 *OECD Transfer Pricing Guidelines*

De hoofdstukken II en III die specifiek gaan over arm's length transfer pricing methoden focussen op:

- De overdracht van goederen: productie/fabricage, marketing en verkoop;
- Dienstverlening; en
- De overdracht en/of gebruik van immateriële activa: niet alleen licenties voor het gebruik van, maar ook de verkoop van intellectuele eigendom.

Verder bevat hoofdstuk VI van de OECD Transfer Pricing Guidelines bepalingen die specifiek betrekking hebben op de immateriële activa.

Vervolgens gaat de spreker in op de in de OECD Transfer Pricing Guidelines genoemde transfer pricing-methodes en de mogelijke toepasbaarheid in het kader van een conversie. Deze methoden zijn:

- Comparable Uncontrolled Price-methode ('CUP');
- Resale Price-Methode ('RPM');
- Cost Plus-Methode ('CPM');
- Profit Split-methoden; en
- Transactional Net Margin-Methode ('TNMM').

De 'CUP', 'RPM' en 'CPM' worden tezamen ook wel geduid als de 'traditional transactional methods' en de profit split en de 'TNMM' worden tezamen ook wel geduid als de 'transactional profit methods'. Voor de

10 Deze roundtable werd gehouden op 26-27 januari 2005 in Parijs, CTPA/CFA(2005)32.

11 Gepubliceerd op 19 september 2008.

toepasbaarheid van de methodes is het noodzakelijk een analyse te maken van de transactie(s)/conversie waarbij rekening gehouden wordt met de door de OECD Transfer Pricing Guidelines genoemde vergelijkbaarheidsfactoren, te weten:

- Aard van de producten en diensten;
- Functies (Functionele Analyse);
- Contractuele voorwaarden;
- Economische condities; en
- Business strategieën.

Van de 'traditional transactional methods' kan de 'CUP' zowel gebruikt worden voor transacties die betrekking hebben op producten/activa, immateriële activa en dienstverlening. De 'RPM' is specifiek geschikt voor de verkoop van producten/activa en de 'CPM' is specifiek geschikt voor producten/activa en dienstverlening.

Van de 'transactional profit methods' kunnen zowel de 'TNMM' als de Profit Split-Methode gebruikt worden voor transacties die betrekking hebben op producten/activa, immateriële activa en dienstverlening.

De OECD Transfer Pricing Guidelines vermelden echter niets over de verkoop en berekenwijze van een arm's length beloning van een gehele onderneming en mogelijke exit charges. Dit lijkt op een omissie van de OECD Transfer Pricing Guidelines.

3.2.2 *OECD 2nd CTPA Roundtable*

Herstructurering en conversies roepen belangrijke vragen op zoals of/en onder welke omstandigheden belastingautoriteiten bepaalde interne transacties/overeenkomsten al dan niet mogen dan wel moeten erkennen. Dit in relatie tot de scheiding van functies, de allocatie van risico's en de eigendom van (immateriële) activa. Met betrekking tot deze materie is er door de OECD een document¹² gepubliceerd waarin een aantal vragen gesteld worden die betrekking hebben op deze materie.

De Roundtable zorgde voor de introductie van de zogenoemde 'Industrial Organizational Intangible'. De vraag is echter of deze zogenoemde intangible te relateren is aan bijvoorbeeld het verschil tussen een routinematige beloning waartoe de nu gestripte entiteit nu gerechtigd is vergeleken met de beloning die het voorheen verdiende.

12 CTPA/CFA(2005)32.

Verder heeft het Committee on Fiscal Affairs van de OECD in 2005 een werkgroep opgericht om deze problematiek verder te onderzoeken. Deze werkgroep heeft haar bevindingen gepubliceerd in een concept rapport voor commentaar op 19 september 2008. Hierna zullen de bevindingen worden besproken.

3.2.3 *OECD Discussion Draft: TP Aspects of Business Restructurings*

De OECD Discussion Draft genaamd 'Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings' werd al enige tijd verwacht en is het eerste belangrijke document gepubliceerd door de werkgroep.

3.2.3.1 Opbouw en structuur van de Discussion Draft

De Discussion Draft bestaat uit vier aparte zogenoemde Issue Notes, te weten:

- General Guidance on the Allocation of Business Risks;
- Arm's length compensation of the restructuring itself;
- Application of the arm's length principle to post restructuring arrangements; en
- Exceptional circumstances where tax administrations may consider not recognizing a transaction or structure.

3.2.3.2 Gebruikte voorbeelden

De Discussion Draft gebruikt specifiek bepaalde voorbeelden als uitgangspunt voor het document. Deze voorbeelden zijn de volgende:

- Conversie van Full Fledged Distributeur in een Limited Risk Distributeur of Commissionaires;
- Conversie van Full Fledged Manufacturer in een Contract Manufacturer of een Consignment Manufacturers;
- Rationalisatie en specialisatie met betrekking tot bepaalde activiteiten; en
- Overdracht van immateriële activa naar één centrale entiteit.

Opmerkelijk is wel dat het document in zijn geheel niet ingaat op de verplaatsing van een hele entiteit of business ('full exit').

3.2.3.3 Waarderingsmethodieken

De Discussion Draft geeft aan dat bij een conversie gekeken moet worden naar de afzonderlijke assets die zijn overgedragen en niet automatisch naar de activiteiten als een geheel. Met name voor de full exit zal naar de mening van de spreker in praktisch bijna alle gevallen naar de waarde

van de onderneming als geheel gekeken worden indien de activiteiten (elders) worden voortgezet.

Vooraf werd er gehoopt dat het document ook zou ingaan op de vraag welke waarderingmethodieken wel en welke waarderingmethodieken niet acceptabel geacht konden worden voor de berekening van de going-concernwaarde van een onderneming. Echter de Discussion Draft bevat op dit gebied geen specifieke voorschriften doch slechts enkele algemene richtlijnen.

Hiervan kunnen enkele worden teruggevonden in de Discussion Draft. Deze voorbeelden zijn als volgt:

'This Discussion Draft is based on the existing transfer pricing rules' (pagina 8);

'In effect, transfers of ongoing concerns between independent parties often take account of any possible "goodwill", i.e. of the profit/loss potential (if any) of the activity transferred from the perspective of both the transferor and the transferee.' (pagina 32); en

'Valuation methods that are used in acquisition deals between independent parties may prove useful to value a transfer of activity, including goodwill, between associated enterprises.' (pagina 32).

De Discussion Draft geeft aan, dat bij de overdracht van activiteiten going concern aangesloten kan worden bij waarderingmethodieken die in acquisitiedeals gebruikt worden. Er wordt echter geen nadere invulling aan gegeven hoe deze waarderingmethodieken dienen te worden ingevuld. De waarde van de Discussion Draft ligt ook meer bij de gemaakte opmerkingen omtrent de berekenwijze van de post-restructuring arrangements dan de heffing op het moment van conversie of volledige exit zelf.

3.2.3.4 Conclusies van de Discussion Draft

Vervolgens bespreekt de spreker kort de conclusies uit de vier verschillende issue notes.

General Guidance on the Allocation of Business Risks

Het identificeren van risico's is naar de mening van de spreker in lijn met de Nederlandse transfer pricing besluiten zoals gepubliceerd in 2001¹³ en

2004¹⁴ en de manier zoals het momenteel gebruikt wordt in de Nederlandse transfer pricing praktijken.

Verder komen uit deze issue note de volgende aandachtspunten naar voren:

- Contractuele termen dienen als uitgangspunt;
- Conversie functionele analyse dient te worden opgesteld;
- Contractuele termen dienen in lijn te zijn met de economic substance;
- Het werkelijke gedrag van partijen dient in zijn algemeenheid in aanmerking genomen te worden als maatstaf voor de werkelijke allocatie van risico's (controle en management van risico's);
- Het overdragen van een economisch niet significant risico zal normaliter niet voldoende zijn om een substantiële winstval bij de overdrager te kunnen verklaren.

Arm's length compensation of the restructuring itself

De belangrijkste conclusie die uit deze issue note te ontleen valt is dat winst-/verliespotentieel an sich geen asset is, maar iets wat gedragen wordt (besloten ligt in) in/door andere rechten of assets. Het arm's length principe vereist in principe geen beloning voor de overdracht van winst-/verliespotentieel. De vraag is of er rechten zijn dan wel andere assets die overgedragen zijn die winst-/verliespotentieel in zich dragen waarvoor een zakelijke beloning bepaald dient te worden.

Application of the arm's length principle to post restructuring arrangements

De belangrijkste conclusie van deze issue note voor wat betreft exit heffingen is dat een vergelijking van de gerealiseerde winsten voor en na de conversie (sec) niet voldoende is ter onderbouwing van een transfer pricing aanpassing.

Er dient echter wel een nuancering aangebracht te worden met betrekking tot deze vergelijking. Die nuancering is dat de vergelijking een belangrijke rol kan spelen in het (beter) begrijpen van de herstructurering zelf en ook onderdeel kan uitmaken van zowel een pre- als post conversie vergelijkbaarheidsanalyse. Deze vergelijkbaarheidsanalyse kan gebruikt worden om een beter begrip te krijgen van de value drivers en de veranderingen die verantwoordelijk zijn voor of bijdragen aan de verandering in de allocatie van winsten tussen de partijen.

13 IFZ 2001/295.

14 IFZ 2004/124 t/m IFZ 2004/127 en IFZ 2004/680.

Bovengenoemde uitlatingen kunnen worden onderbouwd op basis van de volgende gedachte:

Men dient eerst te bezien of de huidige overeenkomsten (pre-restructuring) kwalificeren als arm's length. Tevens zal men bij een vergelijking van de pre-restructuring met de daadwerkelijke post-restructuring resultaten zich moeten realiseren dat bij de overdracht van bedrijfsrisico's er een kans bestaat dat deze risico's zich in een aantal jaren geheel niet of juist vaker manifesteren. Een aanknopng bij de daadwerkelijke resultaten als deze afwijken van de initieel begrote resultaten, zoals in het Duitse recht staat beschreven, lijkt wat dat betreft meer op een 'Profit Split Methode'. Dit lijkt niet in lijn te zijn met de voorwaarden welke partijen zijn overeengekomen. Bijvoorbeeld, als gevolg van het niet manifesteren van een of meerdere risico's zullen de winsten van dit bedrijf relatief hoog zijn. Is dit dan, zonder nader onderzoek, een reden om te stellen dat de verrekenprijzen niet zakelijk zijn of is dit sec een uitvloeisel van het niet manifesteren van bepaalde risico's (wellicht door goed management)?

