

Beschrijving stand van zaken APA-/ATR-praktijk 2017

Inhoudsopgave		
A	A. Inleiding	3
B	B. Algemene beschrijving APA-/ATR-praktijk	3
C	C. Maatregelen tegen belastingontwijking	5
D	Verschijningsvormen	9
1	Internationale houdsterstructuren	9
2	Coöperatie	12
3	Private Equity	15
4	Buitenlandse belastingplicht	18
5	Hybride financieringsvorm	22
6	Hybride entiteiten (incl. CV/BV)	25
7	Principaalstructuren	28
8	Routinematige functies	31
9	Informeel kapitaal	34
10	Financierings- en royalty-activiteiten	36
11	Hoofdhuis - vaste inrichting winsttoerekening	39
12	Herfactureren	42

A. Inleiding

In deze notitie zal ik eerst een algemene beschrijving geven van de APA-/ATR-praktijk¹. Daarna volgt een beschrijving van de (inter)nationale maatregelen tegen belastingontwijking die effect kunnen hebben op de APA-/ATR-praktijk. Vervolgens worden de meest voorkomende verschijningsvormen van structuren beschreven waarvoor in APA's en ATR's zekerheid vooraf wordt gegeven. Allereerst wordt in de paragrafen 1 tot en met 6 aandacht besteed aan verschijningsvormen die in een ATR worden geregeld. In de paragrafen 7 tot en met 12 verschijningsvormen worden beschreven die worden vastgelegd in een APA. Om verder inzicht te geven in de vorm van de afgegeven APA's en ATR's zijn tenslotte als bijlage bij deze beschrijving van elke verschijningsvorm ten minste één exemplarische APA dan wel ATR gevoegd. In deze exemplarische APA's en ATR's worden fictieve feiten, omstandigheden en transacties beschreven. Een daadwerkelijke APA of ATR is altijd maatwerk en wordt toegespitst op de feiten en omstandigheden van het betreffende geval.

B. Algemene beschrijving APA-/ATR-praktijk

Alle belastingplichtigen, particulieren, grote, kleine, nationaal en internationaal opererende bedrijven, kunnen de Belastingdienst om een fiscale ruling vragen, d.w.z. een verzoek doen aan de Belastingdienst om helderheid te krijgen over de fiscale duiding van een voorgenomen (rechts)handeling dan wel van een (rechts)handeling die reeds heeft plaatsgevonden maar nog niet in een belastingaangifte is verwerkt. Dit kunnen eenvoudige fiscale vragen betreffen, zoals de afschrijvingstermijn van een bedrijfsmiddel of de waardering van (oudere) voorraden, maar ook meer complexe fiscale vragen, zoals de vaststelling van de hoogte van een zakelijke vergoeding voor grensoverschrijdende transacties binnen concernverband.

Wanneer gesproken wordt over de "APA-/ATR-praktijk" gaat het over de praktijk van het geven van zekerheid vooraf in de vorm van APA's (Advance Pricing Agreements) en ATR's (Advance Tax Rulings), door het APA-/ATR-team over de fiscale gevolgen van bepaalde internationale situaties. De praktijk is ontstaan in de opbouwfase na de Tweede Wereldoorlog. Waar in eerste instantie het ministerie van Financiën bevoegd was om zekerheid vooraf te geven, werd deze bevoegdheid in de jaren 70 overgedragen aan de lokale belastinginspecteurs. Vanaf 1991 wordt de afgifte van internationale rulings gecentraliseerd bij één loket binnen de Belastingdienst, bij de Belastingdienst Rotterdam, het APA-/ATR-team. Na internationale kritiek is per 1 april 2001 de oude rullingpraktijk vervangen door de huidige APA-/ATR-praktijk. Op dit moment werken er ongeveer 75 mensen in het APA-/ATR-team.

Een APA of ATR ziet op de uitleg van de regulier toepasbare Nederlandse fiscale regelgeving op een specifiek feitencomplex en is dus nadrukkelijk geen goedgunstige versoepeling van de belastinggrondslag of het belastingtarief voor belastingplichtigen. Met een ATR wordt zekerheid gegeven over de Nederlandse fiscale behandeling ten aanzien van een limitatief aantal onderwerpen in verband met een internationale concernstructuur. Een APA onderscheidt zich van het geven van goedkeuring vooraf in nationaal verband doordat door middel van een APA goedkeuring vooraf wordt gegeven over de vaststelling van verrekenprijzen in internationaal verband.

Een APA- dan wel ATR-verzoek dient te worden gericht aan de inspecteur waaronder de belastingplichtige ressorteert. Deze legt het verzoek voor aan het APA-/ATR-team van de Belastingdienst/Rijnmond in Rotterdam voor een bindend advies. Het verzoek wordt beoordeeld door minimaal twee personen (het "vier-ogenprincipe"). Het APA-/ATR-team stemt ook af met de verschillende kennisgroepen en coördinatiegroepen waaronder de Coördinatiegroep Verrekenprijzen teneinde de eenheid van beleid en uitvoering te waarborgen.

In situaties waarin om een ATR wordt verzocht is in veel gevallen sprake van een beperkte aanwezigheid in Nederland. Bij de zekerheid vooraf over verrekenprijzen (met uitzondering van dienstverleningslichamen) is in veel gevallen sprake van een onderneming met in het algemeen een forse aanwezigheid in Nederland.

¹ APA: Advance Pricing Agreement, ATR: Advance Tax Ruling

De afspraken in de vorm van een APA of ATR zijn gebaseerd op beleidsbesluiten waarin is vastgelegd in welke gevallen een bindend advies van het APA-/ATR-team vereist is voor het geven van zekerheid vooraf. Voor een ATR betreffen dit de volgende onderwerpen:

- Toepassing van de deelnemingsvrijstelling voor internationale houdsterstructuren.
- Hybride financieringsvormen of hybride rechtsvormen.
- Het vaststellen van de aanwezigheid van een vaste inrichting in Nederland of de BES-eilanden.
- Toepassing van art. 17, lid 3, onderdeel b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb), ook wel bekend als de aanmerkelijk belang regeling.
- De mogelijkheid om aandelen toe te rekenen aan een vaste inrichting in Nederland of de BES-eilanden.
- Het vaststellen of er sprake is van een onderneming op grond van art. 17a Wet Vpb.
- Het vaststellen of er sprake is van inhoudingsplicht van een coöperatie op grond van art. 1, lid 7 van de Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: Wet divbel).

Alleen binnen de kaders van op dat moment geldende wet-en regelgeving, beleid en jurisprudentie wordt door het APA-/ATR-team zekerheid vooraf gegeven. Buiten de kaders wordt zekerheid vooraf geweigerd. Dit leidt er toe dat het APA-/ATR-team in een aantal gevallen strenger is dan de wet vanwege specifieke beleidsregels toepasbaar op de APA-/ATR-praktijk.

De in deze notitie beschreven structuren komen ook voor zonder zekerheid vooraf. In die gevallen komt de inspecteur (al dan niet na onderzoek) tot dezelfde fiscale behandeling bij aanslagregeling als bij zekerheid vooraf. In zijn algemeenheid geldt in de praktijk, hoe groter het belang voor het desbetreffende bedrijf, hoe meer waarde wordt gehecht aan de zekerheid vooraf. Tegelijkertijd geeft het verstrekken van zekerheid vooraf ook meer helderheid aan de Belastingdienst, ingewikkelde structuren zijn in beeld en gaan niet op in de grote massa. Bovendien wordt informatie over APA's en ATR's uitgewisseld met belastingdiensten in andere landen.

Ter illustratie komen in deze notitie verschillende uitvoeringsaspecten naar voren. Deze aspecten hebben vaak een hoog technisch karakter. Deze nadere technische duidingen, die sinds de 2015-notitie zijn geformuleerd door de Belastingdienst in samenspraak met het ministerie van Financiën, zijn bedoeld om de juiste toepassing van wet- en regelgeving, beleid en jurisprudentie te borgen, veelal naar aanleiding van voorkomende individuele gevallen. De technische duiding van een aantal van deze punten die niet is onder te brengen bij één specifieke verschijningsvorm worden hieronder weergegeven:

- Voor onderwerpen genoemd in de APA-/ATR-besluiten is vastgesteld dat slechts zekerheid vooraf wordt gegeven in de vorm van een aan buitenlandse autoriteiten uit te wisselen APA of een ATR. De uitwisseling kan niet worden ontlopen. Bovendien is tussentijdse verlenging van de looptijd van een APA of ATR is niet mogelijk zonder dat daarvoor een aanleiding is.
- Sinds 2016 moet informatie over rulings worden uitgewisseld met buitenlandse belastingdiensten. Conform de inzet van het kabinet is besproken dat indien er ruimte voor interpretatie is in de (internationale) regels, de Belastingdienst deze in principe zo uitlegt dat een zo groot mogelijke transparantie richting het buitenland het gevolg is. Bovendien is eenzijdige opzegging van een APA of een ATR door belastingplichtigen om onder de uitwisseling uit te komen niet mogelijk.
- Sinds de aanscherping van de substance-eisen in 2014 en het toezicht daarop is de praktijk aangelopen tegen een aantal praktische vragen bij de uitvoering van de regelgeving in bepaalde individuele gevallen. Besproken is om in principe uit te gaan van een strakke uitleg van de substance-eisen, tenzij specifieke omstandigheden tot een onbedoelde uitkomst leiden. Een voorbeeld hiervan is te vinden bij de substance-eis dat bestuursvergaderingen in Nederland moeten plaatsvinden. De eis van het APA-/ATR-team is doorgaans strikt, ondanks de steeds meer digitale samenleving moeten alle bestuurders in principe fysiek aanwezig zijn. Indien een buitenlandse bestuurder vanwege omstandigheden als ziekte of het niet kunnen reizen als gevolg van andere externe omstandigheden een keer niet bij een vergade-

ring aanwezig is en daarom een machtiging aan een andere bestuurder geeft, kan toch aan de substance-eisen worden voldaan. Het niet aanwezig zijn moet wel beperkt blijven tot incidentele gevallen.

C. Maatregelen tegen belastingontwijking

Sinds 2015 is een groot aantal maatregelen genomen, overeengekomen of aangekondigd die belastingontwijking tegengaan en waarvan een deel van invloed kan zijn op de genoemde verschijningsvormen. De uiteindelijke impact van de maatregelen is mede afhankelijk van de implementatie in wet- en regelgeving en de uitvoering daarvan door de belastingdiensten van meerdere landen.

Hieronder worden de maatregelen beschreven die van invloed kunnen zijn op de verschijningsvormen. Per verschijningsvorm wordt vervolgens benoemd op welke manier zij deze verschijningsvorm beïnvloeden. Naast de hierna genoemde maatregelen, zijn nog andere maatregelen genomen die van (grote) invloed zijn op de belastingheffing wereldwijd, maar niet direct deze verschijningsvormen beïnvloeden. Dit geldt bijvoorbeeld voor de wijzigingen in de OESO-richtlijnen over verrekenprijzen die voortvloeien uit het BEPS-project.

Vergroten transparantie

Het is voor belastingdiensten van belang om voldoende informatie te hebben over de onderneming en de toepassing van het belastingrecht in het buitenland om belastingontwijking tegen te kunnen gaan.

Uitwisseling van informatie over rulings

De maatregel die voor alle verschijningsvormen waarvoor een ruling is afgegeven van invloed is, is de uitwisseling van informatie over rulings. Uitwisseling van informatie over rulings leidt tot een betere informatiepositie voor buitenlandse belastingdiensten en is daarom een belangrijke stap in de strijd tegen belastingontwijking. Zowel in OESO als in EU-verband zijn daarom afspraken gemaakt over de uitwisseling van informatie over rulings. Deze uitwisseling van informatie is reeds in volle gang.

Country-by-country reporting tussen belastingdiensten

In OESO- en EU-verband zijn ook afspraken gemaakt over het uitwisselen van country-by-country rapportages tussen belastingdiensten.² Country-by-country reporting is een gestandaardiseerde documentatieverplichting voor multinationale groepen in de vorm van een landenrapport, een groepsdossier en een lokaal dossier. Een multinationale groep moet jaarlijks in een landenrapport ten behoeve van de belastingdiensten onder andere de wereldwijde winstverdeling inzichtelijk maken en aangeven hoeveel belasting in welk land wordt betaald. Indien de ontvangen gegevens daar aanleiding toe geven, kan de betreffende belastingdienst nadere informatie opvragen.

Uitwisseling informatie over informeel kapitaal situaties

Een van de uitkomsten van het BEPS-project is om naast informatie over rulings, ook informatie over informeel kapitaal situaties zonder dat sprake is van een ruling uit te wisselen. Hiertoe is het aangiftebiljet vennootschapsbelasting ten behoeve van het jaar 2016 aangepast, zodat de belastingplichtige moet aangeven of sprake is van informeel kapitaal in de aangifte. Op deze manier wordt gewaarborgd dat de Belastingdienst ook zicht krijgt op situaties van informeel kapitaal als er geen zekerheid vooraf is gegeven. Hierdoor wordt de belastingdienst van het land waar vanuit de informeel kapitaal storting gedaan wordt, actief geïnformeerd als er in Nederland sprake is van een informeel kapitaal situatie.

Antimisbruikbepalingen en verscherping substance-eisen

Antimisbruikbepaling in belastingverdragen

De antimisbruikbepalingen die zijn overeengekomen in het kader van het BEPS-project gaan belastingontwijking in de vorm van verdragsmisbruik tegen, zodat niet op oneigenlijke wijze gebruik kan

² Deze richtlijn is geïmplementeerd in Hoofdstuk VIIa van de Wet Vpb 1969.

worden gemaakt van de verdragsvoordelen in belastingverdragen. Door middel van het Multilateraal Instrument (MLI) kunnen op een efficiënte wijze in één keer de antimisbruikbepalingen in bestaande belastingverdragen worden geïmplementeerd. Daardoor kunnen landen die deelnemen aan de MLI deze antimisbruikbepaling binnen afzienbare termijn gaan toepassen in verdragsituaties. Om onbedoeld gebruik van verdragen in combinatie met de Nederlandse regelgeving tegen te gaan, heeft het kabinet al in 2013 stappen genomen. In dit kader zijn 23 ontwikkelingslanden benaderd om antimisbruikbepalingen op te nemen in de belastingverdragen.

Antimisbruikmaatregelen in de Moeder-dochterrichtlijn

In 2015 is een algemene antimisbruikbepaling ("GAAR") in de Moeder-dochterrichtlijn opgenomen.³ Deze maatregel biedt het bronland de mogelijkheid om kunstmatige constructies zonder economische substance te negeren als deze zijn opgezet om belasting te besparen. In Nederland is deze bepaling geïmplementeerd door aanpassing van artikel 17, derde lid, onderdeel b, van de Wet Vpb en artikel 1, zevende lid, van de Wet Divbel. Als gevolg van deze aanpassingen dient met ingang van 1 januari 2016 de schakelende tussenhoudster minimaal te voldoen aan de ATR-substance-eisen zoals opgenomen in het ATR-besluit.⁴

Substance-eisen bij dienstverleningslichamen

In artikel 3a van het Uitvoeringsbesluit internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen is geregeld dat dienstverleningslichamen, ook als geen APA of ATR wordt gevraagd, moeten voldoen aan de in dat artikel genoemde substance-eisen. Indien de belastingplichtige een beroep doet op een belastingverdrag, richtlijn of andere regeling ter vermindering van bronheffing, maar niet voldoet aan de substance-eisen, moet de belastingplichtige informatie aanleveren waarna de Belastingdienst het buitenland informeert. Het niet voldoen aan de substance-eisen moet door deze belastingplichtigen worden aangegeven in de aangifte. Op basis van de verstrekte informatie kan het buitenland beoordelen of de bronheffing terecht is verminderd. In het ATR-besluit is bepaald dat geen zekerheid vooraf wordt gegeven in de vorm van een ATR indien een vennootschap niet voldoet aan de in dat besluit genoemde substance-eisen. Daarnaast is in het APA-besluit⁵ bepaald dat de zekerheid vooraf in de vorm van een APA wordt uitgewisseld met de belastingdienst van het betrokken land of de betrokken landen als het concern waartoe het dienstverleningslichaam behoort in Nederland niet meer activiteiten ontplooit dan de substance-eisen uit het besluit of geen concrete plannen bestaan voor een uitbreiding van de substance in Nederland.