Exceptional circumstances where tax administrations may consider not recognizing a transaction or structure

De belangrijkste conclusies die aan deze issue note ontleend kunnen worden zijn de volgende:

- De constatering dat een interne transactie niet rationeel is vanuit een commercieel oogpunt kan alleen maar gedaan worden met grote voorzichtigheid. Verder mag deze constatering alleen in exceptionele gevallen leiden tot het niet erkennen van de interne transactie.
- Bepaalde landen hebben een voorbehoud ten aanzien van de verkoop van zogenoemde 'kroonjuwelen'. Voorbeelden hiervan zijn waardevolle merknamen en logo's. Het voorbehoud heeft betrekking op het feit dat verondersteld wordt dat een mogelijke verkoop van deze immateriële activa zo schadelijk is voor de verkoper dat het onmogelijk is om een zakelijke prijs vast te stellen voor een dergelijke overdracht.

Op dit voorbehoud kan echter een uitzondering gemaakt worden. Indien aangetoond kan worden dat een bedrijf al had besloten zich terug te trekken uit een bepaalde business. Een ander voorbeeld betreft indien de verkoper realistisch gezien geen andere mogelijkheid had dan in te stemmen met de verkoop.

De landen die dit voorbehoud gemaakt hebben zijn de mening toegedaan dat indien het bedrijf toch verder gaat in de business er geen (valide) commerciële redenen zijn voor deze desinvestering die ingegeven zou zijn op basis van een interne (groeps)policy binnen de groep. Voor deze landen geldt dat indien het arm's length principe toegepast wordt, de interne (groeps)policy geen belangrijke plaats inneemt. De spreker vindt het opmerkelijk dat de Discussion Draft hier geen uitsluitel over geeft.

3.3 Juridische analyse

Tijdens een herstructurering verdient het ook de aanbeveling om de juridische aspecten van met name overeenkomsten goed te analyseren. Specifiek geldt dit bij aanpassingen van contractuele voorwaarden als gevolg waarvan functies, risico's, immateriële activa en/of winstpotentieel overgedragen worden. Een juridische analyse speelt daarom voornamelijk een rol bij een partiële exit.

Indien een van partijen het voornemen heeft om de overeenkomst aan te passen dan wel op te zeggen, dan zijn bij een juridische analyse, de bepalingen met betrekking tot het in kennis stellen van de andere partij van belang. Hierbij dient ook de redelijkheid van deze clausule nader bekeken te worden.

Indien partijen niets hebben opgenomen met betrekking tot het in kennis stellen van de andere partij indien zij voornemens is de overeenkomst aan te passen dan wel te beëindigen, kan men uit de civiele jurisprudentie een aantal vuistregels herleiden.

Afhankelijk van de feiten en omstandigheden kan het zijn dat een vergoeding betaald dient te worden voor investeringen die gemaakt zijn en die nog niet volledig zijn terugverdiend.¹⁵ Daarnaast kunnen de feiten en omstandigheden ook aanleiding geven tot het betalen van een andere schadevergoeding.

Tot slot kan nog opgemerkt worden dat een juridische analyse vaak alleen iets zegt over het opzeggen van het contract en niets zegt over de overdracht van de (immateriële) activa zelf.

15 HR NJ 1991/742, Mattel/Borka.

3.4 Economische analyse

Naast de juridische analyse dient ook vaak een economische analyse uitgevoerd te worden bij een partiële exit. Deze economische analyse zal de voornaamste basis vormen van een arm's length berekening van een volledige exit heffing (going concern). De economische analyse zal worden gebruikt om de waarde te bepalen van datgene wat overgedragen wordt, bijvoorbeeld functies, risico's, (immateriële) activa en/of winstpotentieel gezamenlijk (business of zelfstandig onderdeel). De berekende waarde kan mogelijk als basis gebruikt worden voor een eventuele exitheffing. Het verdient dus de aanbeveling hier goed naar te kijken, omdat afhankelijk van de veronderstellingen¹⁶, het gebruikte model en de gebruikte data, de uitkomsten significant kunnen verschillen. De spreker laat dit aan het eind van de lezing zien door middel van een model.

Er zijn verschillende waarderingsmodellen/-methodieken die gebruikt kunnen worden voor een economische analyse voor het waarderen van ondernemingen dan wel het bepalen van de sec-goodwill van de gehele onderneming of zelfstandig onderdeel daarvan op goingconcernbasis, onder meer:

- Discounted Cash Flow Method ('DCF-method');
- Discounted Residual Profit (Split) Method; en,
- Mutliples Method (Marktwaaarde van het geïnvesteerde kapitaal gedeeld door b.v. assets, omzet, EBIT of EBITDA);

De vraag is welke verdisconteringsfactor gebruikt dient te worden bij de discount modellen (DCF en Discounted Residual Profit (Split) Method). De verdisconteringsfactor is afhankelijk van de data die worden gebruikt. De verdisconteringsfactor kan de uitkomst zeer beïnvloeden. Voorbeelden van disconteringsvoeten die gebruikt kunnen worden zijn de Weighted Average Cost of Capital ('WACC') die veelal gebruikt wordt bij de DCF method of de Weighted Average Costs of Assets. De WACC kan ook gebruikt worden voor de Discounted Residual Profit (Split) Method (op basis van de overwinst voor interest en belasting). Voor deze methode kan ook gebruikgemaakt worden van de Cost of Equity (op basis van overwinst voor belasting dus na rente).

16 Welke periode te gebruiken voor de berekening, wel/geen terminal value, welke disconteringsvoet, etc.

Bovengenoemde methode is erg in opkomst. Aan deze methode zitten wel nog enige haken en ogen en dan met name aan de berekeningswijze. Als voorbeeld, in het geval dat de berekening uitgaat van de management accounts op basis van IFRS is goodwill niet afschrijfbaar, dit in tegenstelling tot de meeste tax GAAP's. De DCF-methode is minder gevoelig voor dit verschil aangezien deze methode uitgaat van de cashflows (dus na correctie voor o.a. afschrijvingen).

Hieronder zal nog nader ingegaan worden op de DCF-method en de Discounted Residual Profit (Split) Method.

3.4.1 DCF-methode

Op basis van de DCF-methode kan de waarde van een onderneming bepaald worden aan de hand van de toekomstige cash flows. De te gebruiken tijdsperiode voor de toekomstige cash flows dient verdeeld te worden in twee periodes, te weten:

- Vrije cash flows (voor belastingen) voor een expliciete budgetteringsperiode startend in het huidige jaar tot aan het eind van de vastgestelde periode, ook wel de explicit forecast periode genoemd; en
- Indien van toepassing, vrije cash flows (voor belastingen) voor de periode na de expliciete forecast periode, ook wel de residual value periode genoemd. Deze berekening kan gemaakt worden door bijvoorbeeld gebruik te maken van het Gordon Growth Model.

De vrije cash flows worden bepaald op basis van EBITDA waarbij aanpassingen gemaakt worden voor:

- Verschillen in werkkapitaal (debiteuren, voorraad en crediteuren); en
- Kapitaaluitgaven/investeringen.

Uitgaande van een free cash flow berekening voor belastingen wordt de disconteringsvoet veelal bepaald op basis van de formule zoals hieronder weergegeven.

$WACC = (K_{vv} * VV/TV) + ((CoE * EV/TV) / (1 - / - Tc))$, waarbij:

- WACC: Weighted Average Cost of Capital;
- K_{vv}: Kostenvoet vreemd vermogen;
- VV: Vreemd Vermogen;
- TV: Totaal Vermogen;
- CoE: Cost of Equity (na belastingen);
- EV: Eigen Vermogen; en
- Tc: Tarief Vennootschapsbelasting dat van toepassing is.

De berekende waarde van de onderneming als geheel dient aangepast te worden om een inschatting te kunnen maken van de waarde van de goodwill going concern. De boekwaarde van de activa alsmede de niet rentedragende schulden dienen op de waarde van de onderneming gecorrigeerd te worden.

Ook voor een partiële exit kan de DCF-methode uitkomst bieden door de goingconcernwaarde van de onderneming voor de herstructurering te vergelijken met de goingconcernwaarde na conversie. Hierbij moet wel rekening gehouden worden met eventuele kapitaalverschillen. Bij een partiële exit kan de juridische analyse uitkomst bieden voor de te hantieren periode van de cash flows.

3.4.2 *Discounted Residual Profit (Split)Method*

Voor toepassing van de Discounted Residual Profit (Split) Method is het eveneens nodig om de geschikte periode (time span) te bepalen. Verder zullen er budgetten inclusief gebudgetteerde toekomstige winsten op basis van het huidige transfer pricing model dienen te worden opgesteld.

In het geval van een volledige exit dient hierop een routinebeloning (routinewinst) in mindering gebracht te worden voor de routineactiviteiten waarbij geen rekening gehouden hoeft te worden met de immateriële activa die de entiteit nu bezit.

In het geval van een partiële exit dienen op het eerder berekende bedrag de gebudgetteerde winsten op basis van het nieuwe arm's length transfer pricing model in mindering te worden gebracht. Ook hier kan de juridische analyse uitkomst bieden voor de te hanteren periode voor de partiële exit.

Het verschil tussen de winsten voor en na de conversie (na de aftrek) dienen contant gemaakt te worden tegen een geschikte disconteringsvoet, bijvoorbeeld de WACC of de CoE. Ook hier geldt dat de keuze voor de disconteringsvoet niet vrij is; deze is afhankelijk van de data die men verdisconteert.

3.5 **Conclusies**

Waarderingen en daarmee de uitkomst van een waarderingsberekening zijn in grote mate afhankelijk van het gebruikte model, de betrouwbaarheid van de input (kwaliteit van de budgetcijfers) en overige aannames

en andere data die worden gebruikt. Waarderingen zijn dan ook niet zelden betwistbaar. Specifieke gedetailleerde internationale fiscale regels omtrent de berekenwijze ontbreken nog immer.

Het verdient de aanbeveling om de juiste transfer pricing documentatie op te stellen, maar deze niet enkel te beperken tot een conversieanalyse en een schriftelijke overeenkomst. Indien de documentatie er namelijk niet is, kan de bewijslast verplaatst worden naar de belastingplichtige. Mede door het ontbreken van internationale richtlijnen zijn waardeeringsvraagstukken binnen het transfer pricing vakgebied één van de lastigste items. De bewijslastverdeling zal hierdoor een cruciale rol spelen.

Belastingplan 2009

Lezing door de staatssecretaris van financiën mr.dr.s. J.C. de Jager op 10 november 2008¹

1 INLEIDING

Elk jaar wordt op Prinsjesdag het belastingplan aangeboden aan de Staten-Generaal. Het belastingplan bevat de beoogde nieuwe wetgeving voor het komende jaar en is hiermee een indicatie voor de fiscale koers van het kabinet voor het komende jaar. Het belastingplan geniet hierdoor jaarlijks grote belangstelling in fiscaal Nederland.

Vanwege de impact van het belastingplan hebben wij de staatssecretaris van Financiën, de heer Jan Kees de Jager, uitgenodigd om een lezing te geven voor de JOB. De staatssecretaris heeft, tot onze vreugde, deze uitnodiging geaccepteerd en heeft op 10 november het belastingplan toegelicht. De staatssecretaris gaf in zijn inleiding aan het contact met de JOB op prijs te stellen.

De staatssecretaris begon de toelichting op het belastingplan met een kort filmpje, getiteld: 'Het belastingplan in 1 minuut', waarin kort de (meest belangrijke) items van het belastingplan 2009 uiteen werden gezet, te weten: vereenvoudiging, vergroening en bevordering van ondernemerschap. Deze thema's worden hierna verder uitgewerkt. Ook enkele kleinere thema's werden besproken die misschien niet direct onder één van de drie thema's te rangschikken zijn, maar toch zeker de moeite van het vermelden waard zijn. Deze thema's zullen worden besproken in paragraaf 2.2, 'Overige Punten'. Als laatste ging de staatsse-

1 Dit artikel is een verslag van de lezing van de staatssecretaris waar nodig aangevuld met stukken uit het belastingplan om het geheel in een goed perspectief te kunnen plaatsen. Dit verslag is derhalve geen letterlijke weergave van de lezing.

cretaris in op de voorgestelde wijzigingen in de successiewet. Tot slot was er gelegenheid tot het stellen van vragen.

2 BELASTINGPLAN 2009

2.1 Thema's

Het belastingplan 2009 zelf is opgebouwd rond drie thema's, te weten:

- Vereenvoudiging;
- Vergroening; en
- Bevordering Ondernemerschap.

Deze drie thema's of speerpunten zijn niet toevallig gekozen, maar zijn de drie manieren om de uitdagingen waar Nederland en het Nederlandse kabinet nu voor staan, aan te gaan.

2.1.1 Vereenvoudiging

Voor de Nederlandse economie is innovatie van groot belang. Het is daarom belangrijk om, voor zover mogelijk, potentiële belemmeringen die in de weg kunnen staan aan ondernemerschap en innovatie weg te nemen. Het kabinet wil daarom minder en eenvoudigere regels voor zowel particulieren als ondernemers. Eenvoudigere regels zorgen ervoor dat de ondernemer minder tijd kwijt is met administratieve verplichtingen en meer tijd overhoudt voor het ondernemen zelf.

Een voor de praktijk belangrijke maatregel is dat het niet meer nodig zal zijn een nieuwe Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) aan te vragen indien de ondernemer reeds drie jaar een VAR heeft en zich geen wijzigingen in de situatie hebben voorgedaan. Na deze drie jaar zal de inspecteur voortaan automatisch een VAR afgeven.

De grens voor de kwartaalaangifte omzetbelasting zal worden verhoogd van 7.000 euro naar 15.000 euro. De verwachting is dat als gevolg hiervan ongeveer 50.000 ondernemers en dga's slechts eenmaal per kwartaal aangifte omzetbelasting hoeven te doen.

Werknemers zullen vanaf het jaar 2009 geen WW-premie meer betalen. Als gevolg hiervan hoeven de werkgevers geen WW-premie meer in te houden, wat leidt tot een administratieve lastenverlichting bij de werkgever. Ook zal de loonheffing bij dga's worden vereenvoudigd.

De eerste dagmelding zal worden afgeschaft. De inspecteur krijgt echter wel de bevoegdheid om maximaal een vijfjarige eerste dagmelding-verplichting op te leggen. Deze bevoegdheid geldt alleen indien er sprake is van bijzondere risico's zoals fraude of illegale tewerkstelling.

Als gevolg van de door het kabinet voorgestane vereenvoudiging zal ook het boetebeleid van de Belastingdienst worden versoepeld.

2.1.2 *Vergroening*

Het kabinet wil in het jaar 2020 één van de meest duurzame en efficiënte energievoorzieningen in Europa hebben. Het Coalitieakkoord bevat de ambitieuze doelstelling om de uitstoot van broeikasgassen zoals CO₂ in het jaar 2020 met 30% te reduceren ten opzichte van het niveau in het jaar 1990. De fiscale vergroening levert een belangrijke bijdrage aan het realiseren van deze reductie. Met het vorige belastingplan heeft het kabinet belangrijke stappen gezet op het terrein van mobiliteit en vergroening. In mei van het jaar 2008 is de fiscale vergroeningsbrief aan de Tweede Kamer gepresenteerd, waarin vervolgstappen zijn aangekondigd. Het kabinet wil in nauwe samenwerking met het bedrijfsleven verder werken aan fiscale vergroeningsmaatregelen.²

Eén van de beoogde maatregelen die geacht wordt bij te dragen aan de vergroening is de afschaffing van de aanschafbelasting (BPM) op zeer zuinige auto's. Onder zeer zuinige auto's worden personenauto's verstaan met een CO₂-uitstoot van maximaal 95 g/km (dieselauto's) of maximaal 110 g/km (benzineauto's). Door dit voorstel wordt de BPM de komende jaren volledig gebaseerd op de uitstoot van CO₂. Daarnaast wordt de motorrijtuigenbelasting verlaagd voor zowel zeer zuinige auto's als personen- en bestelauto's op aardgas. De motorrijtuigenbelasting zal echter verhoogd worden voor motoren en speciale type vrachtauto's. Met deze maatregel beoogt het kabinet in de eerste plaats de aanschaf, maar ook het gebruik van zuinige(re) (vracht)auto's te stimuleren. Ook zal aan de bijtelling voor leaseauto's een extra schijf worden toegevoegd om auto's die wel zuinig zijn maar niet aan de eerdere norm voldoen, toch fiscaal te stimuleren. Het wordt voor ondernemers dus interessant om te investeren in een energiebewust wagenpark.

2 Zie onder meer ook http://www.minfin.nl/Onderwerpen/Belastingen/Belastingplannen/Belastingplan_2009_c_a/Belastingplan_2009/Belastingplan_2009/1_Inleiding.

2.1.3 Bevordering Ondernemerschap

Naast bovengenoemde thema's wil de overheid het ondernemen zelf ook fiscaal aantrekkelijker maken. Specifieke aandacht gaat hierbij uit naar het midden- en kleinbedrijf (hierna: 'MKB'). Het MKB wordt wel gezien als de drijvende kracht achter de Nederlandse economie.

De volgende maatregelen zijn voor de praktijk van belang als het gaat om het bevorderen van ondernemerschap. Nadruk ligt hierbij op het bevorderen van winstgevende ondernemingen en starters.

- MKB-Winstvrijstelling;
 - Urencriterium MKB-Winstvrijstelling;
- MKB-tarief (opstarttarief);
- Lastenverlichting voor alle belastingplichtigen in de VPB
 - Sportclubs;
 - Zeescheepvaart;
- Uitbreiding WBSO (Wet Bevordering Speur- en Ontwikkelingswerk).

2.1.3.1 MKB-Winstvrijstelling

Het kabinet wil ondernemerschap bevorderen door de MKB-winstvrijstelling te verhogen. Onderzocht wordt nog of het mogelijk is om het urencriterium af te schaffen in het jaar als vereiste voor toepassing van de MKB. Afschaffing van het urencriterium biedt voor deeltijd en hybride ondernemers de mogelijkheid om van de MKB-winstvrijstelling te profiteren. Daarnaast zal er gekeken worden naar de mogelijkheden tot het verder verhogen van de MKB-winstvrijstelling in het jaar 2009 en ook zal de startersaftrek verhoogd worden.

2.1.3.2 MKB-Tarief in de vennootschapsbelasting

In 2008 zijn bedrijven onderworpen aan een vennootschapsbelastingtarief van 20% over de eerste 40.000 euro aan winst en aan een tarief van 23% over het meerdere tot en met 200.000 euro.³ Winst behaald boven de 200.000 euro is belast tegen een tarief van 25,5%. In het belastingplan 2009 wordt de eerste schijf van de vennootschapsbelasting van 40.000 euro verlengd naar 275.000 euro. De 23%- schijf komt te vervallen. Vooral MKB-bedrijven zullen van de verlening van de eerste schijf profiteren. Binnen een structuur kan het interessant zijn de winst te verdelen onder verschillende vennootschappen zonder een fiscale eenheid aan te gaan,

3 Art. 22 Wet op de vennootschapsbelasting. Winst dient te worden opgevat als 'belastbaar bedrag of een belastbaar Nederlands bedrag'.

zodat zo veel mogelijk geprofiteerd kan gaan worden van het lage tarief van de eerste schijf.