Anti-misbruikbepaling voor coöperaties

Artikel 1, zevende lid, van de Wet Divbel is met ingang van 1 januari 2016 aangescherpt naar aanleiding van de aanpassingen in de Moeder-dochterrichtlijn.⁶ Dit betekent dat in alle gevallen moet worden getoetst of het lidmaatschap in een coöperatie wordt gehouden met als hoofddoel of een van de hoofddoelen het ontgaan van belastingheffing en de structuur niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.

Inhoudingsplicht houdstercoöperaties

Coöperaties zijn in beginsel niet inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting, ook als zij als houder worden gebruikt in internationale structuren, dit in tegenstelling tot kapitaalvennootschappen. Op 20 september 2016⁷ heeft het kabinet aangekondigd dit verschil op te willen heffen en oneigenlijk gebruik van houdstercoöperaties te willen voorkomen en misbruik van houdstercoöperaties beter te bestrijden. Dit wordt bereikt door de houdstercoöperatie in beginsel inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting te maken. De lidmaatschapsrechten in de houdstercoöperatie worden dan gelijkgesteld met aandelen in een NV of BV. Het concept wetsvoorstel Introductie inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling is op 16 mei jl. ter consultatie op internet aangeboden.

³ Richtlijn 2015/121/EU van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2015, L 21).

⁴ Besluit van 12 juni 2014, nr. DGB 2014/3099 (hierna het ATR-besluit).

⁵ Besluit van 12 juni 2014, nr. DGB 2014/3098 (hierna het APA-besluit).

⁶ Richtlijn 2015/121/EU van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2015, L 21).

⁷ Kamerstukken II, 2016-17, 25 087, nr. 131.

Vergroten coherentie tussen nationale belastingstelsels

CFC-maatregel

In de EU Richtlijn anti-belastingontwijking⁸ (hierna: ATAD) zijn verschillende maatregelen opgenomen die belastingontwijking tegengaan. Een van deze maatregelen betreft een CFC-bepaling⁹. CFC-regels zijn in zijn algemeenheid gericht tegen uitstel van belastingheffing via buitenlandse lichamen die onder controle staan van een binnenlands belastingplichtig lichaam. Door mobiele activa – zoals financiële activa – te verplaatsen naar een in een laagbelastend land gevestigde dochtermaatschappij zou belastingheffing kunnen worden uitgesteld zolang de winst uit die activa niet wordt uitgekeerd. Effectieve CFC-regels gaan dit tegen, door, onder bepaalde voorwaarden, de winst van het buitenlandse lichaam bij het binnenlands belastingplichtig lichaam in de heffing te betrekken. Deze CFC-bepaling wordt als onderdeel van het concept wetsvoorstel voor de implementatie van ATAD nog dit jaar ter internetconsultatie aangeboden.

Neutraliseren van hybride mismatchstructuren door middel van ATAD1 en ATAD2

Zowel de richtlijn tegen belastingontwijking (ATAD1)¹⁰ als de latere aanvulling met ATAD2¹¹ bevatten bepalingen waarmee hybride mismatches worden geneutraliseerd. ATAD1 bevatte maatregelen om de effecten van een aantal hybride mismatches tussen lidstaten van de EU te neutraliseren. Met ATAD2 is dit uitgebreid, zodat ook de effecten van hybride mismatches met derde landen worden bestreden alsmede dat is getracht op alomvattende wijze hybride mismatches te neutraliseren. Als gevolg van deze richtlijn zal het voor belastingplichtigen niet langer aantrekkelijk zijn om gebruik te maken van hybride mismatches. De maatregel voorziet erin dat het effect van de mismatch wordt geneutraliseerd door de aftrek van een betaling te weigeren op het niveau van de betaler of de betaling in de heffing te betrekken op het niveau van de ontvanger.

Bepaling tegen hybride geldverstrekkingen in Moeder-dochterrichtlijn

In 2015 is de Moeder-dochterrichtlijn aangevuld met een bepaling die hybride geldverstrekkingen neutraliseert.¹² Ter implementatie hiervan is artikel 13, zeventiende lid, Wet Vpb ingevoerd met ingang van 1 januari 2016. Als gevolg hiervan is de deelnemingsvrijstelling en –verrekening niet meer van toepassing op ontvangen vergoedingen en betalingen uit hoofde van een deelneming voor zover deze vergoedingen of betalingen bij het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden naar hun aard aftrekbaar zijn voor de winstbelasting. Nederland heeft gekozen voor een wereldwijde toepassing van deze bepaling. Hierdoor is het voor belastingplichtigen onaantrekkelijker om gebruik te maken van hybride geldverstrekkingen.

Algemene renteaftrekbeperking in ATAD1

ATAD1 legt EU-lidstaten de verplichting op om met ingang van 1 januari 2019 een algemene renteaftrekbeperking in de vorm van een earnings-strippingmaatregel in te voeren. Deze maatregel is erop gericht om binnen concernverband grondslaguitholling en winstverschuiving door middel van rentebetalingen te voorkomen. Een dergelijke renteaftrekbeperking kent in tegenstelling tot de bestaande specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969) een algemeen karakter. Deze maatregel heeft tot doel om grondslaguitholling en winstverschuivingen binnen een concern door middel van renteaftrek tegen te gaan.

Hybride mismatches met vaste inrichtingen in ATAD2

⁸ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (PbEU 2016, L193/1).

⁹ CFC staat voor controlled foreign companies, gecontroleerde buitenlandse vennootschappen.

¹⁰ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (PbEU 2016, L193/1).

¹¹ In de Ecofinraad van 21 februari 2017 is overeenstemming bereikt over het richtlijnvoorstel ATAD2, Kamerstukken II 2016/17, 21 501-07, nr. 1418.

¹² Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2014, L 219).

Neutraliseren van hybridemismatchstructuren met vaste inrichtingen door middel van ATAD2¹³. Dit pakt mismatches bij vaste inrichtingen aan. Dit houdt in dat een lidstaat waar de belastingplichtige is gevestigd het inkomen van de vaste inrichting in aanmerking moet nemen wanneer het land van de vaste inrichting het bestaan van die vaste inrichting niet erkent en dus het inkomen van die vaste inrichting niet belast.

¹³ In de Ecofinraad van 21 februari 2017 is overeenstemming bereikt over het richtlijnvoorstel ATAD2, Kamerstukken II 2016/17, 21 501-07, nr. 1418.

D. Verschijningsvormen

1. Internationale houdsterstructuren

1a. Beschrijving

Indien een buitenlands concern dochtervennootschappen houdt in derde landen door middel van een Nederlandse entiteit, spreken we van een tussenhoudster. De winst van de dochtervennootschappen worden in de heffing betrokken in het land waar de dochtervennootschappen zijn gevestigd. Om de winsten van de dochtervennootschappen zonder economisch dubbele belastingheffing naar het moederland te kunnen repatriëren, wenst men in Nederland zekerheid over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op voordelen die opkomen uit de dochtervennootschappen. Daarnaast wenst men in Nederland zekerheid vooraf over het achterwege blijven dan wel reductie van de inhoudingsplicht voor de Nederlandse dividendbelasting op grond van een belastingverdrag, de Moeder-dochter richtlijn of op grond van de nationale wet voor dividenduitkeringen van de tussenhoudster aan de buitenlandse moedermaatschappij.

Naast fiscaal technische redenen wordt een tussenhoudster binnen een concern vaak opgericht om dochtervennootschappen die bijvoorbeeld in eenzelfde geografisch gebied of in een eenzelfde divisie actief zijn, organisatorisch te bundelen en gezamenlijk aan te sturen. Zo is het aandeelhoudersbelang gecentreerd en worden dividenduitkeringen gestroomlijnd.

Op grond van paragraaf 3, onderdeel i van het ATR-besluit geeft het APA-/ATR-team bindend advies op een verzoek tot zekerheid vooraf over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling aan een tussenhoudster in een internationale structuur. Ook al dan niet beursgenoteerde tophoudsters die in Nederland gevestigd zijn zonder dat een van de dochtervennootschappen in Nederland ondernemingsactiviteiten in Nederland uitoefent kunnen zekerheid vooraf krijgen over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling en het al dan niet inhoudingsplichtig zijn voor de dividendbelasting.

Toepassing van de deelnemingsvrijstelling houdt in deze gevallen in dat winsten die zijn behaald door een buitenlandse dochtervennootschap, bij uitdeling aan de Nederlandse aandeelhouder niet (nogmaals) worden belast met vennootschapsbelasting (Vpb) bij de Nederlandse aandeelhouder. Dit is in overeenstemming met het door Nederland toegepaste gedachtegoed dat ondernemingen in staat moeten zijn om op lokale markten te opereren tegen het aldaar geldende belastingtarief waardoor geen concurrentienadeel ontstaat. Dezelfde gedachte ligt in de EU ten grondslag aan de Moeder-dochterrichtlijn. De wettelijke regeling van de deelnemingsvrijstelling bevat een aantal anti-misbruik bepalingen die in zijn algemeenheid de toepassing van de deelnemingsvrijstelling uitsluiten in geval de dochtervennootschap geen actieve onderneming drijft en in het land van vestiging niet aan een reële belastingheffing is onderworpen. Voor zekerheid vooraf over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling is vereist, naast uiteraard het voldoen aan de wettelijke eisen, dat de houdster in Nederland voldoet aan bepaalde substance voorwaarden.

Vaak worden verzoeken om toepassing van de deelnemingsvrijstelling gecombineerd met verzoeken om zekerheid over een vrijstelling of vermindering van de inhouding van de dividendbelasting en zekerheid over het buiten toepassing blijven van de buitenlandse belastingplicht ten aanzien van de uit Nederland ontvangen inkomsten. Een houdsterstructuur is er immers niet bij gebaat als de inkomstenstroom aan de binnenkomende kant wordt vrijgesteld (deelnemingsvrijstelling) maar aan de uitgaande kant alsnog in de heffing wordt betrokken. Een vrijstelling of vermindering van dividendbelasting kan van toepassing zijn op basis van een bilateraal belastingverdrag en binnen de EU ook op grond van de implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn in nationale wetgeving (artikel 4 van de Wet Divbel). Daarnaast kent Nederland een anti-misbruikbepaling waardoor de buitenlandse aandeelhouder op grond van de in artikel 17, lid 3 onderdeel b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb) in Nederland wordt belast. Deze bepaling wordt nader toegelicht in paragraaf 4.

Indien er sprake is van een vennootschap boven Nederland die een onderneming drijft, is een vrijstelling over vermindering van dividendbelasting in lijn met het Nederlandse verdragsbeleid dat erop is gericht dat in ondernemingsstructuren additionele (bron)heffingen niet verstorend mogen werken. Van een onderneming boven Nederland is overigens ook sprake indien een vennootschap boven Nederland "schakelt" tussen een onderneming in of onder Nederland en een onderneming die de aandelen (middellijk) houdt in de vennootschap die "schakelt". Als gevolg van de implementatie van de GAAR uit de aangepaste Moeder-dochterrichtlijn, dient met ingang van 1 januari 2016 een schakelende vennootschap in Nederland minimaal te voldoen aan de ATR-substancevereisten zoals opgenomen in het ATR-besluit.¹⁴

Coöperaties, een bijzondere vorm van tussenhouder

Op grond van paragraaf 3 onderdeel viii van het ATR-besluit geeft het APA-/ATR-team ook bindend advies op een verzoek om zekerheid vooraf over de vraag of winstuitkeringen van een coöperatie die als tussenhouder fungeert, zijn onderworpen aan de Nederlandse dividendbelasting. In het verlengde hiervan wordt zekerheid gevraagd over de vraag of de buitenlandse leden in Nederland belastingplichtig zijn voor hun bezit van lidmaatschapsrechten in een Nederlandse coöperatie. Een coöperatie is onder voorwaarden niet inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting. Een coöperatie kan daarom een aantrekkelijk alternatief zijn voor een NV of BV als tussenhouder in een internationale structuur. Zie paragraaf 2 voor een nadere uiteenzetting van het gebruik van een Nederlandse coöperatie.

1b Schematisch¹⁵



1c. Risico op internationale belastingontwijking

- De dochtervennootschappen zijn winstbelasting verschuldigd in het land waar ze gevestigd zijn. Bovenop de winstbelasting kan bronbelasting verschuldigd zijn voor dividenduitkeringen door de dochtervennootschappen aan de Nederlandse tussenhouder. Door de eventuele verdragen die

¹⁴ Besluit van 12 juni 2014, nr. DGB 2014/3099.

¹⁵ Legenda gebruikte afbeeldingen in deze notitie zie bijlage 1.

Nederland heeft gesloten met het land waar de dochtervennootschap is gevestigd of door Europese richtlijnen, zal dat land aanvullende bronheffing onder voorwaarden verminderen indien de dochtervennootschap een dividenduitkering doet aan de Nederlandse tussenhouder. Nederland zal onder voorwaarden de dividendbelasting verminderen indien de tussenhouder dividend uitkeert aan haar moedervennootschap. Dit is conform het Nederlandse verdragsbeleid. In een aantal gevallen zou bij rechtstreekse uitkering van dividend door de dochtervennootschap aan de moedervennootschap, dus zonder de Nederlandse tussenhouder, een hoger percentage aan dividendbelasting verschuldigd zijn.

- Een tussenhouder die zekerheid vooraf vraagt moet aan de substance-eisen voldoen. Als geen zekerheid vooraf wordt gevraagd, hoeft niet aan de substance-eisen te worden voldaan maar dit staat verdragstoepassing niet in de weg.

1d. Maatregelen tegen belastingontwijking

Sinds 2015 zijn de volgende maatregelen genomen, overeengekomen of aangekondigd die van invloed zijn op deze houdsterstructuren:

- Uitwisseling van informatie over rulings: buitenlandse belastingdiensten krijgen zo een betere informatiepositie.
- Antimisbruikmaatregelen in Wet Vpb en de Wet Divbel: met ingang van 1 januari 2016 moet een schakelende tussenhouder minimaal voldoen aan de ATR-substance-vereisten zoals opgenomen in het ATR-besluit.¹⁶
- Antimisbruikbepaling in belastingverdragen: na ratificatie van het MLI, kunnen belastingdiensten oneigenlijk gebruik van de verdragsvoordelen in belastingverdragen tegengaan doordat in belastingverdragen een antimisbruikbepaling wordt opgenomen.
- Antimisbruik bepaling in de Moeder-dochterrichtlijn: Europese belastingdiensten kunnen een oneigenlijk beroep op de Moeder-dochterrichtlijn weigeren als er sprake is van een kunstmatige constructies zonder economische substance als deze is opgezet om belasting te besparen.
- CFC-maatregel in ATAD1: indien naar een dochtervennootschap die in een laagbelastend land is gevestigd mobiele activa – zoals financiële activa – worden verplaatst, wordt onder bepaalde voorwaarden, de winst van de dochtervennootschap bij de (Nederlandse) tussenhouder in de heffing betrokken met ingang van 1 januari 2019.
- Inhoudingsplicht houdstercoöperaties: de houdstercoöperatie zal door de aangekondigde wetswijziging in bepaalde gevallen inhoudingsplichtig worden voor de dividendbelasting. Zie verder paragraaf 2.

De bovengenoemde maatregelen belemmeren belastingplichtigen niet om gebruik te maken van een tussenhouder in een ondernemingsstructuur. Wel wordt met deze maatregelen belastingontwijking door middel van deze houdsterstructuren tegengegaan, omdat misbruiksituaties beter bestreden kunnen worden en in meer gevallen belasting wordt geheven. Vanwege de antimisbruikmaatregelen kunnen belastingdiensten kunstmatige situaties bestrijden. De nog in te voeren maatregelen hebben als doel dat (i) in bepaalde situaties een uitkering vanuit de houdstervennootschap en (ii) een niet uitgekeerde winst van de buitenlandse dochtervennootschap in Nederland worden belast. Al deze maatregelen maken het vormgeven van een dergelijke structuur om fiscale redenen minder aantrekkelijk.

¹⁶ DGB 2014/31015.