De verruiming van de eerste schijf is het gevolg van het uitblijven van een beschikking van de Europese Commissie inzake de rentebox. Het kabinet heeft besloten het bedrag dat voor toepassing van de rentebox gereserveerd was op een andere wijze te doen toekomen aan het bedrijfsleven en hiermee het verlaagde Vpb-tarief te financieren.

2.1.3.3 Zeescheepvaart

Het kabinet wil het varen onder Nederlandse vlag aantrekkelijker maken. Om dit te bereiken wordt het tonnagetarief voor grotere schepen en voor als scheepsmanager werkzame ondernemers verlaagd.

Bij de tonnageregeling neemt de in aanmerking te nemen winst bij een toename van het tonnage via een aantal schalen af. De huidige tonnageregeling kent vanaf een tonnage van 25.000 nettoton een vast tarief. In enkele andere landen geldt het vaste tarief vanaf een hoger tonnage dan 25.000 nettoton en ligt dit vaste tarief bovendien lager dan het laagste tarief in Nederland. Om aan te sluiten bij andere Europese landen en daardoor de Nederlandse tonnageregeling in Europees perspectief concurrerend te houden, introduceert het kabinet een extra schaal. Met deze extra schaal gaat voor de in aanmerking te nemen winst vanaf een tonnage van 50.000 nettoton een lager tarief gelden van € 0,50 per 1.000 nettoton. Hierdoor wordt het voor reders aantrekkelijk om het beheer van grote schepen vanuit Nederland te verrichten. Een toename van de Nederlandse handelsvloot zal een positieve uitstraling hebben op Nederland als maritiem vestigingsland.⁴

2.1.3.4 Uitbreiding faciliteiten speur- en ontwikkelingswerk

In het kader van het bevorderen van innovatief ondernemerschap heeft het kabinet in het Beleidsprogramma⁵ onder andere aangekondigd de WBSO te intensiveren. De WBSO is de verzamelnaam voor de afdrachtvermindering speur- en ontwikkelingswerk in de Wet vermindering afdracht loonbelasting en premie voor de volksverzekeringen (WVA) en de aftrek speur- en ontwikkelingswerk in de Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001). In het jaar 2009 vindt de eerste tranche van deze

4 Zie onder meer ook

http://www.minfin.nl/Onderwerpen/Belastingen/Belastingplannen/Belastingplan_2009_c_a/Belastingplan_2009/Belastingplan_2009/2_Ondernemerschap.

5 Samen werken samen leven, Beleidsprogramma Kabinet Balkenende IV 2007-2011.

intensivering plaats. Per 1 januari 2009 wordt de definitie van speur- en ontwikkelingswerk verruimd. De verruiming zal zien op ontwikkeling van technisch nieuwe programmatuur waarbij gebruik wordt gemaakt van al bestaande componenten. Er zullen voorwaarden worden gesteld om binnen het beschikbare budget te blijven. Voor de uitbreiding is geen aanpassing van de WVA nodig. Wel zal de minister van Economische Zaken de Afbakeningregeling speur- en ontwikkelingswerk 1997 aanpassen en zonodig een beleidsregel opstellen opdat de ontwikkeling van technisch nieuwe programmatuur ruimer kan worden uitgelegd.

In het jaar 2009 en 2010 zal worden bekeken hoe de verruiming van de definitie uitwerkt in de praktijk. Afhankelijk van de bevindingen zal de WBSO verder worden uitgebreid in 2011.

2.2 Overige Punten

Overige punten die de aanwezigen opvielen zijn:

- Doorwerkbonus;
- Financiering lastenverlichting; en
- Vrijstelling sportorganisaties in de successiewet.

In de volgende paragrafen zal worden ingegaan op bovengenoemde punten.

2.2.1 *Doorwerkbonus*

Het kabinet wil de arbeidsparticipatie bevorderen door middel van het invoeren van een doorwerkbonus voor mensen die na hun 62^e nog werken. De doorwerkbonus wordt vormgegeven als een korting op de te betalen belasting (heffingskorting). Arbeidsparticipatie zal gestimuleerd worden door middel van verhoging van zowel de ouderschapsverlofkorting en ont koppeling van de levensloopregeling, als ook de verhoging van de inkomensafhankelijke aanvullende combinatiekorting. Tweeverdieners van 62 jaar en ouder waarvan ieder één keer modaal verdient zullen er per jaar netto 750 euro op vooruitgaan. Mensen met een inkomen van tweemaal modaal zullen nog meer van de regeling profiteren.

2.2.2 *Financiering Lastenverlichting*

Aanvankelijk was het plan om binnen het belastingplan 2009 een totale lastenverlichting op arbeid door te voeren van twee miljard euro. De bedoeling was om deze lastenverlichting te financieren door middel van een verhoging van het btw-tarief met 1%. Echter, voor het jaar 2009 werd

de inflatie geschat op 4% waarvan de beoogde btw-verhoging voor 0,5% zou bijdragen aan het inflatiecijfer. Mede gezien de inflatienorm binnen de Eurolanden is besloten de voorgestelde verhoging van het btw-tarief met 1% in ieder geval een jaar uit te stellen en de beoogde lastenverlichting op een andere manier te financieren.

2.2.3 *Vrijstelling sportorganisaties*⁶

Het kabinet neemt een vrijstelling op in de Successiewet voor sportclubs. Sportclubs zullen worden vrijgesteld van successie- of schenkingsrechten, ook wanneer zij bedragen ontvangen die de normale vrijstelling te boven gaat. De bestaande algemene vrijstellingen blijken in de praktijk vooral ontoereikend voor situaties waarin sportverenigingen bijvoorbeeld gelden proberen te werven voor omvangrijke investeringen als een nieuw clubhuis of een nieuw sportveld.

De vrijstelling is echter alleen van toepassing indien de sportvereniging of stichting is aangesloten bij een landelijke sportorganisatie. Hiermee wordt bewerkstelligd dat alleen door de sector erkende sportverenigingen en -stichtingen voor vrijstelling in aanmerking komen.⁷

3 SUCCESIEWET

Naast het toelichten van het belastingplan 2009 is de staatssecretaris ook nog kort ingegaan op de voorgestelde wijzigingen in de successiewet. Deze wijzigingen worden beoogd in werking te treden per 2010 en hebben onder andere betrekking op:

- Tarieven voor partners en kinderen omlaag naar 10% (tot 125.000 euro) en 20%;
- Tarieven overige verkrijgers omlaag naar 30% (tot 125.000 euro) en 40%;
- Erfvrijstelling voor partners omhoog naar 600.000 euro; en
- Erfvrijstelling kinderen omhoog naar 19.000 euro.

6 Zie onder meer ook

http://www.minfin.nl/Onderwerpen/Belastingen/Belastingplannen/Belastingplan_2009_c_a/Belastingplan_2009/Belastingplan_2009/6_Vrijstelling_sportorganisaties_in_de_Successiewet.

7 Onder sport wordt in dit verband verstaan een lichamelijke bezigheid met spel- en wedstrijdelement waarbij conditie en vaardigheid vereist zijn, onderscheidenlijk bevorderd worden. Ook denksporten, zoals schaken en dammen met spel- en wedstrijdelement, worden tot sport gerekend.

Als gevolg van de verhoging van de ervrijstelling voor partners en kinderen is het de verwachting dat jaarlijks nog slechts 500 partners successierecht verschuldigd zullen zijn. Verder is het de verwachting dat een kwart van de ervende kinderen geen successierecht meer zal hoeven te betalen als gevolg van het verhogen van de vrijstelling.

3.1 Financiering van de beoogde wijzigingen

Aangezien het kabinet streeft naar budgettaire neutraliteit, dienen de voorgestelde wijzigingen in de successiewet uit andere opbrengsten gefinancierd te worden.

De financiering van de beoogde wijzigingen is gebaseerd op drie pijlers, te weten:

- Aanpak van doelvermogens;
- Defiscalisering van overbedelingsschulden; en
- Aanknopen bij de woonplaats van de verkrijger.

Hieronder zal kort worden ingegaan op bovengenoemde drie pijlers.

3.1.1 *Aanpak doelvermogens*⁸

Het instellen van een doelvermogen is op zichzelf een geoorloofde structuur voor bundeling en bescherming van familievermogen. Een doelvermogen wordt echter vaak ingesteld om heffing van successie- of schenkingsrechten te ontgaan. Om aan deze praktijk een einde te maken, zal een wettelijke basis gecreëerd worden om jaarlijks inkomstenbelasting en schenkings- of successierecht over doelvermogens te kunnen heffen. Om dit te bereiken zal het bestaan van het doelvermogen fiscaal worden genegeerd. Ieder doelvermogen wordt toegerekend aan degene die het doelvermogen heeft ingesteld. De insteller wordt dan geacht te blijven beschikken over de vermogensbestanddelen van het doelvermogen als gevolg waarvan de vermogensbestanddelen bij hem in de belastingheffing worden betrokken. Het negeren van het doelvermogen vormt een codificatie van het jarenlange beleid van de Belastingdienst en vertoont parallellen met de fiscaal transparante behandeling van de stichting administratiekantoor.

8 Zie onder meer ook <http://www.minfin.nl/dsresource?objectid=59718&type=pdf>.

Door het doelvermogen fiscaal te negeren, betaalt de insteller al naar gelang de aard van de vermogensbestanddelen inkomstenbelasting in box 1, 2 en 3.

De inbreng van vermogen is onbelast. Uitkeringen uit het doelvermogen worden aangemerkt als uitkeringen gedaan door de insteller. De begiftigden zijn dan schenkingsrecht verschuldigd (tegen het tarief schenkerbegiftigde) en de uitkering valt vervolgens bij hen in box 1, 2 of 3. Zodra een begunstigde een concreet juridisch afdwingbaar recht krijgt, is er sprake van een belaste schenking. Wanneer de insteller overlijdt, dan behoort het doelvermogen tot zijn nalatenschap; de erfgenamen treden in de plaats van de erflater en worden geacht (hun deel van) het doelvermogen te hebben verkregen door overlijden van de erflater. Bij de overdracht van een aanmerkelijk belang-pakket zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor het schenkings- en successierecht in principe van toepassing. De insteller weet op deze manier vooraf wat de fiscale gevolgen zijn van de door hem gekozen structuur en kan daar rekening mee houden. De insteller en begunstigden krijgen voorts een keuzemogelijkheid om op verzoek het doelvermogen niet langer meer aan de insteller maar aan de begunstigden toe te rekenen.

3.1.2 Defiscalisering van overbedelingsschulden⁹

Het onderwerp defiscalisering is een belangrijk element in een algehele stelselherziening. Er dient beter bij de belevingswereld van de belastingplichtigen en het economisch verkrijgingsbegrip te worden aangesloten. Dit zou met zich meebrengen, dat de fiscaliteit op een aantal terreinen afstand neemt van het burgerlijk recht, hetgeen tot ingrijpende wijzigingen zou leiden.

Uit een reeds uitgevoerde analyse blijkt echter dat een volledige doorvoering van defiscalisering van vorderingen en rente, bij een wettelijke verdeling en daarmee vergelijkbare testamentvormen, vooral lijkt te leiden tot een verschuiving van de belastingdruk juist naar de groep die het kabinet meer zou willen ontzien namelijk de nalatenschappen waarbij op geen enkele wijze sprake is van het ontgaan van successierecht. Na invoering zouden de opbrengsten van de defiscalisering pas over een aantal jaren naar voren komen aanvankelijk, zelfs zonder een adequaat overgangsrecht, de opbrengst van de belastingen op schenken en erven negatief beïnvloeden. De voorwaarde van budgettaire neutraliteit brengt dan met zich mee dat er geen sprake kan zijn van een substantiële verla-

9 Zie onder meer ook <http://www.minfin.nl/dsresource?objectid=59718&type=pdf>.

ging van de tarieven. Nader onderzoek wordt door het kabinet noodzakelijk geacht op dit punt.

3.1.3 *Aanknopen bij de woonplaats van de verkrijger*

Naast begrip voor het uitgangspunt om de voorgestelde wijzigingen budgettair neutraal te financieren was er ook begrip voor maatregelen om ontgaansmogelijkheden tegen te gaan en constructies te bestrijden. Regelmatig werd opgemerkt dat een dergelijke aanpak een positieve invloed heeft op het draagvlak voor invoering van de beoogde wijzigingen. Hetzelfde geldt voor een betere aansluiting bij de belevingswereld van de verkrijger. Een manier om meer aan te sluiten bij het economisch verkrijgingsbegrip kan bewerkstelligd worden door aan te sluiten bij de woonplaats van de verkrijger voor de heffing van successierecht.

4 VRAGEN

Tot slot was er gelegenheid tot het stellen van vragen. Hieronder volgt kort een overzicht van de vragen die aan bod kwamen en de antwoorden van de staatssecretaris op deze vragen.

De vragen die gesteld werden en waar de staatssecretaris een toelichting op gegeven heeft hadden betrekking op:

- Houdbaarheid doorwerkbonus en samenloop met de levensloopregeling;
- Fiscale behandeling auto van de zaak;
- Aanknoping bij de woonplaats van de verkrijger voor de heffing in de Successiewet;
- Behandeling van een Discretionaire Trust in de successiewet;
- Medische vrijstelling in de btw;
- Houdbaarheidsbijdrage; en
- Administratieve lasten.

Hieronder zal kort ingegaan worden op enkele van de gestelde vragen.

De discussie inzake de auto van de zaak ging over het feit dat de huidige fiscale regeling slechts de aanschaf van (zeer) zuinige auto's stimuleert en vervolgens geen maatregelen kent voor het gebruik, terwijl het juist bij vergoening voor de hand ligt om maatregelen te introduceren die aansluiten bij het daadwerkelijke gebruik. Dit kan bijvoorbeeld gerealiseerd worden door het (her)invoeren van een tabel met meerdere staffels waarbij het bijtellingspercentage oploopt naarmate het privégebruik toe-

neemt. Hier was duidelijk een tegenstelling tussen de eenvoud van de regeling versus de rechtvaardiging. In dit geval is gekozen voor de eenvoud, vanwege de praktische en administratieve implicaties voor de werkgevers die verbonden zouden zijn aan het (her)invoeren van een staffelsysteem.

Bij de discussie rondom de medische vrijstelling in de btw ontstond een inhoudelijke discussie rondom de BIG-registratie en de toepassing van het gelijkheidsbeginsel versus het doelmatigheidsbeginsel. De staatssecretaris gaf daarbij aan dat hij voor mogelijke oplossingen met betrekking tot registratie en registers een duidelijke taak weggelegd ziet voor het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

Tax strategy

Lezing door Rutger Hafkenscheid – Partner Tax Decision Management, Deloitte Belastingadviseurs BV en Richard Veffers – Director Corporate Finance, TomTom NV, op 22 januari 2009

1 INLEIDING

Op 22 januari 2009 gaven Rutger Hafkenscheid en Richard Veffers gezamenlijk een lezing over Tax Strategy.

Naast de fiscale aspecten van Tax Strategy welke ruimschoots aan bod kwamen, was het erg informatief om te horen welke rol de fiscaliteit binnen het bedrijfsleven inneemt. Voor een fiscale adviseur draait de wereld om fiscaliteit. In het bedrijfsleven is het slechts één van de overwegingen. De bedrijfsfiscalist zal niet alleen zijn standpunt moeten kunnen verkopen aan de raad van bestuur, maar er zullen ook commerciële overwegingen een rol spelen bij het nemen van beslissingen binnen het bedrijf.

Deze verschillen tussen adviespraktijk en bedrijfsleven maakten het een prettig verhaal om naar te luisteren. De vele voorbeelden uit de praktijk zorgden voor de nodige referentie.

1.1 Strategie

De aanwezigen wordt gevraagd wat men verstaat onder het woord ‘Strategie’. Verschillende definities passeren de revue. Enkele definities die werden genoemd zijn: doel, plan, richting, langetermijnvisie en effectiviteit. Hoewel allen raakvlakken hebben, kiest Rutger Hafkenscheid ervoor om in het kader van Tax Control aan te sluiten bij *‘hetgeen je niet doet’*. Deze insteek van het begrip ‘Strategie’ refereert ook aan de risico’s die je loopt als gevolg van het niet inzichtelijk hebben waar je tax risico’s

liggen. Daarnaast heeft het begrip ‘Strategie’ ook een externe dimensie. Er wordt een vergelijking gemaakt met wild water raften: het is sterk afhankelijk van de omgeving waarin je je bevindt. Hoewel een strategie een absolute *must have* is, zijn bedrijven in de huidige tijdsgeest (krediet-crisis) met andere dingen bezig. De nadruk ligt op de externe factoren en als gevolg daarvan meer op de kortetermijnvisie in plaats van op de lange termijn.

2 CORPORATE STRATEGY

Het ontwikkelen van een tax strategy verloopt in drie stappen:

- (i) het definiëren van doelstellingen;
- (ii) het ontwerpen van de organisatie; en
- (iii) het implementeren van dit ontwerp.

De focus bij Tax Strategy ligt voornamelijk op de eerste stap. Deze stap zal in de volgende paragraaf worden beschreven.



Overzicht van een ontwikkeling van een tax strategy.

Bron: Rutger Hafkenscheid

2.1 Het definiëren van doelstellingen / Business Cycle

Omgevingsfactoren zijn, afhankelijk van de positie in de *Business Cycle*, goed te voorspellen. Er worden drie fases onderscheiden binnen een business cycle. De volgende matrix geeft aan waar de aandacht in een bepaalde fase op ligt.

	Fase I	Fase II	Fase III
Tax Control Framework doelstelling	Voorkomen fouten/fraude	Voldoen aan SOX* ¹ eisen	Voldoen aan SOX eisen
Tax portfolio management	Gebruikmaken van faciliteiten	Voorkomen onderbrekingen in de business	Actief portfoliomanagement door planning
Tax compliance / filing	Compliance gericht	Proces gericht	IT gericht
Tax accounting	Weergeven ETR * ²	Beheren ETR	Plannen ETR

*¹ = Sarbanes Oxley

*² = Effective Tax Rate

Fase I omvat de startende bedrijven, terwijl fase III de bedrijven weer geeft die de stormachtige groei achter de rug hebben en op meerdere vlakken 'gesettled' zijn. Fase II omvat het tussengebied: geen starter meer, maar nog zeker niet gesettled.

Richard Veffler geeft aan dat TomTom zich in het eind van de tweede fase bevindt. Op het moment acht hij een agressieve belastingplanning ook onverstandig aangezien het risicoverhogend werkt en tegengesteld is aan de commerciële planning: 'op het moment dat je als bedrijf veel verdient, betaal je veel belasting, maar het moet dan ook wel zo zijn dat in tijden van verlies dit verrekend kan worden met de eerdere winsten. Veel heeft ook te maken met de gevoelstemperatuur van belastingen; als het goed gaat met een bedrijf vindt de Raad van Bestuur het minder erg om belasting te betalen, dat is een teken dat het goed gaat. Als het minder goed gaat, heb je de "steun" van de fiscus hard nodig.' Daarnaast geeft Richard Veffler aan dat beursanalisten zich nooit bezighouden met de effectieve belastingdruk in hun analyses.