2. Coöperatie

2a. Beschrijving

De coöperatie is één van de diverse rechtsvormen waarin een onderneming kan worden gedreven. Naast fiscale voordelen biedt de coöperatie meer flexibiliteit dan bijvoorbeeld een besloten vennootschap. Zo biedt een coöperatie een grote vrijheid bij de vormgeving van de statuten en andere regelingen voor onderlinge verhoudingen, bijvoorbeeld het toe- en uitreden van leden.

Zoals hiervoor in paragraaf 1 is opgemerkt, kan de coöperatie als tussenhoudster fungeren. In de praktijk wordt vaak van een coöperatie gebruik gemaakt omdat deze in beginsel niet inhoudingsplichtig is voor de dividendbelasting. Op grond van paragraaf 3, onderdeel viii van het ATR-besluit geeft het APA-/ATR-team een bindend advies op een verzoek tot zekerheid vooraf over de inhoudingsplicht voor de dividendbelasting van een Nederlandse coöperatie.

Het is uiteraard niet de bedoeling dat een coöperatie als tussenhoudster wordt gebruikt in gevallen waarin Nederland wel een bronheffing zou willen inhouden. In de wet op de dividendbelasting is daarom sinds 1 januari 2012 een anti-misbruik bepaling opgenomen op grond waarvan een coöperatie in beginsel inhoudingsplichtig wordt gemaakt voor de dividendbelasting in gevallen waarin geen sprake is van een ondernemingsstructuur. Deze anti-misbruikregeling is met ingang van 1 januari 2016 verder aangescherpt. De coöperatie wordt inhoudingsplichtig indien het lidmaatschapsrecht wordt gehouden met als hoofddoel of één van de hoofddoelen het ontgaan van belastingheffing en de structuur niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Alleen indien de lidmaatschapsrechten toerekenbaar zijn aan het ondernemingsvermogen van het lid van de coöperatie wordt zekerheid vooraf gegeven over het achterwege blijven van de inhouding van dividendbelasting. Daarnaast geldt de regeling van de buitenlandse belastingplicht zoals deze is toegelicht in paragraaf 4 ook voor belangen in een coöperatie.

Het feit dat de coöperatie in ondernemingsstructuren kan worden gebruikt ter voorkoming van de inhouding van dividendbelasting in internationale houdsterstructuren, is in overeenstemming met het Nederlandse verdragsbeleid dat erop is gericht dat in ondernemingsstructuren additionele (bron)heffingen niet verstorend mogen werken.

Het huidige toetsingskader voor het al dan niet inhoudingsplichtig zijn van de coöperatie is nagenoeg gelijk aan het toetsingskader voor de buitenlandse belastingplicht. De toets voor de inhoudingsplicht valt uiteen in een objectieve en subjectieve toets. De subjectieve toets houdt in dat getoetst moet worden of de coöperatie een belang aanhoudt met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om (Nederlandse) dividendbelasting of buitenlandse belasting bij een ander te ontgaan. Om dit te beoordelen moet de coöperatie als het ware worden weggedacht. Indien in de structuur zonder coöperatie Nederlandse dividendbelasting of buitenlandse belasting verschuldigd zou zijn, is sprake van een ontgaansmotief.

Indien op basis van de subjectieve toets is vastgesteld dat sprake is van een ontgaansmotief, dient vervolgens de objectieve toets van art. 1, zevende lid van de Wet Divbel plaats te vinden. Op grond van de objectieve toets wordt bekeken of de constructie of reeks van constructies op grond van zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen, is opgezet. Van geldige zakelijke redenen is sprake indien de coöperatie een zelfstandige reële economische betekenis heeft óf deze worden gereflecteerd in de substance van de vennootschap die de lidmaatschapsrechten houdt in de coöperatie (de substancetoets). Daarbij zijn vier mogelijkheden te onderkennen:

- 1) De coöperatie heeft een zelfstandige reële economische betekenis. De coöperatie dient een eigen materiële onderneming te drijven, dat wil zeggen een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die met een winstoogmerk deelneemt aan het economische verkeer. Dit betekent in de praktijk dat een coöperatie die mensen op de loonlijst heeft staan en beschikt over een kantooruimte, een onderneming drijft.¹⁷

¹⁷ MvT, Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 3, p. 10.

- 2) Het directe lid drijft een materiële onderneming en het lidmaatschapsrecht is functioneel toerekenbaar aan het ondernemingsvermogen;
- 3) Het betreft een tophoudster die op grond van haar activiteiten op bestuurlijk, beleidsvormend of financieel terrein een wezenlijke functie vervult ten dienste van de bedrijfsuitoefening van de groep en kan worden geacht het lidmaatschap om geldige zakelijke redenen te houden; of
- 4) Het betreft een schakelende vennootschap die ten minste over substance bezit die overeenkomt met onderdeel 8a van het ATR-besluit (ATR-substance).

Sinds de vorige notitie uit 2015 is het volgende technische punt vastgesteld dat geen zekerheid vooraf wordt gegeven indien boven de coöperatie een substance-arme, aan de beurs genoteerde, listing-vennootschap zit. In een dergelijk geval zou anders zekerheid vooraf worden gegeven met als gevolg dat dividenden zonder bronbelasting naar de aandeelhouders kunnen worden uitgedeeld, alleen vanwege het feit dat er sprake is van een reële coöperatie.

2b. Schematisch



2c. Risico op internationale belastingontwijking

In tegenstelling tot een kapitaalvennootschap is een coöperatie, ook als die niet voor zijn oorspronkelijke doel wordt benut maar als houdstercoöperatie in internationale structuren wordt gebruikt, al bij voorbaat uitgezonderd van inhoudingsplicht (behalve in misbruiksituaties). Zo wordt de coöperatie gebruikt als tussenhouder in gevallen waarin Nederland wel een bronheffing zou willen inhouden, dit doet zich bijvoorbeeld voor in niet-verdragssituaties. Hiermee zou op oneigenlijke wijze Nederlandse dividendbelasting kunnen worden ontweken.

2d. Maatregelen tegen belastingontwijking

Sinds 2015 zijn de volgende maatregelen genomen, overeengekomen of aangekondigd die van invloed zijn op deze verschijningsvorm:

- Uitwisseling van informatie over rulings: buitenlandse belastingdiensten krijgen zo een betere informatiepositie.
- Aanscherping antimisbruikbepaling in de Wet Divbel: met ingang van 1 januari 2016 dient dividendbelasting te worden ingehouden indien de lidmaatschapsrechten worden gehouden met als hoofddoel of een van de hoofddoelen het ontgaan van belastingheffing en de structuur niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.
- Inhoudingsplicht houdstercoöperaties: in tegenstelling tot kapitaalvennootschappen zijn coöperaties in beginsel niet inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting, ook als zij niet voor haar oorspronkelijke doel worden gebruikt, maar als houdster in internationale structuren. De aangekondigde wetgeving heeft als doel dit verschil op te heffen en oneigenlijk gebruik van houdstercoöperaties te voorkomen en misbruik van houdstercoöperaties beter te bestrijden. Dit wordt bereikt door de houdstercoöperatie in bepaalde gevallen inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting te maken.

De aangekondigde maatregelen verhinderen belastingplichtigen niet om gebruik te maken van coöperaties in een ondernemingsstructuur. De coöperatie is in misbruiksituaties al inhoudingsplichtig geworden voor de dividendbelasting. In de toekomst worden de eisen voor houdstercoöperaties verder aangescherpt. Dit wordt bereikt door de houdstercoöperatie in bepaalde gevallen inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting te maken. Deze maatregelen maken het voor belastingplichtigen minder aantrekkelijk om vanwege fiscale redenen een houdstercoöperatie te gebruiken.

3. Private Equity

3a. Beschrijving

Middels private equity (PE) kunnen investeerders financieel in bedrijven participeren. Het PE-fonds verzamelt vermogen van onder andere pensioenfondsen, verzekeraars, banken, vermogende families en/of van particuliere beleggers. De fondsen investeren dat vermogen in bedrijven, de targets.

Buitenlandse PE-fondsen maken regelmatig gebruik van een Nederlandse tussenhouder om de door hen verworven targetvennootschappen aan te houden. Deze houder kan zowel de vorm van een NV/BV als van een coöperatie hebben. In beginsel geldt voor een tussenhouder van een PE-fonds hetzelfde als voor andere onder paragraaf 1 beschreven tussenhouder. Omdat PE-fondsen een specifieke vorm van ondernemen betreft, wordt deze verschijningsvorm separaat beschreven. In voorkomende gevallen wenst men zekerheid over de op te zetten structuur en daarbij wenst men graag zekerheid over een aantal deelonderwerpen van het ATR-besluit. Gedacht kan daarbij worden aan onder andere de buitenlandse belastingplicht, de inhoudingsplicht van de coöperatie en de deelnemingsvrijstelling. Deze onderwerpen worden dan gecombineerd tot een gezamenlijke ATR, er wordt derhalve één ATR afgegeven voor de verschillende onderwerpen in plaats van verschillende ATR's per deelonderwerp. Zekerheid vooraf ten aanzien van PE is alleen mogelijk indien sprake is van een actief fonds.

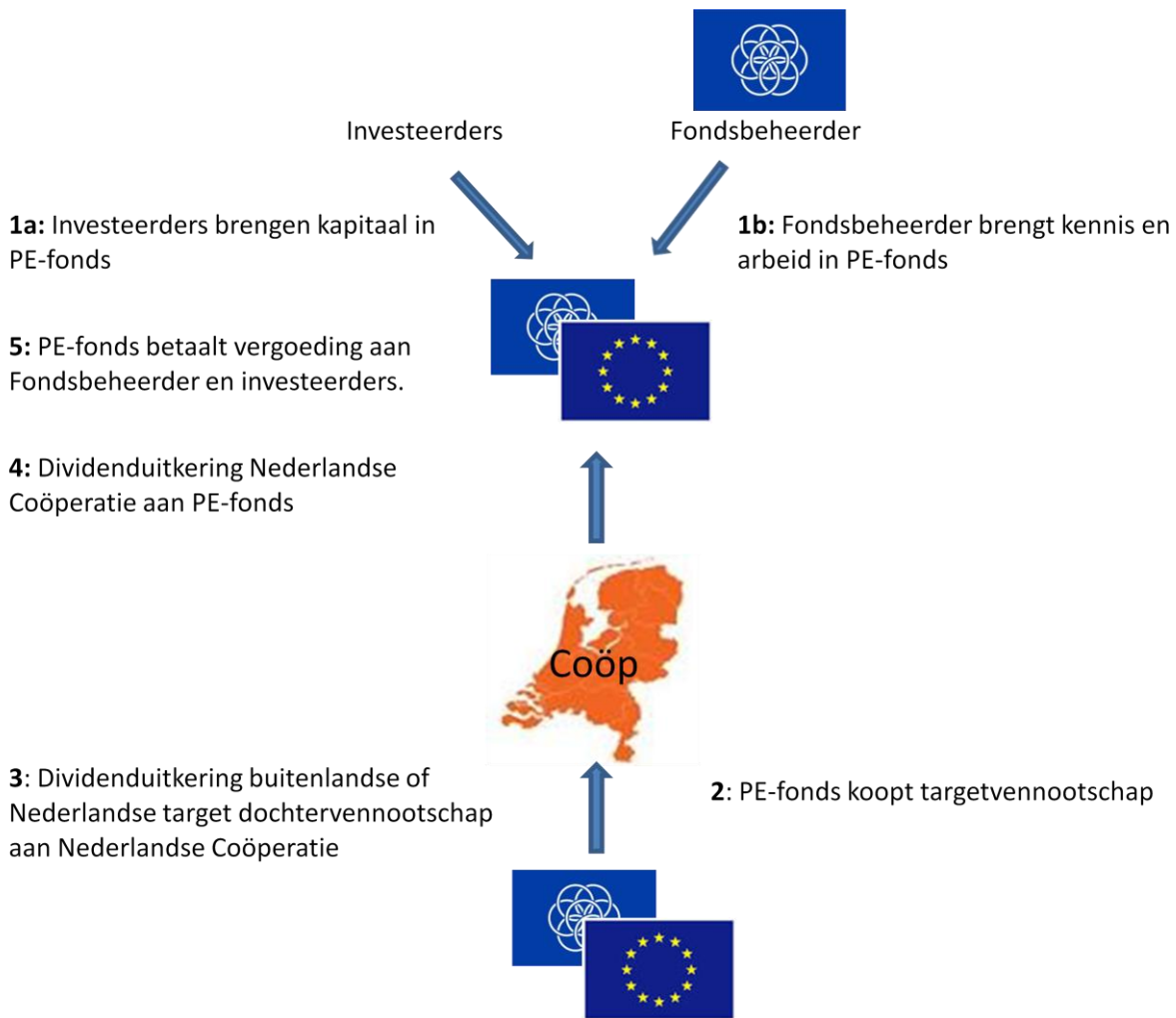
Van een actief PE-fonds is sprake als arbeid en kapitaal samenkomen op het niveau van het PE-fonds. De grondvorm van een PE-fonds is het samenwerkingsverband tussen aan de ene kant beleggers (het kapitaal) en aan de andere kant het PE-hoofdkantoor (de kennis en arbeid). Het kapitaal enerzijds en de expertise anderzijds worden samengebracht als gevolg waarvan een toegevoegde waarde wordt gecreëerd op het niveau van de vennootschap waarin wordt geparticipeerd, de target vennootschap. Vanuit het PE-fonds moet sprake zijn van een actieve bemoeienis met de bedrijfsvoering van de targetvennootschap. De targetvennootschap moet bovendien een actieve onderneming drijven.

Indien sprake is van actieve bemoeienis vanuit het PE-fonds drijft dit fonds een onderneming. In dat geval zullen de aandelen of lidmaatschapsrechten in de houder BV of coöperatie toerekenbaar zijn aan het vermogen van een onderneming en kan zekerheid worden verkregen over de positie van de coöperatie voor de dividendbelasting (is de coöperatie inhoudingsplichtig), de positie van de buitenlandse leden die een aanmerkelijk belang houden in de coöperatie en mogelijk de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op het belang in de target.

Sinds de vorige notitie zijn de volgende technische duidingen ten aanzien van deze verschijningsvorm vastgesteld:

- Indien een Nederlandse CV de fondsentiteit van een PE-fonds vormt en in die hoedanigheid lidmaatschapsrechten van een coöperatie houdt, worden de lidmaatschapsrechten van de coöperatie tot het ondernemingsvermogen van de participanten in een CV gerekend, indien de CV een actieve PE-onderneming drijft.
- Indien het Nederlandse PE-fonds een belang overneemt in een Nederlandse target vennootschap, kan de tweede volzin van art. 1, lid 7 van de Wet Divbel van toepassing zijn waardoor de coöperatie in de toekomst dividendbelasting moet inhouden over de op dat moment aanwezige zuivere winst bij de target.

3b. Schematisch



3c. Risico op internationale belastingontwijking

Private Equity is een verschijningsvorm waarbij diverse andere verschijningsvormen een rol spelen zoals de tussenhouder, de coöperatie, de buitenlandse belastingplicht en uitholling van de belastinggrondslag door renteaftrek. De risico's op internationale belastingontwijking die daar zijn beschreven, zijn ook hier van toepassing.

3d. Maatregelen tegen belastingontwijking

Sinds 2015 zijn de volgende maatregelen genomen, overeengekomen of aangekondigd die van invloed zijn op deze verschijningsvorm:

- Uitwisseling van informatie over rulings: buitenlandse belastingdiensten krijgen zo een betere informatiepositie.
- Aanscherping antimisbruikbepaling in de Wet Divbel: met ingang van 1 januari 2016 dient dividendbelasting te worden ingehouden indien de lidmaatschapsrechten worden gehouden met als hoofddoel of een van de hoofddoelen het ontgaan van belastingheffing en de structuur niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.
- Inhoudingsplicht houdstercoöperaties: in tegenstelling tot kapitaalvennootschappen zijn coöperaties in beginsel niet inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting, ook als zij niet voor haar oorspronkelijke doel worden gebruikt, maar als houdster in internationale structuren. De aangekondigde wetgeving heeft als doel dit verschil op te heffen en oneigenlijk gebruik van houdstercoöperaties te voorkomen en misbruik van houdstercoöperaties beter te bestrijden. Dit wordt bereikt door de houdstercoöperatie in bepaalde gevallen inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting te maken.

- Antimisbruikbepaling in belastingverdragen: na ratificatie van de MLI, kunnen belastingdiensten oneigenlijk gebruik van de verdragsvoordelen in belastingverdragen tegengaan doordat in belastingverdragen een antimisbruikbepaling wordt opgenomen.
- Naar aanleiding van initiatiefnota van de leden Nijboer en Groot 'Private equity: einde aan de excessen' heeft het kabinet met ingang van 1 januari 2017 een aantal wijzigingen doorgevoerd die de al bestaande fiscale maatregelen verstevigen die excessieve schuldfinancieringen bij overnames van Nederlandse vennootschappen tegengaan. De overnameholdingbepaling zoals neergelegd in artikel 15ad van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) is op een aantal punten robuuster gemaakt. Om onwenselijk gebruik van renteaftrek nog effectiever te kunnen bestrijden heeft het kabinet – in aanvulling op de voorstellen uit de initiatiefnota – ook een andere renteaftrekbeperking aangepast. Het gaat om de introductie van de zogenoemde samenwerkende groep benadering in de renteaftrekbeperking gericht tegen winstdrainage zoals neergelegd in artikel 10a van de Wet Vpb 1969. Met deze aanpassingen worden beide renteaftrekbeperkingen verstevigd waardoor grondslaguitholling door het kunstmatig creëren van renteaftrek beter kan worden bestreden.

De aangekondigde maatregelen verhinderen belastingplichtigen niet om gebruik te maken van coöperaties in een ondernemingsstructuur. De coöperatie is in misbruiksituaties al inhoudingsplichtig geworden voor de dividendbelasting. In de toekomst worden de eisen voor houdstercoöperaties verder aangescherpt. Dit wordt bereikt door de houdstercoöperatie in bepaalde gevallen inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting te maken. Deze maatregelen maken het voor belastingplichtigen minder aantrekkelijk om vanwege fiscale redenen een houdstercoöperatie te gebruiken.

Belastingdiensten krijgen met name ook vanwege de toegenomen transparantie meer inzicht in ontwijkings situaties, zo ook de landen van de 'targets'. Met de verscherpte antimisbruikbepalingen in belastingverdragen en richtlijnen krijgen zij ook meer ruimte om hun eigen nationale belastingwet toe te passen in misbruiksituaties.

4. Buitenlandse belastingplicht

4a. Beschrijving

Niet in Nederland gevestigde vennootschappen kunnen in Nederland als buitenlands belastingplichtige worden aangemerkt in verband met bepaalde activiteiten die zij in Nederland verrichten of bepaalde inkomsten die zij uit Nederland ontvangen. De hiervoor bedoelde buitenlandse vennootschappen vragen zekerheid vooraf dat zij conform wet-, en (internationale) regelgeving niet in Nederland belastingplichtig zijn voor hun Nederlandse activiteiten of inkomsten. De belangrijkste twee categorieën van buitenlandse belastingplicht zijn de aanwezigheid van een vaste inrichting en de inkomsten uit een aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde vennootschap.

Op grond van paragraaf 3, onderdeel iii, van het ATR-besluit geeft het APA-/ATR-team een bindend advies op een verzoek om zekerheid vooraf van buitenlandse vennootschappen over de vraag of al dan niet een vaste inrichting in Nederland aanwezig is. Verder geeft het APA-/ATR-team op grond van paragraaf 3, onderdeel iv, van het ATR-besluit ook bindend advies op een verzoek om zekerheid vooraf of de toepassing van de aanmerkelijk-belangregeling van art. 17, derde lid, onderdeel b van de Wet Vpb al dan niet achterwege blijft.

Vaste inrichting

Buitenlandse vennootschappen zijn in Nederland belastingplichtig voor voordelen die worden verkregen uit een onderneming die wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting of een vaste vertegenwoordiger in Nederland. Onder een vaste inrichting wordt verstaan een vaste bedrijfsinrichting die de ondernemer ter beschikking staat en door middel waarvan de onderneming wordt uitgeoefend. Indien er in Nederland geen vaste inrichting is, is er geen belastingplicht in Nederland maar in het land waar de vennootschap is gevestigd. Aan de hand van de feiten en omstandigheden wordt getoetst waar de belasting moet worden afgedragen. In een ATR kan worden bevestigd dat geen sprake is van een vaste inrichting in Nederland. Indien wel sprake is van een vaste inrichting, moet vervolgens worden vastgesteld hoeveel winst er aan deze vaste inrichting moet worden toegerekend. Hierover kan een APA-verzoek worden ingediend.

In art. 17a van de Wet Vpb is een uitbreiding gegeven van het begrip 'Nederlandse onderneming'. Ook ten aanzien van dit artikel kunnen buitenlandse vennootschappen zekerheid vooraf verkrijgen. Dat het APA-/ATR-team op een verzoek daartoe een bindend advies geeft, is vastgelegd in paragraaf 3, onderdeel vii, van het ATR-besluit. Dit betreft een zestal uitbreidingen ten opzichte het begrip vaste inrichting, bijvoorbeeld in Nederland gelegen onroerend goed. Veelal wordt zekerheid vooraf gevraagd door buitenlandse entiteiten over de toepassing van art. 17 in combinatie met art. 17a van de Wet Vpb. Dit mondt meestal uit in één ATR ten aanzien van deze onderwerpen en eventueel nog andere onderwerpen.

Verder geeft het APA-/ATR-team het op grond van paragraaf 3, onderdeel vi, van het ATR-besluit bindend advies op een verzoek tot zekerheid vooraf over de vraag of aandelen toegerekend kunnen worden aan een vaste inrichting in Nederland. Op grond van onderdeel 4.2. van het verzamelbesluit dividendbelasting¹⁸ onderdeel 4.2., wordt bij de toerekening van aandelen aan een vaste inrichting het besluit Winstallocatie Vaste Inrichtingen¹⁹ als uitgangspunt genomen. In onderdeel 4 van het verzamelbesluit dividendbelasting is een aantal criteria opgenomen waar aan voldaan dient te zijn waarna aandelen kunnen worden toegerekend aan een vaste inrichting.

Inkomsten uit aanmerkelijk belang

Indien een buitenlandse vennootschap een belang van ten minste 5% heeft in een Nederlandse vennootschap, is sprake van een aanmerkelijk belang. De inkomsten uit dit aanmerkelijk belang kunnen onder omstandigheden in de heffing van de Nederlandse Vpb worden betrokken. Dit betreft

¹⁸ Besluit van 21 november 2011, nr. DGB 2011/6870M

¹⁹ 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M

zowel de dividenden die uit Nederland worden ontvangen als de winst die wordt behaald bij verkoop van de aandelen.

De regeling is een antimisbruikmaatregel. Met ingang van 1 januari 2016 is art. 17, derde lid, onderdeel b van de Wet Vpb en art. 1, zevende lid van de Wet Divbel (zie uitgebreider paragraaf 2) verder aangescherpt. Deze aanscherping is ingevoerd met de implementatie van de wijzigingen van de Moeder-dochterrichtlijn.

Misbruik wordt aan de hand van een *subjectieve en objectieve toets* vastgesteld. Op grond van de *subjectieve toets* wordt bekeken of de belastingplichtige het aanmerkelijk belang houdt met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van inkomstenbelasting of dividendbelasting bij een ander te ontgaan (de ontgaanstoets). Dit zal in de regel betekenen dat een vergelijking wordt gemaakt met de situatie waarin het buitenlandse lichaam niet in de structuur aanwezig is. Het buitenlandse lichaam wordt als het ware 'weggedacht'. Dit betreft een doorlopende toets. Indien blijkt dat het buitenlandse lichaam de uiteindelijke aandeelhouder ten opzichte van een rechtstreekse uitkering in een gunstigere positie brengt ten aanzien van de Nederlandse inkomstenbelasting of dividendbelasting, dan is voldaan aan de subjectieve toets. Indien is voldaan aan de subjectieve toets, moet de objectieve toets worden uitgevoerd.

Op grond van de *objectieve toets* wordt beoordeeld of de constructie of reeks van constructies op grond van zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen is opgezet. Van geldige zakelijke redenen is sprake indien deze worden gereflecteerd in de substance van de vennootschap die het aanmerkelijk belang houdt (de substancetoets). Daarbij zijn drie mogelijkheden te onderkennen:

- 1) De directe aandeelhouder drijft een materiële onderneming en het aanmerkelijk belang is functioneel toerekenbaar aan het ondernemingsvermogen;
- 2) het betreft een tophoudster die op grond van haar activiteiten op bestuurlijk, beleidsvormend of financieel terrein een wezenlijke functie vervult ten dienste van de bedrijfsuitoefening van de groep en kan worden geacht het aanmerkelijk belang om geldige zakelijke redenen te houden; of
- 3) het betreft een schakelende vennootschap die ten minste over substance bezit die overeenkomt met onderdeel 8a van het ATR-besluit.

Sinds de vorige notitie uit 2015 is over een aantal technische punten ten aanzien van de buitenlandse belastingplicht nader duiding gegeven:

- Eén van de substance-eisen die wordt gesteld in onderdeel 8a van het ATR-besluit waarin wordt verwezen naar de bijlage bij het besluit, is dat bij een ATR-verzoek dat betrekking heeft op een transactie met een deelneming de kostprijs van de deelnemingen met ten minste 15% eigen vermogen moet zijn gefinancierd. In het werkoverleg is duiding gegeven hoe deze eis uitwerkt in verschillende situaties. Zo is bijvoorbeeld besproken dat indien een buitenlandse tussenhoudster een deelneming heeft in een Nederlandse vennootschap, deze 15% eigen vermogen eis ook moet gelden voor de buitenlandse tussenhoudster waardoor de Nederlandse vennootschap gefinancierd moet worden met 15% eigen vermogen.
- Er wordt door het APA-/ATR-team alleen zekerheid vooraf gegeven in ondernemingstructuren. Het is dus noodzakelijk dat er een vennootschap boven Nederland een onderneming drijft. Er is technisch geduid hoe de situatie waarbij de vennootschap boven Nederland in het land waarin deze gevestigd is geen of heel weinig substance heeft, maar wel een vaste inrichting heeft een derde land met werknemers, nader moet worden geduid. Of in deze situaties zekerheid vooraf kan worden gegeven, hangt af van de feiten en omstandigheden. Indien het bijvoorbeeld een vaste inrichting betreft in het land waar de Nederlandse vennootschap een deelneming houdt, zal geen zekerheid vooraf worden gegeven. Indien de vaste inrichting in het betreffende land door de belastingdienst in de heffing wordt betrokken, kan mogelijk wel zekerheid vooraf worden gegeven.
- Fe samenloop tussen de artikelen 17, derde lid 3 onderdeel b en 17, vijfde lid, van de Wet Vpb is helder geworden. Indien op basis van artikel 17, derde lid, onderdeel b, van

de Wet Vpb dividendbelasting bij een ander wordt ontgaan (en geen inkomstenbelasting), wordt de grondslag ingevolge artikel 17, vijfde 5 van de Wet Vpb bepaald conform de Wet Divbel. Het vijfde lid van artikel 17 is niet van toepassing indien zowel dividendbelasting als inkomstenbelasting bij een ander wordt ontgaan. In dat geval vindt heffing plaats conform hoofdstuk 4 van de Wet inkomstenbelasting 2001.

- Bij de implementatie van de wijzigingen van de Moeder-dochterrichtlijn in 2016 is een algemene antimisbruik maatregel geïmplementeerd in artikel 17 derde lid onderdeel b van de Wet Vpb en in artikel 1, zevende lid van de Wet Divbel. In het werkoverleg is besproken dat:
 - Bestaande ATR's die op grond van de wetgeving per 1 januari 2016 ook op dezelfde wijze tot stand zouden kunnen komen, in stand blijven;
 - Bestaande ATR's die op grond van de wetgeving per 1 januari 2016 niet meer tot stand zouden komen vervallen per 1 januari 2016 van rechtswege; en
 - Veel belanghebbenden van bestaande ATR's zullen zich melden, hetzij omdat zij zekerheid wensen over het in stand blijven van een ATR, hetzij omdat zij een aanpassing willen doorvoeren in de structuur om ook onder de nieuwe wetgeving in aanmerking te komen.

4b. Schematisch



2: Buitenlandse entiteit



1: Activiteiten of inkomsten van een buitenlandse entiteit in Nederland?

4c. Risico op internationale belastingontwijking

De buitenlandse belastingplicht in relatie tot het aanmerkelijk belang is een antimisbruikmaatregel. De vraag kan worden opgeworpen of de wijze waarop deze antimisbruikmaatregel is ingevuld leidt tot een toepassing daarvan in de juiste situaties. In samenhang bezien met de tussenhoudsters zoals omschreven in onderdeel 2, voorkomt de maatregel overigens niet in alle gevallen dat dividenden over Nederland lopen.

4d. Maatregelen tegen belastingontwijking

Sinds 2015 zijn de volgende maatregelen genomen, overeengekomen of aangekondigd die van invloed zijn op deze verschijningsvorm:

- Uitwisseling van informatie over rulings: buitenlandse belastingdiensten krijgen zo een betere informatiepositie.
- Antimisbruikmaatregelen in Wet Vpb (buitenlandse belastingplicht) en de Wet Divbel (aanscherping inhoudingsplicht coöperaties): met ingang van 1 januari 2016 moet een schakelende tus-

senhoudster minimaal te voldoen aan de ATR-substance-vereisten zoals opgenomen in het ATR-besluit.²⁰

De bovengenoemde maatregelen belemmeren belastingplichtigen niet om gebruik te maken van een tussenhoudster in een ondernemingsstructuur. Sinds 1 januari 2016 stelt Nederland strengere eisen aan de buitenlandse aanmerkelijk belanghouder. Vanwege deze antimisbruikmaatregel moeten tussenhoudsters in ondernemingsstructuren voldoen aan de ATR-substance-vereisten.

²⁰ DGB 2014/31015.

5. Hybride financieringsvorm

5a. Beschrijving

Een hybride financieringsvorm is een financieringsvorm met zowel kenmerken van een lening als van kapitaal. In de meeste gevallen gaat het om hybride leningen. Evenals niet hybride leningen en een kapitaalstorting door de aandeelhouder, heeft een hybride lening als doel om aan een concrete financieringsbehoefte bij de geldlener te voldoen. De kwalificatie van een geldverstrekking speelt eveneens in gevallen waar geen sprake is van een internationale mismatch. Zo kan er ook zekerheid gevraagd worden over de kwalificatie van een financiering indien hier door het buitenland dezelfde kwalificatie aan wordt gegeven. Vaak zullen financieringsvormen door belastingdiensten hetzelfde gekwalificeerd worden. Op grond van paragraaf 3, onderdeel ii van het ATR-besluit geeft het APA-/ATR-team een bindend advies op een verzoek om zekerheid vooraf over de kwalificatie van een financieringsvorm.

Een hybride lening is een lening, welke op grond van het civiele recht als lening worden aangemerkt (terugbetalingsverplichting), met zodanige kenmerken dat deze voor fiscale doeleinden worden gekwalificeerd als eigen vermogen. In de loop der jaren zijn in de jurisprudentie criteria ontwikkeld aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of een dergelijke lening fiscaal als een vorm van kapitaal moet worden behandeld (zie bijvoorbeeld HR 25 november 2011, BNB 2012/37).²¹ Deze leningen kunnen zowel door een Nederlandse rechtspersoon als aan een Nederlandse rechtspersoon worden verstrekt. Als een lening aan een Nederlandse vennootschap voor Nederlandse fiscale doeleinden als eigen vermogen wordt aangemerkt, vloeit daar in beginsel uit voort dat de vergoedingen op een dergelijke lening naar Nederlandse fiscale maatstaven als dividend worden behandeld. Deze vergoedingen zijn dan niet aftrekbaar van de winst, er dient in beginsel dividendbelasting op te worden ingehouden en onder omstandigheden kan in het buitenland een met de deelnemingsvrijstelling vergelijkbare regeling op de vergoedingen van toepassing zijn.