Een voor de hand liggende planningsmogelijkheid voor TomTom zou een principaalstructuur kunnen zijn, of verhuizing van bepaalde afdelingen naar het buitenland. Dergelijke aanpassingen in de structuur zouden de beurswaarde van TomTom aanzienlijk kunnen vergroten, maar zijn voor de fase waarin TomTom zich bevindt te ontwrichtend voor de organisatie. Zo zou een dergelijke aanpassing teveel risico met zich mee kunnen brengen ten aanzien van de distributie. Aangezien navigatieapparatuur een markt is die continue in beweging is en aan vernieuwing onderhevig, heeft iedere vertraging in de levering grotere commerciële gevolgen. Momenteel kan de verkoop van navigatieapparatuur nauwkeurig worden bijgehouden, het is te allen tijde duidelijk wat de voorraad is in

welke winkel. Als je met een ingewikkelde structuur belastinggeld bespaart, maar het duurt een week voor een artikel door de douane is, werkt dat contraproductief: De consument koopt het product van de concurrent als het product niet op voorraad is. Commerciële argumenten (in het bijzonder logistiek) wegen in fase I en II vaak zwaarder dan fiscale argumenten. Daarnaast is TomTom een merk waarin wordt geïnvesteerd; ook het risico van reputatieschade in de vorm van belastingontduiking is een zwaarwegend risico dat altijd in de vergelijking wordt betrokken.

Rutger Hafkenscheid illustreert fase III aan de hand van een bierbrouwer: de markt voor bier in Nederland is goed ontwikkeld en heeft weinig tot geen nieuwe spelers op de markt. De meeste producenten bevinden zich in fase III. Een van de weinige manieren waarop producenten kunnen concurreren is op basis van de kosten. Aangezien aan de vereisten van fase I en fase II reeds is voldaan, kan in fase III begonnen worden met het opzetten van belastingplanning. Overigens bevinden de Nederlandse bierproducenten zich op andere regionale markten in andere fasen, bijvoorbeeld in fase I in het Midden Oosten en in fase II in Roemenië, waardoor ook de inrichting van een tax control framework per regio kan verschillen.

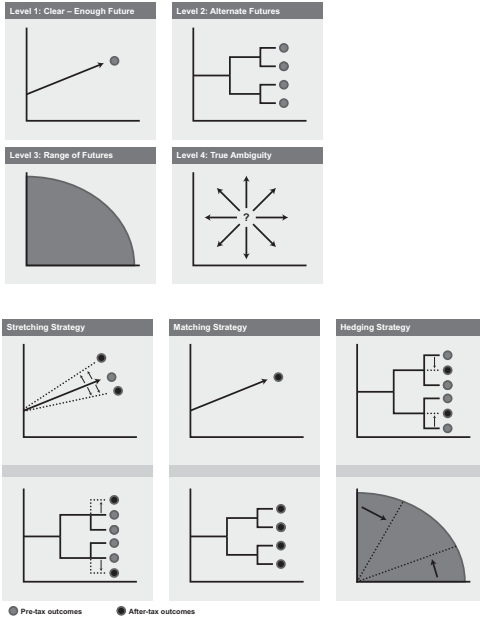
2.2 Onzekerheid

Onzekerheid wordt door Rutger Hafkenscheid gedefinieerd als ‘de kans dat iets gebeurt en het gevolg als dat gebeurt’. Hierbij moet worden gedacht aan een zekere marge tussen de verschillende uitkomsten.

Er worden drie maten van onzekerheid herkend:

1. Clear trends: alle factoren zijn redelijk goed voorspelbaar;
 2. Knowable: *but currently unknown*, gebrek aan kennis creëert onzekerheid; en
 3. Residual uncertainty: het is onduidelijk wat de factoren zijn.
- Gebaseerd op bovenstaande onzekerheden kunnen verschillende modellen worden gebruikt om de toekomst in te schatten, zoals bijvoorbeeld
- i) een clear enough future, een duidelijke oorzaak – gevolg relatie, waarbij de uitkomst duidelijk is;
 - ii) alternate futures, een beschrijving van mogelijke verschillende uitkomsten, de verschillende alternatieven zijn bekend;
 - iii) range of futures, de richting is bekend maar er zijn binnen een bepaalde richting ontelbare kleine afwijkingen te onderscheiden; en

iv) True ambiguity, eigenlijk is zowel richting als de gradaties daarbinnen onbekend.



Bron: Rutger Hafkenscheid

Een voorbeeld van de range of futures (model iii) is de overname van E-plus door KPN. KPN had bij het opzetten van haar double dip structuur verzuimd rekening te houden met mogelijke toekomstige wetswijzigingen in Nederland en Duitsland waardoor ze toen deze wetswijzigingen wel doorgevoerd werden geen scenario hadden waar ze op terug konden vallen.

2.3 Strategieën

Richard Veffer geeft aan dat belastingadviseurs bij hun advieswerk geen risico inschatten. Hoewel het duidelijk is dat niemand in de toekomst kan kijken, wil hij graag weten wat de range of futures is waar hij vanuit dient te gaan. Overigens wil 'het kennen' van de risico's niet zeggen dat de risico's daarmee beheerst kunnen/willen worden. Hij vergelijkt het met een rokende longarts: als je de risico's begrijpt, dan lijkt het dat je die risico's kan beheersen.

Zelfs als de (belasting)adviseur geen range of futures kan aangeven is het vaak al erg handig als de (belasting)adviseur wel de key drivers kan aangeven op basis waarvan de kans bepaald kan worden dat een bepaald belastingrisico zich manifesteert. Op basis van deze key drivers bepaalt het management van een onderneming de te varen koers en kunnen bepaalde risico's vermeden worden.

Ook het onderverdelen van risico's in kleinere elementen kan helpen bij het begrijpen en in kaart brengen van deze risico's om ze op die manier beheersbaar te maken.

3 TOMTOM

Naast een blik in de fiscale keuken van TomTom, gaf Richard Veffler kort aan hoe de geschiedenis van TomTom verlopen was. Ook de ontwikkeling van het hoofdproduct, navigatieapparatuur, passeerde de revue.

3.1 Geschiedenis

TomTom werd in 1991 opgericht. In 1996 kwam de eerste navigatiesoftware op de markt. Vanaf 2002 richtte TomTom zich uitsluitend op autonavigatie en in 2004 ontstond het draagbare navigatieapparaat zoals we dat vandaag de dag kennen. Deze draagbare variant ontwikkelt zich tot vandaag de dag.

3.1.1 Ontwikkeling draagbaar navigatieapparaat

Ook is er een sterke ontwikkeling opgetreden in de technologie die in het draagbare navigatieapparaat verborgen zit.

In de eerste versies van de ontwikkeling van het navigatieapparaat was er slechts een kaart opgenomen die verder geen informatie bevatte: de *base map*. Op deze kaart stonden enkel de wegen en was per weg opgenomen wat de maximale snelheid was.

Bij latere versies van de navigatiekaarten maakte TomTom gebruik van de zogenoemde *map share*. Hierin was additionele, statische, informatie opgenomen, zoals parkeerplaatsen, eenrichtingsverkeer, restaurants en benzinepompen. Ook gaf deze generatie kaarten voor het eerst informatie van gebruikers weer. Een online community kon data toevoegen over werkzaamheden of filemomenten. De verzamelde informatie werd verwerkt om een nauwkeuriger product af te leveren. De IQ-route verza-

melde geanonimiseerde data van gebruikers die in een logboek werden opgeslagen. De logs van alle gebruikers werden gecombineerd en zo ontstond er een steeds nauwkeuriger model. Deze generatie kaarten kon aangeven dat het onverstandig was om rond 8:30 uur langs een school te rijden; een blokje om kon veel tijd schelen.

De huidige versie van kaarten, HD Traffic, maakt gebruik van geavanceerde datastromen om de actuele omstandigheden op de weg weer te geven. Zo wordt bijvoorbeeld gebruikgemaakt van geanonimiseerde data van mobiele telefoonaanbieders: van iedere gebruiker van een mobiele telefoon is de positie globaal en anoniem weergegeven. Veranderingen in deze positie kunnen bijvoorbeeld weergeven hoe het verkeer op de A2 doorstroomt. Deze informatie wordt in de jongste generatie draagbare navigatieapparaten verwerkt. Ter vergelijking: de verkeersinformatiedienst verzamelt data van de belangrijkste 2.000 km weg in Nederland, TomTom verzamelt informatie van 25.000 km weg in Nederland. De nauwkeurigheid van deze apparaten is in korte tijd verveelvoudigd.

4 OVERIGE OVERWEGINGEN

Binnen een onderneming zijn, zoals reeds eerder aangegeven, veel meer overwegingen relevant, dan enkel de fiscale overweging.

Zo blijkt het charteren van een Antanov de enige mogelijkheid om distributie glad te laten verlopen; andere vliegtuigen ontbreekt het aan laadcapaciteit. Dit maakt tax planning een lastige exercitie en geeft aan dat TomTom zich nog in fase II bevindt.

Hoewel de ontwikkeling van TomTom heel snel gaat is het, vanwege de enorme investeringen, de verwachting dat er pas in 2014 winst gemaakt zal worden. Wel is er een enorme post goodwill opgenomen in de boeken. De vraag dient zich aan hoe deze goodwill moet worden toegerekend. Recentelijk is Teletlas aangeschaft/overgenomen. Het totale bedrag van € 2 mld kan niet simpelweg 50-50 worden toegerekend. Dit is een sprekend voorbeeld van de vraagstukken waar een fiscalist bij TomTom zich mee bezig houdt.

Naast dit soort vraagstukken, wordt er gerapporteerd. Gouden regel is 'No Surprises': ieder probleem is op te lossen als het maar bekend is, voor verrassingen staan is echter niet acceptabel. Dit kan in de praktijk soms erg lastig zijn, zo blijkt ook uit het voorbeeld van Richard Veffer van een

persoon X in land Y die per ongeluk door de Nederlandse vennootschap op de loonlijst is gezet in plaats van door de lokale vennootschap. Mogelijk leidt dit tot een vaste vertegenwoordiger. Los van de fiscale merites van een dergelijke zaak is dit soort risico's vaak lastig in kaart te brengen, laat staan om er een (kosten)efficiënt controlesysteem voor op te richten. Mochten dergelijke risico's zich manifesteren dan is het feit om daar open en eerlijk over met de Belastingdienst te communiceren en daar in goed overleg uit te komen.

4.1 TomTom wapenfeiten fiscaal

Enkele feiten worden nog expliciet genoemd als wapenfeiten van het fiscale team van TomTom.