Omdat elk land zijn eigen criteria toepast voor het kwalificeren van financieringsvormen, kan het in de praktijk voorkomen dat bij een grensoverschrijdende vermogensverstrekking een mismatch ontstaat tussen de kwalificatie van het instrument door Nederland en het andere land. Indien het ene land de vergoeding op de financieringsvorm kwalificeert als rente en het andere land als dividend, kon dit tot voor kort leiden tot hetzij dubbele belastingheffing (niet aftrekbaar, wel belast), hetzij een dubbele vrijstelling (wel aftrekbaar, niet belast).

De Moeder-dochterrichtlijn is in 2015 gewijzigd waardoor de voordelen van de Moeder-dochterrichtlijn niet meer worden toegekend indien sprake is van een financieringsvorm waarvan de vergoeding in een andere EU-lidstaat naar haar aard aftrekbaar is. Op deze wijze wordt beoogd mismatches die het gevolg zijn van hybride financieringsvormen binnen de EU voorkomen.

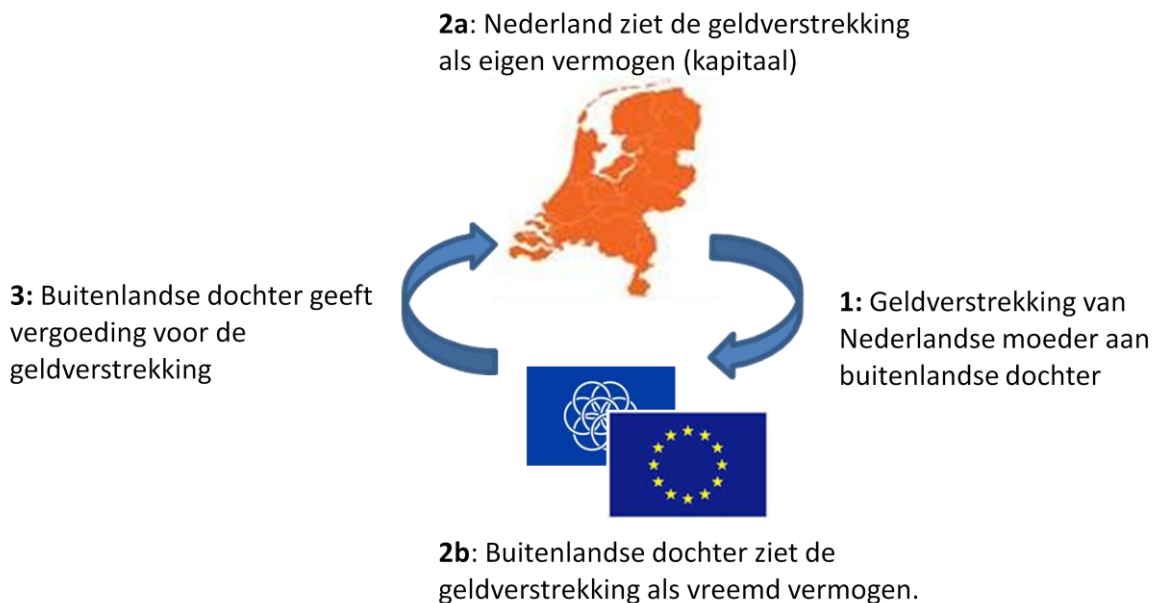
Nederland heeft ter implementatie van de wijzigingen van de Moeder-dochterrichtlijn artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb per 1 januari 2016 ingevoerd. Op grond van dit artikel is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op voordelen uit hoofde van een deelneming voor zover deze voordelen bestaan uit betalingen of vergoedingen die in het andere land naar hun aard in aftrek kunnen worden gebracht op de grondslag van een naar de winst geheven belasting. De werking van deze bepaling is niet beperkt tot de EU, waardoor de maatregel een wereldwijde werking heeft. Een verschillende duiding van een financieel instrument in verschillende landen kan dus niet meer leiden tot een mismatch in de fiscale kwalificatie van de vergoeding.

Door deze aanpassing in de toepassing van de deelnemingsvrijstelling worden dergelijke structuren vrijwel niet meer opgezet via Nederland. Alleen in de gevallen dat er potentieel dubbele belasting kan ontstaan, wenst men zekerheid over de hybride financieringsvorm. In de uitvoeringspraktijk bleek dat een enkele belastingplichtige in 2015 contracten kunstmatig aanpaste om de nieuwe

²¹ Beoordeeld moet worden of de vergoeding op de geldverstrekking afhankelijk is van de winst, of de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en of de schuld geen vaste looptijd heeft maar alleen opeisbaar is bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie.

regelgeving te ontlopen. Bij de bespreking over de technische invulling van deze nieuwe wetgeving in de praktijk, is besproken dat in een dergelijk geval geen zekerheid vooraf kon worden gegeven.

5b. Schematisch



5c. Risico op internationale belastingontwijking

Door internationale mismatches ontstaan situaties waarbij het land van de ontvanger van de financiering de vergoeding op de financieringsvorm kwalificeert als rente en het land van de verstrekker van de financiering als dividend. Door toepassing van de deelnemingsvrijstelling kon hier tot 2015 de situatie door ontstaan dat er een aftrek was in het land van de ontvanger van de financiering en geen heffing in het land van de verstrekker van de financiering.

5d. Maatregelen tegen belastingontwijking

Sinds 2015 zijn de volgende maatregelen genomen, overeengekomen of aangekondigd die van invloed zijn op de hybride geldverstrekkingen:

- Uitwisseling van informatie over rulings: buitenlandse belastingdiensten krijgen zo een betere informatiepositie.
- Bepaling tegen hybride geldverstrekkingen in Moeder-dochterrichtlijn: met ingang van 1 januari 2016 is de deelnemingsvrijstelling en -verrekening niet meer van toepassing op ontvangen vergoedingen en betalingen uit hoofde van een deelneming voor zover deze vergoedingen of betalingen bij het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden aftrekbaar zijn voor de winstbelasting.
- ATAD1 en ATAD2 bevatten tevens maatregelen waarbij de aftrek van de vergoedingen en betalingen op niveau van ontvanger van de financieringen wordt geweigerd. In voorgenoemde richtlijn en wijziging van de richtlijn is opgenomen dat indien een hybride mismatch reeds op grond van een andere EU-richtlijn worden geneutraliseerd, de regels van voorgenoemde richtlijnen niet van toepassing zijn. Hierdoor wordt overkill van een mogelijke samenloop van de richtlijnen voorkomen. Het zou immers onredelijk zijn om de aftrek aan de kant van de ontvanger van de financiering te weigeren, wanneer de vergoeding of betaling aan de kant van de verstrekker van de financiering reeds in de heffing wordt betrokken.

De bovengenoemde maatregelen belemmeren belastingplichtigen niet in het doen van een hybride betaling. De maatregelen zien immers niet op de *kwalificatie* van betaling; het ene land kan een betaling nog steeds als rente zien, terwijl deze in het andere land als dividend wordt aangemerkt. De maatregel heeft echter wél tot gevolg dat de *fiscale behandeling* verandert: een dergelijke dividendbetaling wordt in Nederland niet meer vrijgesteld, maar belast. Het effect van de mismatch wordt daarmee dus 'geneutraliseerd'.

6. Hybride entiteiten (incl. CV/BV)

6a. Beschrijving

Er zijn verschillende rechtsvormen waarin een onderneming kan worden gedreven. Zo zijn er besloten vennootschappen, naamloze vennootschappen, vennootschappen onder firma en andere samenwerkingsverbanden. De keuze voor een bepaalde rechtsvorm hangt samen met de gewenste mate van flexibiliteit en te lopen risico's. Het staat een ondernemer vrij om een rechtsvorm te kiezen waarin hij zijn onderneming wil uitoefenen. De kwalificatie van een rechtsvorm speelt eveneens in gevallen waar geen sprake is van een internationale mismatch. Zo kan er ook zekerheid gevraagd over de kwalificatie van een rechtsvorm wanneer er door het buitenland dezelfde kwalificatie aan wordt gegeven. Vaak zullen rechtsvormen door belastingdiensten hetzelfde gekwalificeerd worden. Een uitzondering zijn landen die de kwalificatie van rechtsvormen een keuze aan de onderneming laten.

Aan de hand van Nederlandse fiscale maatstaven worden samenwerkingsverbanden of naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen als al dan niet fiscaal transparant gekwalificeerd. Als naar Nederlandse fiscale maatstaven sprake is van een transparante entiteit, worden de inkomsten en uitgaven rechtstreeks aan de achterliggende participanten toegerekend. Als geen sprake is van een transparante entiteit, worden de inkomsten en uitgaven aan de entiteit zelf toegerekend. Dan kan sprake zijn van een deelneming waarop een met de deelnemingsvrijstelling vergelijkbare regeling van toepassing kan zijn.

In het besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519 (Staatscourant 2009, 19749) staan de kaders waarbinnen de Belastingdienst toetst of een buitenlands samenwerkingsverband of een buitenlandse rechtsvorm voor de Nederlandse belastingheffing wel of niet als transparant wordt aange-merkt. Op grond van paragraaf 3, onderdeel ii van het ATR-besluit geeft het APA-/ATR-team een bindend advies op een verzoek om zekerheid vooraf over de kwalificatie van een rechtsvorm.

Verder is bij het besluit van 11 december 2009 een bijlage gevoegd van eerder beoordeelde samenwerkingsverbanden en buitenlandse rechtsvormen. Hierbij is aangegeven of het beoordeelde samenwerkingsverband of de beoordeelde rechtsvorm vergelijkbaar is met een Nederlandse commanditaire vennootschap ("CV-achtige"). Omdat in de praktijk is gebleken dat de kwalificatie in sommige landen sterk afhankelijk is van de inrichting van de statuten, is de lijst indicatief van aard.

Ten aanzien van de fiscale kwalificatie van de buitenlandse rechtsvorm kan zekerheid vooraf worden verkregen. Deze fiscale kwalificatie (transparant of niet transparant) is afhankelijk van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval. Bij deze beoordeling spelen de statuten van de betreffende vennootschap en de geldende nationale regelgeving een rol.

Ook ten aanzien van de kwalificatie van rechtsvormen kunnen zich mismatches voordoen. Een samenwerkingsverband kan in het ene land als transparant worden beoordeeld, terwijl het andere land een belastingplichtige entiteit ziet. Hieronder wordt een specifieke en veel voorkomende vorm van een hybride entiteit behandeld.

CV/BV een specifieke vorm van een hybride entiteit

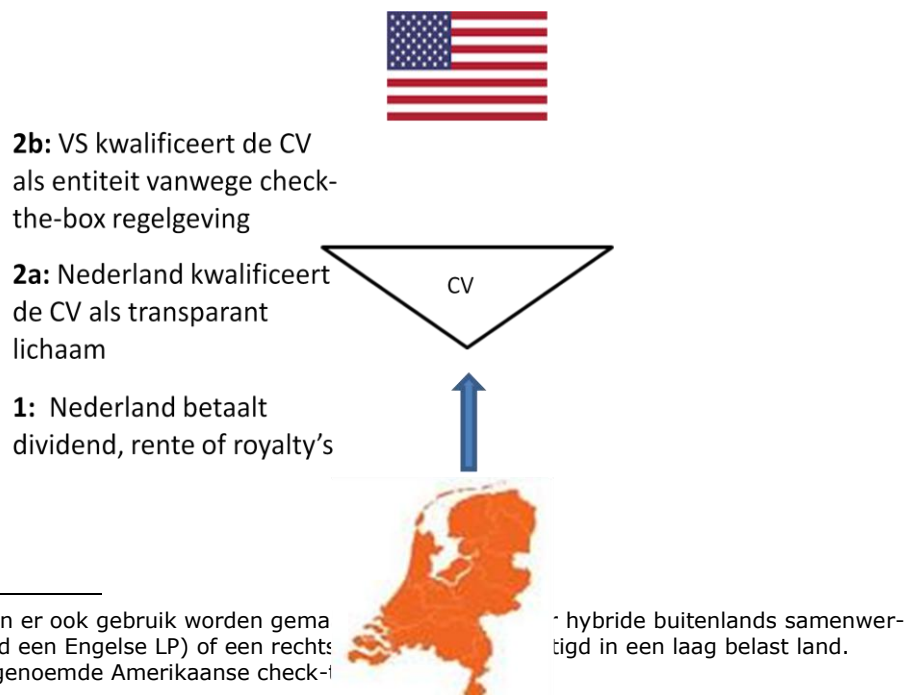
Een voorbeeld van een entiteit die mogelijk als hybride entiteit kan worden aangemerkt betreft de Nederlandse CV in bepaalde internationale verhoudingen. Dit samenwerkingsverband wordt veelvuldig gebruikt in structuren door multinationals uit de Verenigde Staten (VS). De meeste Europese landen kennen een vorm van deelnemingsvrijstelling en heffen dus niet bij over dividenduitkeringen die voortvloeien uit in het buitenland gerealiseerde winsten. Dit in tegenstelling tot de VS die geen deelnemingsvrijstelling kent en de wereldwijde winst van VS concerns in principe jaarlijks in de heffing betreft, voor zover het inkomen in de VS grondslag wordt begrepen. Over buitenlandse winst wordt dus direct bij-geheven naar het VS tarief van 35%.

Op basis van de in de VS geldende "check-the-box-regulations" kan bij-heffing naar VS tarief worden uitgesteld tot daadwerkelijk betalingen aan de VS plaatsvinden. Hierdoor kunnen multinationals uit de VS tegen lokale voorwaarden in het buitenland concurreren met lokale ondernemingen. Daarbij vindt er direct belastingheffing plaats over de lokale gerealiseerde winsten door de desbetreffende landen buiten de VS. Er is geen permanente mismatch, maar bedrijven kunnen wel voor een hele lange periode bij-heffing uitstellen. Met deze opzet wordt derhalve Amerikaanse winstbelasting (soms langdurig) uitgesteld. Hierbij dient opgemerkt te worden dat momenteel in de VS belastinghervormingen worden voorbereid. Dit zou kunnen betekenen dat de opgepotte winsten in deze buitenlandse lichamen op korte termijn (dwingend) in de VS belastingheffing worden betrokken.

Bij een CV/BV-structuur houden Amerikaanse groepsmaatschappijen aandelen in een buitenlandse entiteit, bijvoorbeeld Nederlandse BV via een niet in Nederland gevestigde CV.²² Een CV is onder de hiervoor beschreven voorwaarden transparant voor Nederlandse belastingdoeleinden, met andere woorden fiscaal niet zichtbaar. Dit betekent dat betalingen aan de CV naar Nederlandse fiscale maatstaven direct toegerekend worden aan haar buitenlandse participanten (de VS groepsvennootschappen). De CV is dus niet belastingplichtig in Nederland. De CV is voor Amerikaanse belastingdoeleinden niet-transparant, met andere woorden de CV wordt gezien als een zelfstandige entiteit.²³ Dit zorgt ervoor dat betalingen die vanuit Nederlands fiscaal perspectief direct plaatsvinden aan de VS, vanuit Amerikaans fiscaal perspectief niet in de VS aankomen, maar achterblijven in de CV. Dit wordt ook wel de 'spaarpot op zee' genoemd. Zodra de CV betalingen aan de VS doet, wordt daar alsnog bij-geheven naar het reguliere tarief van de VS. Deze mismatch, het uitstel van bij-heffing, wordt veroorzaakt door de check-the-box-faciliteit in het Amerikaanse belastingstelsel, op grond waarvan men fiscaal kan opteren voor een al dan niet transparante fiscale behandeling.

In de uitvoering is gebleken dat vanwege de internationale ontwikkelingen en de gevolgen daarvan voor de CV/BV-structuur veel vragen leven in de praktijk. Door belastingplichtigen en belastingadviseurs wordt steeds nagedacht over toekomstige mogelijkheden die passen binnen de huidige en toekomstige wet- en regelgeving. Vastgesteld is dat door de Belastingdienst moet worden beoordeeld of deze door belastingplichtigen en belastingadviseurs gepresenteerde toekomstige mogelijkheden passen binnen wet- en regelgeving en of dit in de praktijk tussen derde partijen ook plaats zou vinden.

6b. Schematisch



²² In plaats van een CV kan er ook gebruik worden gemaakt van een koninkrijkverband (bijvoorbeeld een Engelse LP) of een rechtspersoonlijkheidsverband.

²³ Op basis van de eerdergenoemde Amerikaanse check-the-box-regulations.

6c. Risico op internationale belastingontwijking

- Een hybride entiteit kan in het ene land als transparant worden gezien en in het andere land als niet transparant. Als het inkomen dat door het ene land aan de achterliggende participanten wordt toegerekend en het andere land niet heft, kan er een situatie ontstaan van dubbele niet-heffing. Andersom kunnen ook situaties ontstaan van dubbele heffing.
- De CV zoals deze wordt gebruikt in de CV/BV-structuur is naar Nederlandse maatstaven transparant. Op basis van de in de VS geldende "check-the-box-regulations" kan bij-heffing naar Amerikaans tarief worden uitgesteld, totdat daadwerkelijk betalingen aan de VS plaatsvinden. Als gevolg van deze mismatch tussen twee nationale belastingstelsels, is (langdurig) uitstel van belastingheffing het gevolg.

6d. Maatregelen tegen belastingontwijking

Sinds 2015 zijn de volgende maatregelen genomen, overeengekomen of aangekondigd die van invloed zijn op deze verschijningsvorm:

- Uitwisseling van informatie over rulings: buitenlandse belastingdiensten krijgen zo een betere informatiepositie.
- Neutraliseren van hybride mismatchstructuren door middel van ATAD1 en ATAD2²⁴: Als gevolg van deze richtlijnen zal het voor belastingplichtigen onaantrekkelijk worden om gebruik te maken van een hybride mismatchstructuur. Lidstaten zullen op basis van de richtlijnen inkomen in de heffing betrekken of de aftrek van een betaling weigeren bij hybride mismatchstructuren. Op dit moment wordt wetgeving voorbereid waarmee Nederland de richtlijnen in de Nederlandse belastingwetgeving zal implementeren. De verwachting is dat dit in 2018 wordt voorgelegd ter internetconsultatie.

Deze maatregelen belemmeren belastingplichtigen niet om gebruik te maken van een CV in hun ondernemingsstructuur. Tevens verhinderen deze maatregelen niet dat sprake kan zijn van een hybride mismatch. Landen kunnen een entiteit nog steeds verschillend kwalificeren. Met de nog te implementeren wetgeving worden hybride mismatchstructuren (waaronder de CV/BV-structuur) wél fiscaal onaantrekkelijk. In geval van de CV/BV-structuur zal Nederland na implementatie van de richtlijn, niet langer de aftrek van betalingen aan de CV toestaan, in geval er sprake is van een hybride mismatch.

²⁴ In de Ecofinraad van 21 februari 2017 is overeenstemming bereikt over het richtlijnvoorstel ATAD2, Kamerstukken II 2016/17, 21 501-07, nr. 1418.

7. Principaalstructuren

7a. Beschrijving

Multinationals zijn de afgelopen decennia van lokaal georganiseerde landenorganisaties, waarbij productie, R&D, inkoop en verkoop per land plaatsvonden geëvolueerd naar centraal aangestuurde organisaties waarbij soortgelijke functies geclusterd zijn en centraal aangestuurd worden. Dit is een internationale ontwikkeling bij multinationale ondernemingen die vooral wordt gedreven door bedrijfseconomische redenen..

De vennootschap die het centrale punt vormt voor bijvoorbeeld de inkopen, verkopen, R&D en productie in een groot geografisch gebied of tijdzone aanstuurt wordt "principaal" genoemd. De principaal neemt de ondernemingsbeslissingen, loopt de daarmee gepaard gaande risico's en zorgt voor efficiencyvoordelen. De vennootschappen waarin de fabrieken en de verkooporganisaties worden uitgeoefend hebben een beperkte functionaliteit en een beperkt risicoprofiel. Op basis van het arm's lengthbeginsel slaan de overwinsten en de verliezen neer bij de principaal, terwijl de fabrieken en verkooporganisaties een stabiele zakelijke, doorgaans beperkte beloning krijgen voor hun routinematige activiteiten. Door middel van een APA wordt, afhankelijk van de situatie of de principaal in of buiten Nederland gevestigd is, zekerheid vooraf verstrekt over de beloningen van zowel Nederlandse als buitenlandse fabrieken en verkooporganisaties. Zie hierna ook paragraaf 8 over routinematige functies.

Principaalstructuren in combinatie met CV/BV (IP niet in Nederland)

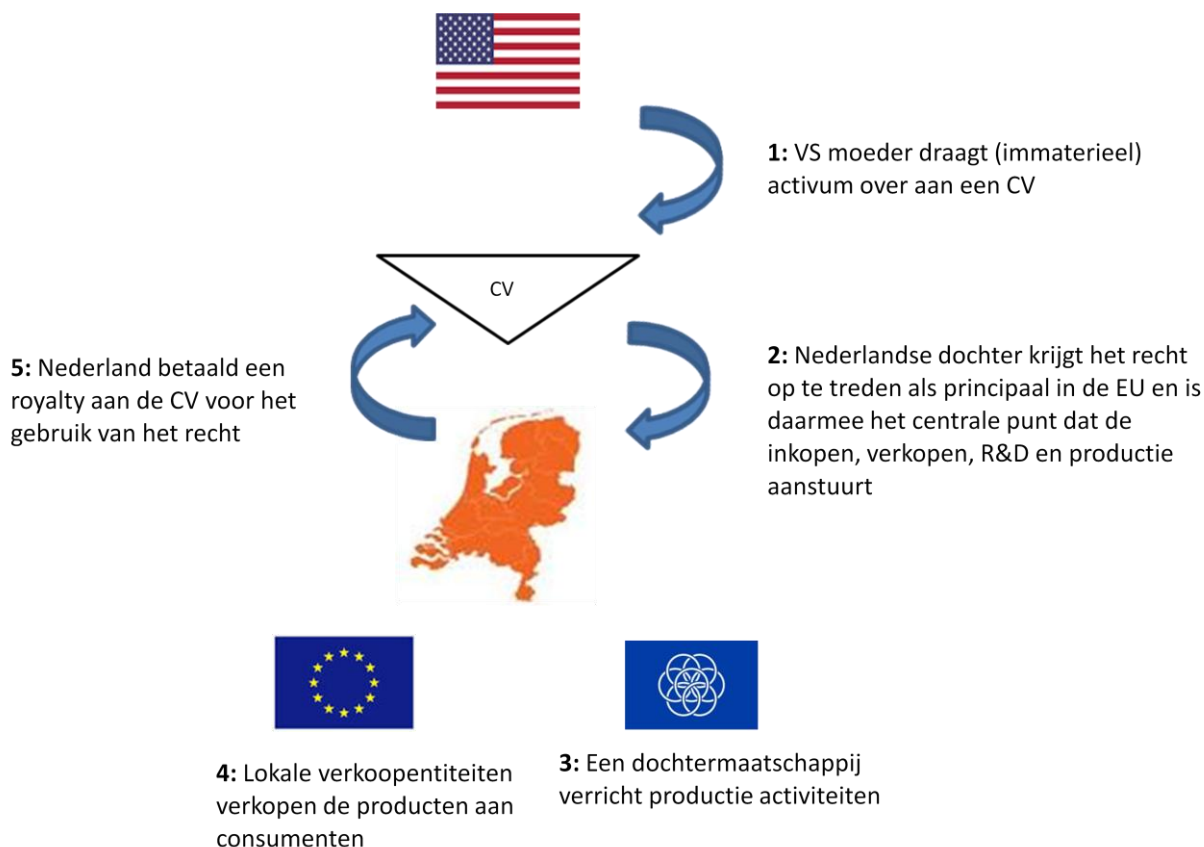
Hierbij heeft een buitenlands concern (vaak VS) een deel van haar verkooprechten of andere immateriële vaste activa ondergebracht in een hybride CV (zie paragraaf 6 hiervoor) of buitenlands laagbelast lichaam. Dit lichaam verleent aan NL het recht op te treden als principaal in een bepaald geografisch gebied, bijvoorbeeld Europa. De waardevolle immateriële vaste activa (IP) zitten immers niet in Nederland. De Nederlandse BV koopt de producten vaak binnen het concern in en verkoopt de producten aan lokale verkoopentiteiten. Deze productie- verkoopentiteiten worden in de afzonderlijke landen beloond met een (beperkte en stabiele) zakelijke vergoeding. De Europese omzet minus de hiervoor bedoelde zakelijke vergoeding wordt vervolgens verantwoord in Nederland. Indien Nederland een hoger inkomen ontvangt dan de afgesproken zakelijke beloning voor de Nederlandse functies, wordt het meerdere betaald als royalty aan de CV of het laagbelaste lichaam ter compensatie van het door haar aan Nederland ter beschikking gestelde recht. Er wordt alleen zekerheid vooraf gegeven indien er in Nederland daadwerkelijk (aansturing van de) productie- en verkoopactiviteiten plaatsvinden (plaatsvindt).

Indien een CV onderdeel is van een principaalstructuur geeft het APA-/ATR-team op grond van paragraaf 3, onderdeel ii van het ATR-besluit een bindend advies op een verzoek om zekerheid vooraf over de kwalificatie van een rechtsvorm (zie paragraaf 6).

Principaalstructuren in combinatie met informeel kapitaal (IP wel in Nederland)

Hierbij wordt om niet of tegen een onzakelijk lage prijs een substance-volle principaal activiteit naar Nederland verplaatst. Omdat er sprake is van een onzakelijk lage prijs, is er sprake van informeel kapitaal. Voor een nadere uiteenzetting van zekerheid vooraf in relatie tot informeel kapitaal verwijzen wij naar paragraaf 9.

7b. Schematisch



7c. Risico op internationale belastingontwijking

In een principaalstructuur ontvangen de productie- en de verkoopactiviteiten in het buitenland een zakelijke beloning. Ook voor de activiteiten die in Nederland worden uitgevoerd, wordt een zakelijke beloning vastgesteld. De winst die daarna resteert wordt toegerekend aan de uiteindelijke opdrachtgever die tevens de licentie heeft verstrekt. Indien de CV/BV-structuur onderdeel uit maakt van een principaalstructuur, kan (langdurig) uitstel van belastingheffing over de resterende winst het gevolg zijn.

7d. Maatregelen tegen belastingontwijking

Sinds 2015 zijn de volgende maatregelen genomen, overeengekomen of aangekondigd die van invloed zijn op deze principaalstructuren:

- Uitwisseling van informatie over rulings: buitenlandse belastingdiensten krijgen zo een betere informatiepositie over principaalstructuren waar een ruling voor is afgegeven.
- Country-by-country reporting tussen belastingdiensten: buitenlandse belastingdiensten ontvangen in de landenrapporten onder meer informatie over inkomsten van gelieerde partijen, de belangrijkste bedrijfsactiviteiten van entiteiten in een land, de winst vóór belasting en hoeveel belasting is betaald. Indien de gegevens uit het landenrapport daar aanleiding toe geven, kan de betreffende belastingdienst nadere informatie opvragen.
- Neutraliseren van hybride mismatchstructuren door middel van ATAD1 en ATAD2²⁵: Als gevolg van deze richtlijnen zal het voor belastingplichtigen onaantrekkelijk worden om gebruik te maken van een hybride mismatchstructuur. Lidstaten zullen op basis van de richtlijnen inkomen in de heffing betrekken of de aftrek van een betaling weigeren bij hybride mismatchstructuren. Op dit moment wordt wetgeving voorbereid waarmee Nederland de richtlijnen in de Nederlandse belastingwetgeving zal implementeren. De verwachting is dat dit in 2018 wordt voorgelegd ter internetconsultatie.

²⁵ In de Ecofinraad van 21 februari 2017 is overeenstemming bereikt over het richtlijnvoorstel ATAD2, Kamerstukken II 2016/17, 21 501-07, nr. 1418.

Met de (aangekondigde) maatregelen zullen centraal aangestuurde ondernemingen, zoals via principaalstructuren, niet verdwijnen. Wel kan als gevolg van betere transparantie beter gewaarborgd worden dat de winst wordt belast waar de waarde is gecreëerd. Hiermee wordt het risico op belastingontwijking verkleind. Het risico op belastingontwijking van principaalstructuren via CV/BV of informeel kapitaal situaties wordt ook verkleind (zie ook de verschijningsvormen CV/BV en informeel kapitaal).

8. Routinematige functies

8a. Beschrijving

Een Nederlandse vennootschap binnen een multinationale groep voert slechts een beperkte, routinematige taak uit. De Nederlandse vennootschap handelt dan in opdracht van en onder aansturing van een vennootschap elders binnen de multinationale groep, buiten Nederland (bijv. het wereldwijde hoofdkantoor/principaal). Daarbij kan worden gedacht aan het verrichten van bijvoorbeeld productie, verkoop, logistiek (distributie), 'shared services' en/of 'research & development'. Dergelijke activiteiten brengen over het algemeen een beperkte mate van verantwoordelijkheid en weinig (ondernemers)risico's met zich. In het kader van het arm's lengthbeginsel wordt in deze situaties vaak over routinematige functies gesproken.

Veel APA's zien op dergelijke routinematige activiteiten. De Nederlandse vennootschappen die een dergelijk APA-verzoek indienen zijn derhalve meestal fabrieken, verkoopkantoren, regionale 'shared service'-centra, distributiecentra en laboratoria in Nederland van buitenlandse multinationals. Ook wordt zekerheid vooraf gegeven op spiegelbeeldige situaties waarin een Nederlandse vennootschap de opdracht geeft aan een buitenlandse groepsmaatschappij om routinematige activiteiten uit te voeren.

Op basis van het 'arm's lengthbeginsel wordt zekerheid vooraf gegeven over de zakelijke beloning die past bij de in Nederland verrichte functies, gelopen risico's en gebruikte activa. Deze moet vergelijkbaar zijn met een vergoeding die tussen derden tot stand zou zijn gekomen. Externe databases (onder andere gevoed uit jaarverslaggegevens die zijn gedeponereerd bij de Kamer van koophandel van vele onafhankelijke ondernemingen) zijn een bron om te bepalen welke winst een onafhankelijk(e) producent, verkoper, 'shared service'-centrum, distributeur of laboratorium zou realiseren die in een vergelijkbare situatie, vergelijkbare activiteiten verricht. Deze onafhankelijke waarnemingen zullen leiden tot een "range" van waarnemingen waarbinnen de overeen te komen verrekenprijs zich moet bevinden.

De in Nederland aan te geven belastbare winst wordt vervolgens in de APA, conform de OESO richtlijnen voor verrekenprijzen, doorgaans uitgedrukt in bijvoorbeeld een percentage van de gemaakte kosten of van de relevante omzet. In elke individuele casus wordt specifiek gekeken naar de bij die casus passende beloningsvariant, de juiste grondslag en het uit de 'databases' volgende toe te passen percentage dit zich binnen de range moet bevinden. In lijn met het verrekenprijbesluit wordt, ondanks dat elke waarneming binnen de range leidt tot een zakelijke beloning, bij APA's uitgegaan van de mediaan (de middelste waarneming binnen de range), tenzij een specifiek punt binnen de range beter aansluit bij de voorwaarden van de transactie.²⁶

Heel algemeen geldt dat een vennootschap die routinematige functies uitoefent doorgaans een zakelijke, stabiele, positieve, maar wel enigszins beperkte beloning realiseert. Alle routinebeloningen en de restwinst of verlies van alle vennootschappen van het concern tezamen, vormen per saldo het wereldwijde resultaat van de multinational als geheel.

Sinds de vorige notitie is een aantal technische punten nader in de praktijk vastgesteld.

- Indien in de verlies- en winstrekening van een Nederlandse vennootschap kosten zijn opgenomen zonder dat deze vennootschap daar functioneel een toegevoegde waarde heeft en geen risico's loopt, worden deze kosten niet tot de grondslag gerekend waar de kostengeregelateerde vergoeding over wordt berekend. Dit is in lijn met de OESO richtlijnen voor verrekenprijzen. In het werkoverleg is besproken dat daar waar een ongelieerde contractspartij bij de doorbelasting van dergelijke kosten geen winststopslag zou berekenen, deze kosten ook bij het sluiten van een APA ook zonder winststopslag in rekening kunnen worden gebracht.
- Om te voorkomen dat er commercieel meer winst wordt gerapporteerd dan in een APA is overeengekomen wordt, buiten informeel kapitaal situaties waarbij de commerciële winst on-

²⁶ Paragraaf 2.3 van het Besluit van 14 november 2013, nr. IFZ 2013/184M

zakelijk hoog is, in APA's de volgende kritische veronderstelling opgenomen: "De contractuele situatie stemt tevens overeen met hetgeen in deze overeenkomst is overeengekomen met als resultaat dat de gerealiseerde marges overeenstemmen met de hiervoor vastgestelde arm's length beloning." Met deze kritische veronderstelling wordt tevens bewerkstelligd dat de onderliggende contracten overeenstemmen met de feiten zoals gepresenteerd in het APA-verzoek en vastgelegd in de APA.