- Er is een deal gesloten met de fiscus over de toepassing van de octrooi-box;
- De financieringsstructuur voor Teletlas is overeengekomen met de fiscus; en
- De voorlopige aanslagen zijn verlaagd met € 20 mio.

4.2 Objectives tax team 2008

Daarnaast wordt het beeld compleet gemaakt met de doelstellingen van het tax team voor 2008.

De doelstellingen bestaan uit drie peilers:

1. beheer de maandelijks, driemaandelijks en jaarlijkse belastingpositie (hoofdzakelijk het effectieve belastingtarief en zorgen dat zich geen verrassingen aandienen);
2. de business ondersteunen (het in lijn brengen van de belastingen met het business model en zorgen dat de business niet onderbroken wordt door fiscale aangelegenheden); en
3. be compliant (alle verplichtingen nakomen, 'in control' zijn bij de belastingprocessen, en reputatieschade voorkomen).

De herziening van het OESO-Modelverdrag en Commentaar in 2008

Lezing door prof.mr. Kees van Raad, onder meer hoogleraar
Internationaal Belastingrecht aan de Universiteit Leiden,
op 19 maart 2009

1 INLEIDING

Op 19 maart 2009 gaf Kees van Raad een presentatie over de herziening van het OESO-Modelverdrag en het commentaar op dit verdrag van juli 2008. Gezien het feit dat het modelverdrag en met name het commentaar door de meerderheid van de fiscalisten er regelmatig op nageslagen wordt, was de uitleg over de aanpassingen niet alleen interessant vanuit theoretisch oogpunt, maar ook zeker toepasbaar in de dagelijkse praktijk.

Voordat de inhoudelijke veranderingen besproken werden, kwam eerst aan bod waarom de veranderingen grotendeels in het commentaar naar voren komen in plaats van in de tekst van het modelverdrag zelf. Dit is vooral gedaan om praktische redenen; een aangepast commentaar kan worden toegepast op alle op dit moment van kracht zijnde verdragen. Wanneer het modelverdrag zelf wordt aangepast, moeten bestaande verdragen eerst worden heronderhandeld voordat de aanpassing in het betreffende verdrag toepassing vindt.

Na deze uitleg werden specifiek enkele veranderingen in het commentaar besproken. Art. 4 inzake het woonplaatsbegrip, art. 5 inzake vaste inrichtingen en art. 7 inzake toerekening van ondernemingswinsten zijn allen besproken. Helaas was er door de beperkte tijd geen gelegenheid meer om in te gaan op de overige aangepaste artikelen.

Zoals al aangegeven in de inleiding van dit verslag, heeft de herziening van juli 2008 van het OESO-Modelverdrag niet zozeer plaatsgevonden in het verdrag zelf maar zijn voornamelijk aanpassingen gemaakt in het commentaar bij het verdrag. Slechts art. 25 met betrekking tot de mutual agreement procedure is herzien in het verdrag zelf; een vijfde lid is aan het artikel toegevoegd. De overige aanpassingen, op art. 4, 5, 7, 10, 12, 13, 15, 17, 21 en 24 zijn alleen in het commentaar naar voren gekomen. De vraag is natuurlijk of het een goede ontwikkeling is dat het modelverdrag zelf niet wordt aangepast, maar dat via de achterdeur van het commentaar toch aanpassingen worden gemaakt.

Natuurlijk zou het prettig zijn om het modelverdrag zelf geheel up to date te houden en alle wijzigingen in het verdrag zelf door te voeren. Op deze manier wordt direct duidelijk wat de bedoelingen van het OESO zijn met een bepaald artikel. Het belang daarvan voor de bestaande verdragen is echter gering. Het is niet het OESO-Modelverdrag zelf dat de verdeling van heffingsrechten tussen staten regelt, het zijn de verdragen die door de landen zelf zijn gesloten die van belang zijn. Een verandering van het OESO-Modelverdrag leidt derhalve niet tot een verandering in het van toepassing zijnde verdrag en zal derhalve pas toepassing vinden wanneer opnieuw wordt onderhandeld over een verdrag. Gezien de gemiddeld lange levensduur van verdragen, zal een verandering van het OESO-Modelverdrag in 2008 misschien pas twintig jaar later tot een verandering leiden in de praktijk.

Daarom heeft het OESO ervoor gekozen om in plaats van het modelverdrag aan te passen, de veranderingen door te voeren in het commentaar. Voor de interpretatie van de op dit moment van toepassing zijnde verdragen wordt namelijk vaak teruggesproken naar het commentaar op het OESO-Modelverdrag. Bijgevolg heeft een verandering van dit commentaar direct toepassing op de interpretatie van een belastingverdrag in de praktijk. Het is misschien niet de mooiste oplossing, maar praktisch gezien is het eigenlijk de enige oplossing.

Art. 4 van het OESO-Modelverdrag bepaalt van welk land een natuurlijk persoon of een rechtspersoon inwoner is voor de toepassing van dat verdrag. Op basis van de kwalificatie als inwoner van een bepaald land wor-

den vervolgens de heffingsrechten aan de landen toegewezen. Als inwoner wordt door art. 4, lid 1 aangewezen *any person who, under the laws of that state, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of effective management or any other criterion of a similar nature... This term however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein*. Wanneer op grond van deze bepaling een persoon inwoner is van beide verdragstaten, bepaalt de tie-breaker rule in welke staat de persoon inwoner is voor de toepassing van het verdrag. Echter, in de praktijk resulteert de toepassing van deze bepaling regelmatig voor problemen. In de herziening van 2008 heeft de OESO geprobeerd meer duidelijkheid te scheppen in de toepassing van art. 4 in bepaalde situaties.

3.1 Toepassing bij landen met territorialiteitsbeginsel

Het eerste punt van aandacht ontstaat als gevolg van de laatste zin van lid 1. In deze zin wordt degene die slechts onderworpen is aan belasting met betrekking tot inkomen uit bronnen of kapitaal gelegen in een staat niet aangemerkt als inwoner van die staat. Dit zou als gevolg kunnen hebben dat een persoon nooit inwoner kan zijn van een staat welke het territorialiteitsbeginsel hanteert.

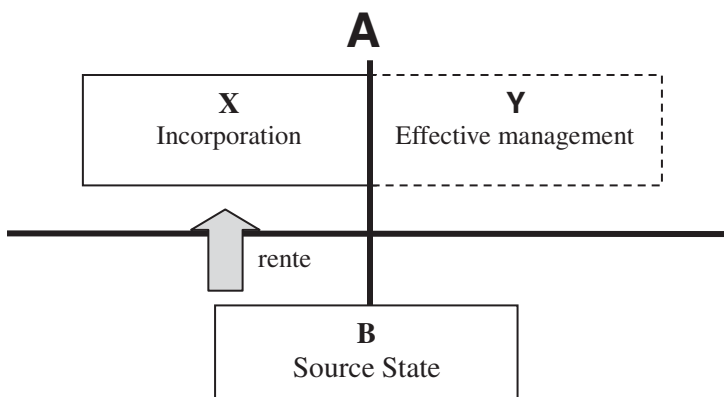
Voor de herziening van 2008 was in punt 8.3 van het commentaar op art. 4 opgenomen dat deze zin restrictief uitgelegd moet worden, aangezien het niet de bedoeling is om alle inwoners van staten welke het territorialiteitsbeginsel hanteren uit te sluiten. Het was echter niet duidelijk wat er exact bedoeld wordt met de term 'restrictief uitleggen'. Bij de herziening van het commentaar is de term 'restrictief uitleggen' vervangen door de bepaling dat deze zin moet worden geïnterpreteerd naar zijn doel en strekking; het uitsluiten van personen '*who are not subjected to the most comprehensive liability to tax generally imposed by a State*'. Bijgevolg ontstaan er geen problemen voor inwoners van staten welke het territorialiteitsbeginsel hanteren en is meer duidelijkheid gekomen omtrent de bedoeling van deze zin.

3.2 Effect in triangular cases

Naast de toepassing van lid 1, ontstaan er ook onduidelijkheden als gevolg van de tie-breaker rule in lid 2 (voor individuen) en in lid 3 (voor bedrijven). In deze bijdrage zullen we uitgaan van een inwoner met

rechtspersoonlijkheid, waarop de tie-breaker rule in lid 3 van toepassing is. Het eerste probleem dat wordt besproken zijn triangular cases.

Een triangular case ontstaat wanneer drie landen heffingsrechten willen effectueren. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als een vennootschap met een dubbele woonplaats een transactie aangaat met een tweede vennootschap. Als voorbeeld wordt gegeven vennootschap A, welke opgericht is naar het recht van land X, maar zijn place of effective management heeft in land Y. Deze vennootschap A ontvangt rente van vennootschap B, gevestigd in een derde land. Zie de volgende structuur:



Op grond van de tie-breaker rule in het verdrag tussen de staten X en Y is vennootschap A inwoner van staat Y. Stel nu dat staat Y (Winner onder verdrag X-Y) geen verdrag heeft met staat B. Staat X (Loser onder verdrag X-Y) heeft wel een verdrag met staat B waarin de bronheffing op rente wordt gemaximeerd op 5%, terwijl het normale tarief van land B 15% is. De vraag die opkomt is of vennootschap A als inwoner van land X een beroep kan doen op het verdrag X – B, en dus recht heeft op een verlaging van de bronheffing op rente.

De vraag is of tie-breaker rule in het verdrag X-Y effect heeft voor de toepassing van andere verdragen, met andere woorden, of vennootschap A geen recht heeft op de verlaging van de bronheffing op rente op grond van het verdrag B-X, aangezien vennootschap A op grond van het verdrag tussen X en Y geen verdragsinwoner is van staat X.

In de Verenigde Staten wordt in een Revenue Ruling zonder argumentatie geconcludeerd dat vennootschap A geen beroep kan doen op het verdrag X-B aangezien het geen inwoner is van X onder het verdrag X-Y. De OESO, Nederland en ook Canada en het VK dragen verschillende oplossingen aan om op een onderbouwde manier tot dezelfde conclusie te komen.