8b. Schematisch



8c. Risico op internationale belastingontwijking

Routinematige functies zoals productie, verkoop en distributie zijn reële activiteiten die doorgaans beloond worden met een beperkte beloning. Ook de OESO richtlijnen voor verrekenprijzen onderschrijven dit uitgangspunt waardoor het risico op belastingontwijking internationaal gering is.

8d. Maatregelen tegen belastingontwijking

Sinds 2015 zijn de volgende maatregelen genomen, overeengekomen of aangekondigd die van invloed zijn op deze verschijningsvorm:

- Uitwisseling van informatie over rulings: buitenlandse belastingdiensten krijgen zo een betere informatiepositie.
- Country-by-country reporting tussen belastingdiensten: buitenlandse belastingdiensten ontvangen in de landenrapporten onder meer informatie over inkomsten van gelieerde partijen, de belangrijkste bedrijfsactiviteiten van entiteiten in een land, de winst vóór belasting en hoeveel belasting is betaald. Buitenlandse belastingdiensten ontvangen met deze landenrapporten ook informatie over de organisatie en inrichting van de multinationale groep. Hierdoor krijgen belastingdiensten beter inzicht in de multinationale groep en bij welke onderdelen van de multinationale groep welk gedeelte van de wereldwijde winst wordt gerapporteerd. Hiermee wordt op grote lijnen inzichtelijk waar in het concern bijvoorbeeld de restwinst terecht komt en waar sprake is van een routinematige beloning. Indien de gegevens uit het landenrapport daar aanleiding toe geven, kan de betreffende belastingdienst nadere informatie opvragen.

Na de (aangekondigde) maatregelen zullen binnen internationaal opererende ondernemingen nog steeds routinematige activiteiten plaatsvinden. Wel kan als gevolg van betere transparantie beter gewaarborgd worden dat de winst wordt belast waar de waarde is gecreëerd. Het feit dat activiteiten in Nederland routinematig zijn – en als zodanig worden beloond – kan relevant zijn om de activitei-

ten in een ander land op de juiste waarde te schatten. Hiermee wordt het risico op internationale belastingontwijking verkleind.

9. Informeel kapitaal

9a. Beschrijving

Op basis van het arm's length beginsel dient in Nederland een zakelijke beloning voor de uitgeoefende functies, gelopen risico's en gebruikte activa in de heffing te worden betrokken. Als een Nederlandse vennootschap louter op basis van aandeelhoudersmotieven een voordeel geeft of ontvangt, dus zonder enige of ten een onzakelijk lage tegenprestatie, dan dient volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (sinds 1957²⁷) dit onzakelijke element geëlimineerd te worden bij het vaststellen van de fiscale winst in Nederland.²⁸ Met andere woorden de fiscale winst wordt hoger dan wel lager vastgesteld dan de commerciële winst. In het kader van zekerheid vooraf wordt beoordeeld of er sprake is van bewustheid bij zowel de verstrekker als de ontvanger van het informeel kapitaal (het dubbele bewustheidsvereiste).

Informeel kapitaal komt niet alleen in grensoverschrijdende situaties voor, maar ook in binnenlandse verhoudingen, tussen twee in Nederland gevestigde vennootschappen en kan zowel zien op opwaartse als neerwaartse aanpassingen. Bovendien is er geen verschil in situaties met of zonder een APA. Een APA is geen vereiste voor toepassing van de informeel kapitaaldoctrine.

In de praktijk zijn er twee basisvormen van informeel kapitaal:

In de kostensfeer

Bijvoorbeeld een renteloze lening verstrekt door een groepsvennootschap aan een Nederlandse vennootschap. In zakelijke derde verhoudingen zou een rente bedongen zijn op de lening. Fiscaal moet er op deze lening jaarlijks een zakelijke rentelast worden geïmputeerd door de Nederlandse vennootschap.

In de vermogenssfeer

Indien op grond van de aandeelhoudersrelatie (immateriële) activa om niet of tegen een (te) geringe vergoeding worden overgedragen, is er sprake van een eenmalige informele kapitaalstorting. Ondanks het feit dat er niet of te weinig is betaald voor de overdracht, krijgt het verkrijgende lichaam een fiscaal afschrijvingspotentieel ter grootte van de waarde in het economische verkeer van hetgeen is overgedragen.

Het effect van een informeel kapitaal structuur is dat er internationaal een mismatch kan ontstaan. In relatie tot de kostensfeer betreft het buitenland de in Nederland aftrekbare kosten niet altijd in haar heffing. In de vermogenssfeer kan het zijn dat er in het buitenland geen of een te lage fiscale afrekening over de overdracht van de (im)materiële activa plaatsvindt terwijl in Nederland een afschrijvingspotentieel ontstaat voor de waarde in het economisch verkeer.

Nederland belast het bedrag dat haar toekomt, terwijl het buitenland vaak niet (volledig) heft over hetgeen haar in onze optiek toekomt.

9b. Schematisch

²⁷ Ook in eerdere jurisprudentie concludeerde de Hoge Raad dat informele kapitaalstortingen door een natuurlijk persoon in zijn vennootschap de verkrijgingsprijs van zijn aandelenpakket verhogen. Dit blijkt uit het arrest HR 9 januari 1946, B. 8016.

1: Moederverenootschap geeft een renteloze lening aan Nederlandse dochter *of* draagt een activum voor een te lage prijs aan de Nederlandse dochter over.



2: De Nederlandse dochter moet fiscaal een zakelijke rente imputeren *of* in het geval van een activum moet de Nederlandse dochter een step-up nemen.

9c. Risico op internationale belastingontwijking

In Nederland wordt op basis van het arm's lengthbeginsel een (afschrijvings-)last in aanmerking genomen bij het vaststellen van de in Nederland te belasten winst. Hierbij wijkt de fiscale winst af van de commerciële winst. Dit terwijl niet vast staat of daar in het buitenland een corresponderende bate tegenover staat.

9d. Maatregelen tegen belastingontwijking

Sinds 2015 zijn de volgende maatregelen genomen, overeengekomen of aangekondigd die van invloed zijn op deze verschijningsvorm:

- Uitwisseling van informatie over rulings: buitenlandse belastingdiensten krijgen zo een betere informatiepositie en kunnen zo hun eigen (verrekenprijzen)regels beter toepassen.
- Uitwisseling informeel kapitaal situaties: op deze manier krijgen buitenlandse belastingdiensten informatie in alle gevallen waarin sprake is van informeel kapitaal, ook indien er geen ruling is afgegeven.
- Country-by-country reporting tussen belastingdiensten: buitenlandse belastingdiensten ontvangen in de landenrapporten onder meer informatie over inkomsten van gelieerde partijen, de belangrijkste bedrijfsactiviteiten van entiteiten in een land, de winst vóór belasting en hoeveel belasting is betaald. Indien de gegevens uit het landenrapport daar aanleiding toe geven, kan de betreffende belastingdienst nadere informatie opvragen.

Met de (aangekondigde) maatregelen verdwijnt de informeel kapitaaldoctrine niet uit het Nederlandse fiscale stelsel. Wel wordt het risico op belastingontwijking middels informeel kapitaalstructuren kleiner door de toegenomen informatie-uitwisseling. Hiermee wordt het risico op informatieasymmetrie tussen belastingdiensten nog verder verkleind. Belastingdiensten in betrokken landen kunnen op basis van dezelfde informatie hun nationale belastingwet beter uitoefenen. Nederland belast het bedrag dat haar toekomt, terwijl het buitenland op basis van dezelfde informatie het bedrag kan belasten wat aan hem toekomt.

10. Financierings- en royalty-activiteiten

10a. Beschrijving

Dienstverleningslichamen zijn schakelvennootschappen waarvan de werkzaamheden hoofdzakelijk bestaan uit het binnen concernverband ontvangen en betalen van rente, royalty's, huur of leasetermijnen²⁹. Door het tussen schakelen van een Nederlands dienstverleningslichaam kunnen bronheffingen (deels) worden voorkomen, doordat in Nederlandse belastingverdragen in veel gevallen een verlaging van bronbelastingen wordt overeengekomen. Nederland kent geen bronheffingen op de betaling van rente, royalty's, huur of leasetermijnen, zodat ook bij doorbetaling door het Nederlandse dienstverleningslichaam geen bronbelasting is verschuldigd. Dit is in lijn met de notitie internationaal verdragsbeleid.

Naast fiscale argumenten spelen ook organisatorische en bedrijfeconomische argumenten een belangrijke rol bij het oprichten van een dienstverleningslichaam. Een dienstverleningslichaam vervult de functie van een centraal financieringslichaam binnen een concern. Zo kan een dienstverleningslichaam onder garantstelling van een gelieerde maatschappij centraal geld inlenen op de kapitaalmarkt. Op deze wijze worden transactiekosten bespaard. Indien de groepsvennootschappen een financieringsbehoefte hebben, kunnen zij vervolgens een lening aangaan bij het dienstverleningslichaam.

In deze gevallen kan een APA-verzoek worden ingediend om een zakelijke beloning van de in Nederland verrichte activiteiten en gelopen risico's vast te stellen.

De substance-eisen voor dienstverleningslichamen zijn door het huidige kabinet aangescherpt in 2013. Hierdoor hoeven niet alleen dienstverleningslichamen die zekerheid vooraf vragen aan de substance-eisen te voldoen maar ook dienstverleningslichamen zonder zekerheid vooraf. Indien niet wordt voldaan aan de substance-eisen, zal het buitenland hierover worden geïnformeerd.

Sinds de vorige notitie uit 2015 is een aantal technische punten nader in de praktijk vastgesteld.

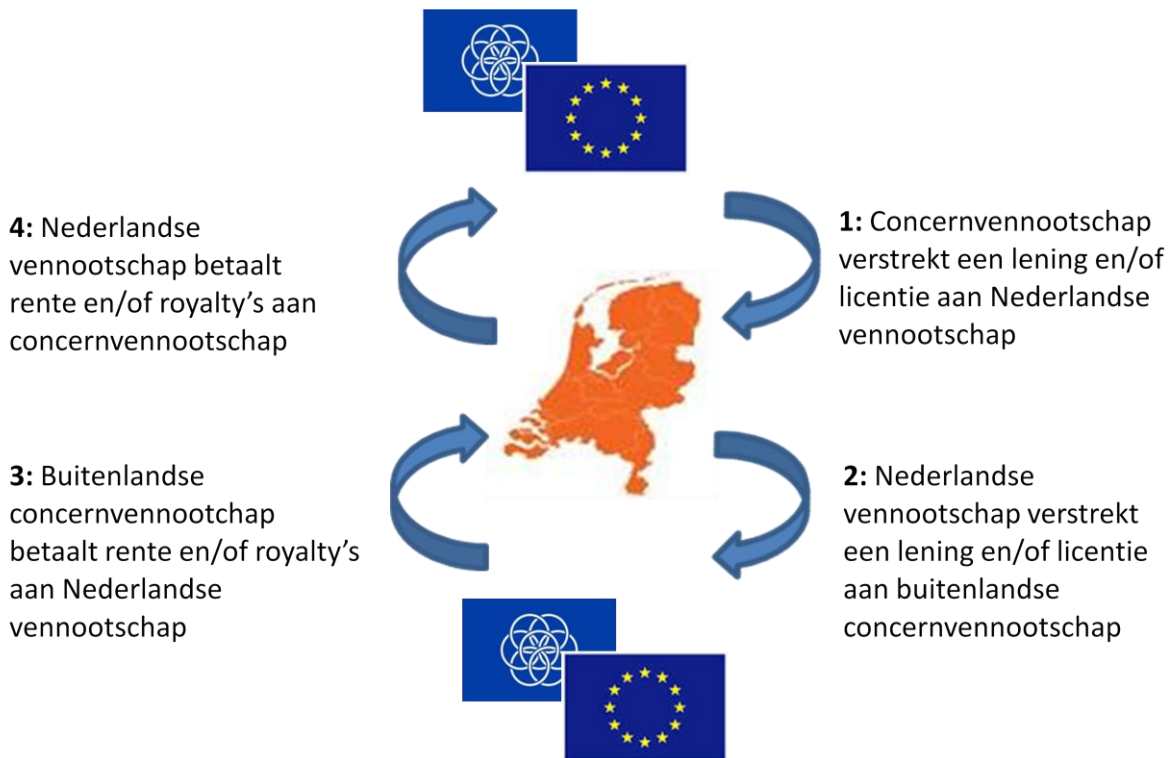
- Door de Belastingdienst wordt extra aandacht besteed aan het toezicht op het naleven van de substance-eisen door dienstverleningslichamen. Dienstverleningslichamen moeten in de aangifte Vpb melden of wordt voldaan aan de substance-voorwaarden. Indien blijkt dat niet aan deze eisen wordt voldaan en het aan opzet of grove schuld van belastingplichtige is te wijten dat dit niet is vermeld in de aangifte, moet worden beoordeeld of het opleggen van een boete passend is.
- Als gevolg van de aanscherping van de substance-eisen is in het besluit over dienstverleningslichamen opgenomen dat een APA gesloten met een dienstverleningslichaam zal worden uitgewisseld indien het concern waartoe het dienstverleningslichaam behoort in Nederland niet meer activiteiten ontplooit dan de minimale substance-eisen of geen concrete uitbreidingsplannen daartoe heeft.³⁰ Hierbij is vastgesteld dat als uitgangspunt een pragmatische grens van minimaal 5 FTE moet worden gehanteerd.
- Conform de letter van de regelgeving hoeft geen spontane gegevensverstrekking aan het buitenland plaats te vinden over dienstverleningslichamen die alleen rente en royalty's doorbetalen aan lichamen buiten het concern en niet aan de substance-eisen voldoen.³¹ Vastgesteld is dat in die gevallen desondanks toch informatie moet worden uitgewisseld met het buitenland.
- In de regel wordt geen zekerheid vooraf gegeven in situaties waarbij door gebruik te maken van de fiscale eenheid de indruk wordt gewekt richting de autoriteiten van het land van waaruit aan Nederland wordt betaald, dat de dochtervennootschap beschikt over veel eigen vermogen, terwijl feitelijk de moeder van de fiscale eenheid een kapitaalstorting heeft gedaan in de dochter maar de moedermaatschappij zelf deze kapitaalstorting volledig met vreemd vermogen heeft gefinancierd.

²⁹ De exacte definitie van de term "dienstverleningslichaam" is opgenomen in artikel 3a, eerste lid van het Uitvoeringsbesluit internationale bijstandsverlening.

³⁰ Besluit 12 juni 2014, DGB 2014/3101

³¹ Artikel 3a Uitvoeringsbesluit internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen

10b. Schematisch



10c. Risico op internationale belastingontwijking

- Door de eventuele verdragen die Nederland heeft gesloten met het land waar de vennootschap die inleent is gevestigd, zal dat land de bronheffing op rente of royalty's onder voorwaarden verlagen indien deze vennootschap de rente en/of royalty, huur- of leasetermijnen betaalt aan de Nederlandse vennootschap. Nederland kent geen bronheffing op rente en royalty's. In een aantal gevallen zou bij rechtstreekse betaling van rente en/of royalty, huur- of leasetermijnen van de inlenende vennootschap aan de vennootschap die uitleent aan de Nederlandse vennootschap, dus zonder het Nederlandse dienstverleningslichaam, een hoger percentage aan bronheffing verschuldigd zijn. Het land waar de betalende vennootschap is gevestigd kan dit als onterecht beschouwen.
- Een dienstverleningslichaam moet aan bepaalde substance-eisen voldoen, ook in situaties waarin geen zekerheid vooraf wordt gevraagd. De vraag is of Nederland hiermee de lat hoog genoeg legt.