De meest pragmatische en praktische oplossing wordt gevolgd door Canada en het Verenigd Koninkrijk. In deze landen is in de nationale wetgeving een bepaling opgenomen waarin wordt bepaald dat een persoon geacht wordt geen inwoner te zijn van het land wanneer de persoon wel inwoner is op grond van de nationale wetgeving, maar voor toepassing van een verdrag het inwonerschap wordt toegewezen aan een ander land. Op deze manier is het niet nodig om te discussiëren over de interpretatie van art. 4, aangezien de persoon op grond van de nationale wetgeving niet langer inwoner is van het betreffende land.

De Hoge Raad in Nederland baseerde zich op de eerste zin van art. 4, lid 1 van het OESO-Modelverdrag. Deze zin luidt als volgt: *'the term resident of a Contracting State means any person who, under the laws of that state, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of residence or any other criterion of a similar nature'*. De Hoge Raad greep deze eerste zin aan in haar arrest van 28 februari 2001 (BNB 2001/295) en oordeelde dat aangezien vennootschap A op grond van het verdrag X-Y geen inwoner is van land X, ze niet meer 'liable to tax therein (staat X) is.' Echter, de Hoge Raad gaat er in dit arrest aan voorbij dat in de eerste zin aangesloten wordt bij de nationale wetgeving van een staat. Tenzij een staat haar wetgeving heeft vormgegeven zoals hierboven beschreven voor Canada, is de vennootschap nog steeds inwoner op grond van nationale wetgeving en roept de redenering van de Hoge Raad vragen op. De gevolgtrekking van bovenstaande conclusie was volgens de Hoge Raad dat Nederland niet mocht heffen aangezien inwonerschap een vereiste is voor de heffing als bronland onder art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag (de zogeheten saldowerking van het dividendartikel). Er bestaat nog steeds veel discussie over hoe deze uitspraak zich verhoudt tot het verbod op extraterritoriale heffing van dividenden uit het Ierland arrest BNB 1992/379 en toepassing van het restartikel (waarvoor argumenten aan BNB 2007/42 ontleend kunnen worden).

In tegenstelling tot de Hoge Raad in Nederland, grijpt de OESO de tweede zin van art. 4, lid 1 aan om te concluderen dat in de geschetste situatie

het verdrag tussen de loser state (land X) en land B niet van toepassing is. Deze tweede zin luidt als volgt: *'This term (resident) does not include any person who is liable to tax in that State (X) in respect only of income from sources in that State therein..'* Deze bepaling is in 1977 in het OESO-Modelverdrag opgenomen om diplomaten uit te zonderen als inwoner van het (tijdelijke) woonland. Vanaf 2008 wordt deze bepaling echter ook van toepassing op dual resident situaties. Het commentaar op art. 4 (paragraaf 8.2) is als volgt aangepast: *'According to its wording and spirit the second sentence also excludes ... companies and other persons who are not subject to comprehensive liability to tax in a Contracting State(X) because these persons, while being residents of that State under that State's tax law, are considered to be residents of another State (Y) pursuant to a treaty between those two States (X-Y).'* Deze 'uitbreiding' van de tweede zin van art. 4, lid 1 wordt niet verder toegelicht door de OESO.

Ook na bovenstaande aanpassing van het commentaar als toelichting op art. 4, lid 1 roept de tweede zin van lid 1 nog een vraag op. In de tekst van het modelverdrag wordt namelijk gesproken over *'any person liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State therein..'* Wanneer een vennootschap een vaste inrichting heeft in een loser state, zal de loser state de vennootschap mogen belasten voor alle winst toe te rekenen aan de vaste inrichting. Dit kan zich ook uitstrekken tot dividenden, rente en royalties ontvangen uit derde landen. Deze inkomensbestanddelen behoren niet tot *'income from sources in that State therein..'* Derhalve blijft de vraag bestaan wat het resultaat is in dergelijke situaties.

3.3 Toepassing tie-breaker rule

In bovenstaande discussie met betrekking tot triangular cases is de aandacht gevestigd op de toepassing van verdragen nadat als gevolg van de tie-breaker rule een land is aangewezen als winner state en een ander land als loser state achterblijft. Echter, voordat deze discussie aan de orde komt, is het eerst nodig om te bepalen in welk land het effective management zich bevindt. Dit kan lastig zijn in situaties waarin het management van een onderneming niet langer vanuit een vaste standplaats opereert, maar verspreid wordt uitgeoefend. En als de twee landen tot een verschillende conclusie komen wat betreft de verdragswoonplaats van een vennootschap, werken de toewijzingsbepalingen van het verdrag niet doeltreffend.

Dit wordt ook onderkend door de OESO, in 2001 en 2003 zijn over het onderwerp discussion drafts verschenen. In deze drafts werd een alternatieve tekst voor art. 4, lid 3, de tie-breaker rule voor vennootschap, voorgesteld. De belangrijkste criteria in dit voorstel zijn de place of effective management, de plaats van incorporatie en andere relevante factoren, weinig opzienbarende criteria.

Aangezien een meerderheid van de landen zich niet kon vinden in de voorstellen zoals naar voren gebracht in deze drafts, is in het commentaar op art. 4 (paragraaf 24) slechts het volgende toegevoegd: *‘where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity’s business as a whole are in substance made’*. Tevens is het volgende weggehaald: *‘The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined; however, no definitive rule can be given and’*.

Naast de aanpassing in het commentaar op art. 4, lid 3, is op verzoek van enkele staten in paragraaf 24.1 van het commentaar opgenomen dat het landen vrij staat om een mutual agreement op te nemen in art. 4. Op deze manier is het mogelijk om per casus door de bevoegde autoriteiten te laten bepalen van welk land de vennootschap inwoner is voor verdragsdoeleinden. Deze bepaling wordt door landen aan verdragen toegevoegd omdat het in de praktijk moeilijk is om de place of effective management van een vennootschap te definiëren. Of het voor de belastingplichtige een gunstige ontwikkeling is, blijft de vraag; de veelal lange procedures leiden tot een lange periode van onzekerheid zonder de mogelijkheid tot verdragstoepassing.

4 AANPASSINGEN COMMENTAAR ARTIKEL 5 EN 7

Naast art. 4 werd ook kort aandacht besteed aan de veranderingen in art. 5 en 7.

4.1 Vaste inrichting voor diensten

De veranderingen in het commentaar bij art. 5 zien op de mogelijkheid om een vaste inrichting te erkennen voor het verrichten van diensten in een land ander dan het land waarvan de vennootschap inwoner is. Tot de veranderingen in het commentaar van juli 2008 werd in het OESO-Modelverdrag een vaste inrichting voor diensten niet erkend. Sommige staten

waren het niet eens met het feit dat diensten alleen belast werden in de staat waarvan de vennootschap inwoner is, met name ontwikkelingslanden. In het VN-Modelverdrag wordt derhalve wel erkend dat een vaste inrichting voor diensten een mogelijkheid is.

Bij de aanpassing van het commentaar op art. 5 is door de OESO vanaf paragraaf 42.12 als mogelijkheid opgenomen dat een vierde lid wordt tussengevoegd in art. 5 waarin de vaste inrichting voor diensten wordt beschreven. Praktisch gezien ontstaan bij de invoering van een dergelijk artikel echter verschillende problemen:

- Opsporing van een 'diensten vaste inrichting', voornamelijk in geval van diensten verricht aan particulieren;
- Een drempel voor een minimum periode waarin diensten worden verricht, moeilijk als bij voorbaat niet duidelijk is hoe lang diensten worden verricht;
- Vaststellen van de nettowinst, de boeken zullen vaak bij het hoofdhuis worden bijgehouden.

Mede gezien deze moeilijkheden zijn weinig landen enthousiast om een dergelijke bepaling met betrekking tot een vaste inrichting voor diensten aan hun verdragen toe te voegen. Wanneer een dergelijke bepaling wel in de verdragen wordt opgenomen, zal onder Nederlands recht een vaste inrichting voor diensten nog altijd niet worden erkend. Aangezien er zonder nationale wettelijke basis geen belasting kan worden geheven, heeft de verdragsbepaling dan geen gevolgen.

4.2 Winsttoerekening aan vaste inrichtingen

Het vraagstuk van winsttoerekening aan vaste inrichtingen heeft een lange en ingewikkelde historie en de toepassing van art. 7 verschilt aanzienlijk tussen verschillende landen. Aangezien voor de winsttoerekening aan een vaste inrichting de fictie geldt dat de vaste inrichting separaat van het hoofdhuis moet worden behandeld, komen al snel de transfer pricing guidelines in beeld. In 2001 zijn verschillende discussion drafts ontwikkeld door een samenwerking tussen OESO working party 6 (transfer pricing) en OESO working party 1 (verdragen). Deze zijn echter niet succesvol gebleken.

Bij de herziening van het commentaar in 2008 is ook het commentaar op art. 7 wezenlijk aangepast. Het nieuwe commentaar bij art. 7 schrijft voor dat bij de allocatie van winsten een 2-staps aanpak moet worden

gevolgd. Allereerst worden de activiteiten en verantwoordelijkheden van de vaste inrichting vastgesteld door middel van een functionele analyse. Daarna wordt aan deze activiteiten en verantwoordelijkheden de winst toegerekend. De allocatie vindt plaats op basis van de functies van de vaste inrichting, de activa en de risico's die door de onderneming aan de vaste inrichting toegerekend worden.

Naast deze aanpassing van het commentaar is ook in juli 2008 een voorstel voor een geheel nieuw art. 7 gepresenteerd. Bij dit nieuwe artikel zijn eind 2007 vier rapporten over winsttoerekening aan een vaste inrichting verschenen. De termijn voor het indienen van commentaar is reeds verstreken, dus nu is het wachten op een volgende ontwikkeling.

De JOB (Jonge Orde van Belastingadviseurs) is een onderdeel 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 de periode 2008-2009.