10d. Maatregelen tegen belastingontwijking

Sinds 2015 zijn de volgende maatregelen genomen, overeengekomen of aangekondigd die van invloed zijn op deze verschijningsvorm:

- Uitwisseling van informatie over rulings: buitenlandse belastingdiensten krijgen zo een betere informatiepositie over de geldstromen binnen een multinationale onderneming.
- Substance-eisen bij dienstverleningslichamen: er wordt geen zekerheid vooraf gegeven indien een vennootschap niet voldoet aan de in dat besluit genoemde substance-eisen. Zekerheid vooraf in de vorm van een APA wordt uitgewisseld met de belastingdienst van het betrokken land of de betrokken landen als het concern waartoe het dienstverleningslichaam behoort in Nederland niet meer activiteiten ontplooit dan de substance-eisen uit het besluit of geen concrete plannen bestaan voor een uitbreiding van de substance in Nederland.
- Country-by-country reporting tussen belastingdiensten: buitenlandse belastingdiensten ontvangen in de landenrapporten onder meer informatie over inkomsten van gelieerde partijen, de belangrijkste bedrijfsactiviteiten van entiteiten in een land, de winst vóór belasting en hoeveel be-

lastig is betaald. Indien de gegevens uit het landenrapport daar aanleiding toe geven, kan de betreffende belastingdienst nadere informatie opvragen.

- Antimisbruikbepaling in belastingverdragen: na ratificatie van de MLI, kunnen belastingdiensten oneigenlijk gebruik van de verdragsvoordelen in belastingverdragen tegengaan doordat in belastingverdragen een antimisbruikbepaling wordt opgenomen.
- Renteaftrek beperkingen: ATAD1 legt EU-lidstaten de verplichting op om met ingang van 1 januari 2019 een algemene renteaftrekbeperking in de vorm van een earnings-strippingmaatregel in te voeren. Deze maatregel is erop gericht om binnen concernverband grondslaguitholling en winstverschuiving door middel van rentebetalingen te voorkomen. Een dergelijke renteaftrekbeperking kent in tegenstelling tot de bestaande specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969) een algemeen karakter. Deze maatregel heeft tot doel om grondslaguitholling en winstverschuivingen binnen een concern door middel van renteaftrek tegen te gaan.

Ook na de (aangekondigde) maatregelen zullen binnen internationaal opererende ondernemingen interne geldleningen en interne licenties worden verstrekt. Wel wordt het hiermee gepaard gaande risico op belastingontwijking verkleind. Met de verbeterde informatiepositie krijgen de belastingdiensten van andere landen een beter beeld van de geldstromen binnen de multinationale onderneming. De belastingdienst van dat land kan dan de naleving van hun nationale belastingwetten beter controleren. Ook kan de belastingdienst beter beoordelen of in hun land terecht een beroep is gedaan op een belastingverdrag of een Europese richtlijn. Met de verscherpte antimisbruikbepalingen in belastingverdragen kunnen zij een beroep op een belastingverdrag eerder weigeren. Een belangrijke factor hierbij is of de (Nederlandse) vennootschap waaraan de betaling plaats vindt voldoende relevante substance heeft. Ook kan de fiscale behandeling van de door de Nederlandse vennootschap betaalde rente en royalty's een relevante omstandigheid zijn bij de berekening van de fiscale winst in het bronland. Met deze combinatie van maatregelen worden fiscaal gedreven financierings- en royaltyactiviteiten waarbij gebruik wordt gemaakt van Nederlandse vennootschappen met te weinig substance tegengegaan.

11. Hoofdhuis - vaste inrichting winsttoerekening

11a. Beschrijving

Het staat een vennootschap vrij om al dan niet middels een dochtervennootschap economische activiteiten te verrichten in het buitenland. Indien een in Nederland gevestigde vennootschap duurzame activiteiten in het buitenland heeft maar dit niet vormgeeft middels een entiteit, kunnen die activiteiten een buitenlandse vaste inrichting vormen. Ook in de spiegelbeeldige situatie waarin een buitenlandse vennootschap een vaste inrichting in Nederland heeft kan zekerheid vooraf worden verkregen. Zie ook paragraaf 4. Zekerheid vooraf kan worden verkregen in de vorm van een APA. Hierbij wordt vastgesteld welk deel van de winst moet worden toegerekend aan de vaste inrichting in het buitenland, respectievelijk Nederland.

Op grond van belastingverdragen is over het algemeen het heffingsrecht over de winsten welke kunnen worden toegerekend aan een vaste inrichting toegewezen worden aan het land waar de vaste inrichting zich bevindt. Op grond van die belastingverdragen dient Nederland de winst die toegerekend kan worden aan de vaste inrichting op grond van de Nederlandse wetssystematiek vrij te stellen. Hierdoor betaalt de vennootschap in Nederland alleen belasting over de winst die wordt behaald met haar activiteiten in Nederland. Over de winst die wordt behaald met de buitenlandse activiteiten en aan de vaste inrichting kan worden toegerekend, vindt belastingheffing plaats op grond van het buitenlandse fiscale regime.

Door gebruik te maken van een Nederlandse vennootschap voor overwegend buitenlandse activiteiten is, ondanks het feit dat er in Nederland relatief beperkte activiteiten worden verricht, toch het Nederlandse verdragennetwerk van toepassing in relatie tot derde landen. Dat kan resulteren in lagere bronheffingen op rente en royalty betalingen aan de Nederlandse vennootschap in vergelijking met de situatie dat de betalingen zouden plaatsvinden aan een buitenlandse vennootschap die gevestigd zou zijn in het land waar de vaste inrichting zich bevindt.

Zekerheid vooraf wordt in deze structuren niet gegeven indien de feitelijke leiding van de vennootschap in Nederland – en daarmee doorgaans de vestigingsplaats voor de toepassing van Nederlandse belastingverdragen- in twijfel kan worden getrokken. Daarom wordt in dergelijke casus betrokkenheid geëist van de in Nederland aanwezige bestuurders/werknemers bij de activiteiten van de vaste inrichting. De beloning voor Nederland betreft een weging van de Nederlandse activiteiten ten opzichte van de buitenlandse activiteiten. Deze winstverdeling wordt conform de OESO richtlijnen voor verrekenprijzen onderbouwd.

11b. Schematisch:

1: Buitenlandse vennootschap betaald rente en/of royalty's aan een Nederlandse vennootschap



2: De Nederlandse vennootschap verricht duurzame activiteiten die een vaste inrichting vormen in het buitenland



Vaste Inrichting

3: De rente en/of royalty betaling wordt toegerekend aan de buitenlandse vaste inrichting

11c. Risico op internationale belastingontwijking

- Een vennootschap hoeft niet aan hoge eisen te voldoen om in Nederland gevestigd te zijn. Indien de vennootschap in het buitenland een vaste inrichting heeft zijn desondanks de Nederlandse verdragen en de Europese richtlijnen van toepassing. Vennootschappen kunnen op deze wijze zonder te voldoen aan zware substance-eisen een beroep doen op de Nederlandse verdragen en Europese richtlijnen.
- Indien op grond van Nederlandse maatstaven een vaste inrichting aanwezig is in het buitenland maar dat buitenland deze vaste inrichting niet als belastingplichtig ziet, ontstaat een internationale mismatch. De winst die wordt behaald met de vaste inrichting in het buitenland wordt in Nederland op basis van de objectvrijstelling vrijgesteld en in het buitenland niet belast.

11d. Maatregelen tegen belastingontwijking

Sinds 2015 zijn de volgende maatregelen genomen, overeengekomen of aangekondigd die van invloed zijn op deze verschijningsvorm:

- Uitwisseling van informatie over rulings: buitenlandse belastingdiensten krijgen zo een betere informatiepositie.
- Antimisbruikbepaling in belastingverdragen: na ratificatie van de MLI, kunnen belastingdiensten oneigenlijk gebruik van de verdragsvoordelen in belastingverdragen tegengaan doordat in belastingverdragen een antimisbruikbepaling wordt opgenomen. Zo kan bijvoorbeeld het bronland verdragsvoordelen weigeren als er sprake is van oneigenlijk gebruik van het belastingverdrag. Ook kunnen er in een belastingverdragen specifieke antimisbruikbepalingen worden opgenomen met betrekking tot inkomsten die worden toegerekend aan een laagbelaste vaste inrichting in een derde land.
- Country-by-country reporting tussen belastingdiensten: buitenlandse belastingdiensten ontvangen in de landenrapporten onder meer informatie over inkomsten van gelieerde partijen, de belangrijkste bedrijfsactiviteiten van entiteiten in een land, de winst vóór belasting en hoeveel belasting is betaald. Buitenlandse belastingdiensten ontvangen met deze landenrapporten ook informatie over de organisatie en inrichting van de multinationale groep. De multinationale groep moet in het landenrapport elke entiteit binnen de groep omschrijven en aangeven in welk land deze fiscaal inwoner is. Indien de gegevens uit het landenrapport daar aanleiding toe geven, kan de betreffende belastingdienst nadere informatie opvragen.
- Neutraliseren van hybridemismatchstructuren met vaste inrichtingen door middel van ATAD2³². Dit pakt mismatches bij vaste inrichtingen aan. Dit houdt in dat een lidstaat waar de belastingplichtige is gevestigd het inkomen van de vaste inrichting in aanmerking moet nemen wanneer het land van de vaste inrichting het bestaan van die vaste inrichting niet erkent en dus het inkomen van die vaste inrichting niet belast.

Ook na de (aangekondigde) maatregelen kunnen activiteiten van vennootschappen in een ander land aanleiding geven tot het vaststellen van een vaste inrichting. Wel wordt het risico op belastingontwijking, bijvoorbeeld door oneigenlijk gebruik van belastingverdragen, tegengegaan. Met de verbeterde informatiepositie krijgen de belastingdiensten van andere landen een beter beeld van de geldstromen binnen de multinationale onderneming. De belastingdienst van dat land kan dan de naleving van hun nationale belastingwetten beter controleren. Ook kan de belastingdienst beter beoordelen of in hun land terecht een beroep is gedaan op een belastingverdrag of een Europese richtlijn. Met de verscherpte antimisbruikbepalingen in belastingverdragen kunnen zij een beroep op een belastingverdrag eerder weigeren. Een belangrijke factor hierbij is of de (Nederlandse) vennootschap waaraan de betaling plaats vindt voldoende relevante substance heeft. Ook kan de fiscale behandeling van de aan de vaste inrichting toegerekende inkomensbestanddelen een relevante omstandigheid zijn bij de berekening van de fiscale winst in het bronland. Met deze combinatie van maatregelen worden fiscaal gedreven structuren waarbij gebruik wordt gemaakt van Nederlandse vennootschappen met te weinig substance in Nederland, maar substantiële activiteiten in het buitenland, tegengegaan.

³² In de Ecofinraad van 21 februari 2017 is overeenstemming bereikt over het richtlijnvoorstel ATAD2, Kamerstukken II 2016/17, 21 501-07, nr. 1418.

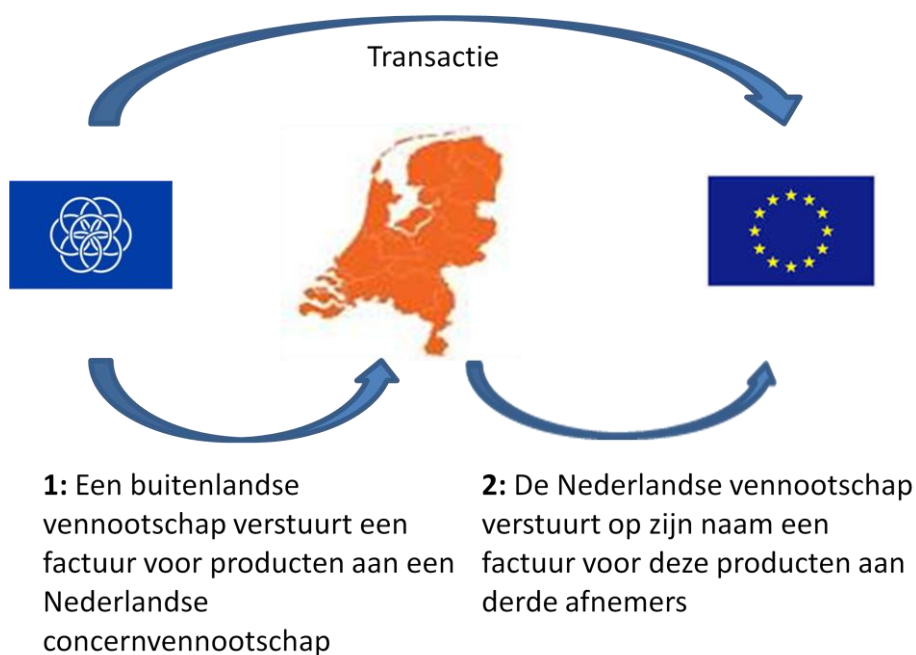
12. Herfactureren

12a. Beschrijving

Herfactureringsvennootschappen zijn vennootschappen waarvan de werkzaamheden bestaan uit het op naam van de herfactureringsvennootschap factureren van goederen of diensten die door andere concernvennootschappen zijn geleverd. De redenen voor een concern om met een herfactureringsvennootschap te werken, zijn doorgaans niet fiscaal van aard. Voorbeelden van waarom er gewerkt wordt met een herfactureringsvennootschap zijn het ontgaan van handelsbelemmeringen, het verminderen van valutarisico of het ontgaan van valutabepalingen. Omdat de (leverings)contracten wel worden onderhandeld met de leverancier en niet met het herfactureringsvennootschap, kan het land van de afnemer weten van welke partij feitelijk wordt afgenomen.

In deze gevallen kan een APA-verzoek worden ingediend om een zakelijke beloning van de in Nederland verrichte activiteiten vast te stellen. In verband met de goede trouw jegens verdragspartners wordt geen zekerheid vooraf gegeven indien geherfactureerd wordt richting laagbelastende jurisdicties. Ook wordt geen zekerheid vooraf gegeven indien er sprake is van versluiering van de herkomst van goederen in verband met een internationale boycot. Het sinds 2015 aantal afgegeven APA's die zien op herfacturering is overigens zeer beperkt.

12b. Schematisch



12c. Risico op internationale belastingontwijking

Doordat de Nederlandse vennootschap de factuur stuurt aan de uiteindelijke afnemer, wordt de daadwerkelijke leverancier van de goederen of de diensten minder goed zichtbaar voor het land van de uiteindelijke afnemer. Hierdoor kan het land van de afnemer eventuele aftrekbeperkende maatregelen op betalingen van dat land aan het land van de leverancier minder goed toepassen.

12d. Maatregelen tegen belastingontwijking

Sinds 2015 zijn de volgende maatregelen genomen, overeengekomen of aangekondigd die van invloed zijn op deze verschijningsvorm:

- Uitwisseling van informatie over rulings: buitenlandse belastingdiensten krijgen zo een betere informatiepositie.
- Country-by-country reporting tussen belastingdiensten: buitenlandse belastingdiensten ontvangen in de landenrapporten onder meer informatie over inkomsten van gelieerde partijen, de belangrijkste bedrijfsactiviteiten van entiteiten in een land, de winst vóór belasting en hoeveel belasting is betaald. Buitenlandse belastingdiensten ontvangen met deze landenrapporten ook informatie over de organisatie en inrichting van de multinationale groep. Hierdoor krijgen belastingdiensten ook beter inzicht in het risico dat de beloning die het herfactureringslichaam ontvangt voor zijn activiteiten niet in lijn zou zijn met de door hem uitgeoefende functies en of er daarmee een risico op winstverschuiving zou kunnen bestaan. Indien de gegevens uit het landenrapport daar aanleiding toe geven, kan de betreffende belastingdienst nadere informatie opvragen.

Ook na de (aangekondigde) maatregelen kunnen binnen een internationaal opererende onderneming herfactureringsactiviteiten blijven bestaan. Het risico op ontwijking van fiscale en niet-fiscale regelgeving wordt tegengegaan door de toegenomen informatie-uitwisseling. Hiermee wordt de mogelijke informatieasymmetrie tussen belastingdiensten opgeheven.

Bijlage 1

Legenda



Nederlands lichaam, BV of coöperatie



Buitenlandse moedermaatschappij, vaak USA



Buitenlandse dochtermaatschappij, binnen EU



Buitenlandse dochtermaatschappij