

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/140363>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.



## Gerard Meussen

Prof. mr. G.T.K. Meussen is hoogleraar Belastingrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.



Brussel, 25.11.2013  
COM(2013) 814 final  
2013/0400 (CNS)

Voorstel voor een

### **RICHTLIJN VAN DE RAAD**

**tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale  
regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende  
lidstaten**

{SWD(2013) 473 final}  
{SWD(2013) 474 final}  
{SWD(2013) 475 final}

NL

NL

# BEPS en de recente wijzigingen in de Moeder-dochterrichtlijn

De afkorting BEPS, die 'Base erosion and profit shifting' betekent, staat synoniem voor hét vraagstuk in het internationale belastingrecht dat zeker in het jaar 2014, maar ook daarvoor, tot verhitte discussies heeft geleid. En dat zal overigens in de komende jaren niet anders zijn. Het staat synoniem aan belastingontwijkende constructies van met name multinationale ondernemingen die met namen als Starbucks, Google<sup>1</sup>, en Amazon tot een verhit openbaar debat hebben geleid. Daarbij gaat het om internationale belastingontwijkende constructies waarbij financiële stromen van o.a. royaltybetalingen via verschillende landen worden geleid om op die manier fiscale voordelen te behalen. Als gevolg hiervan heeft de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) het initiatief genomen om dit soort constructies internationaal aan te pakken en de Europese Commissie heeft dit initiatief vervolgens omarmd.

1. Zo deelde de staatssecretaris van Financiën de Tweede Kamer mede dat de Europese Commissie op 11 juni 2014 het besluit heeft genomen een formele onderzoeksprocedure te openen naar mogelijke staatssteun in een APA (Advance Pricing Agreement) van de Nederlandse Belastingdienst met Starbucks Manufacturing EMEA bv. Zie brief Europese Commissie van 11 juni 2014 aan de Nederlandse regering: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/253201/253201\\_1596705\\_59\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253201/253201_1596705_59_2.pdf)

## OESO en fiscale wetgeving

De OESO heeft geen besluitvormende macht en kan derhalve geen fiscale wetgeving dwingend opleggen aan individuele staten. Alle OESO-initiatieven moeten in nationale wetgeving worden omgezet en dan is het aan elke individuele staat om daar wel of niet aan mee te werken. De OESO kan in dit verband alleen door inhoudelijk gezag uit te stralen, pogen fiscale wetswijzigingen van landen af te dwingen. Lang is gedacht dat er binnen de OESO wel veel zou worden gediscussieerd maar dat het feitelijk niet tot veel concreets zou leiden, laat staan dat individuele staten deze maatregelen zouden overnemen. Binnen de Europese Unie zijn er in het jaar 2014 echter twee grote sprongen voorwaarts gemaakt en wel door wijzigingen aan te brengen in de Europese Moeder-dochterrichtlijn.

## Hybride leningen

Binnen de fiscaliteit is een hybride lening iets dat fiscalisten doet water-tanden en dat zijn grondslag vindt in internationale fiscale kwalificatieverschillen. Een mooi voorbeeld daarvan is een arrest van de Hoge Raad van 7 februari 2014<sup>2</sup> over zogenaamde 'redeemable preference shares'. Deze waren door een Nederlandse concernvennootschap verstrekt aan een Australische concernvennootschap.

**“Beide landen passen hun eigen kwalificatieregels toe en dan kan er een zogenaamde ‘hybrid mismatch’ ontstaan”**

Alle landen kennen binnen de vennootschapsbelasting een onderscheid in fiscale behandeling tussen eigen en vreemd vermogen, en parallel daaraan de ingewikkelde fiscale regels om beide vermogensgebieden van elkaar te scheiden<sup>3</sup>. De vergoeding over vreemd vermogen is te kwalificeren als rente, die bij de betaler van de rente in beginsel aftrekbaar is en bij de ontvanger daarvan belast is. De vergoeding over eigen vermogen is te kwalificeren als dividend, die in concernverband normaliter niet aftrekbaar is en niet belast. In zoverre is sprake van een sluitend systeem dat niet leidt tot een dubbele aftrek van een verlies of het niet belasten van een voordeel. Er is hierbij als het ware sprake van communicerende vaten. In een grensoverschrijdende situatie ligt dit echter anders, zoals hiervoor in het geval Nederland – Australië. Beide landen passen hun eigen kwalificatieregels toe en dan kan er een zogenaamde 'hybrid mismatch' ontstaan. Het ene land kwalificeert de financiële verhouding als eigen vermogen, het andere land, op basis van haar eigen kwalificatieregels, als vreemd vermogen. Welke kwalificatie moet nu prevaleren? Australië zag de verstrekking van 'redeemable preference shares' als de verstrekking van vreemd vermogen, de daarop betaalde vergoeding was in Australië aftrekbaar van de winst voor de heffing van Australische vennootschapsbelasting.

2. HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, ECLI:NL:HR:2014:224, NTFR 2014/738.

3. Zie bijvoorbeeld Tobias Beuchert en Philipp Redeker, § 6 *Eigen- und Fremdkapital im Steuer- und Gesellschaftsrechts Deutschlands*, MPI Studies in Tax Law and Public Finance, Volume 3, 2013, p. 289-371 alsmede Andreas Gerten, Maximilian Haag en Daniel Kornack, § 13 *Eigen- und Fremdkapital im Steuer- und Gesellschaftsrechts der Vereinigten Staaten von America*, MPI Studies in Tax Law and Public Finance, Volume 3, 2013, p. 775-833.

Maar hoe dan hier tegenaan gekeken in Nederland? Op grond van de hiervoor weergegeven benadering gebaseerd op de communicerende vaten, zou de opbrengst in Nederland belast moeten zijn. Belanghebbende claimde echter de deelnemingsvrijstelling op de voet van art. 13 Wet Vpb. 1969 met als argument dat hier naar Nederlandse kwalificatieregels sprake was van een verstrekking van eigen vermogen waarop genoemde vrijstelling van toepassing was. Bij de beoordeling van de cassatiemiddelen stelt de Hoge Raad voorop dat ter beantwoording van de vraag of voor de toepassing van artikel 13 van de Wet een geldverstrekking door een moedervennootschap aan haar dochtervennootschap als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, in beginsel beslissend is de civielrechtelijke vorm die de partijen aan de geldverstrekking hebben gegeven<sup>4</sup>. De 'redeemable preference shares' vertonen zodanige gelijkenissen met cumulatief preferente aandelen dat zij daarmee naar Nederlandse fiscale maatstaven gelijk te stellen zijn, ook al is de desbetreffende beloning in Australië van de winst aftrekbaar. Ook ziet de Hoge Raad geen aanleiding om het leerstuk van *fraus legis* (misbruik van recht) toe te passen. Het gevolg is dat er een heffingslek ontstaat, nu de betaling in Australië aftrekbaar is terwijl deze in Nederland is vrijgesteld.

4. HR 27 januari 1988, nr. 23.919, BNB 1988/217.

**“In de richtlijn wordt opgenomen dat dividenden of andere vormen van winstuitdeling waarvoor de dochter aftrek heeft genoten, voortaan niet meer in aanmerking komen voor belastingvrijstelling in het land waar de moeder is gevestigd”**

Onder een groeiende druk van de publieke opinie hebben de ministers van Financiën van de 28 lidstaten van de Europese Unie dit probleem relatief snel opgelost, door op 8 juli 2014 in te stemmen met een wijziging van de Moeder-dochterrichtlijn<sup>5</sup>. Deze richtlijn ziet op de fiscale aspecten van grensoverschrijdende dividendbetalingen in concernverband binnen de Europese Unie. In de richtlijn wordt opgenomen dat dividenden of andere vormen van winstuitdeling waarvoor de dochter aftrek heeft genoten, voortaan niet meer in aanmerking komen voor belastingvrijstelling in het land waar de moeder is gevestigd. Het is de bedoeling dat lidstaten de aanpassing in de Moeder-dochterrichtlijn uiterlijk 31 december 2015 hebben omgezet in nationale wetgeving.

5. Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB L 345 van 29 december 2011, blz. 8).

In artikel 4, lid 1, letter a van de Richtlijn is nu een duidelijke 'voor zover'-bepaling opgenomen, dat wil zeggen: de vrijstelling is slechts van toepassing voor zover er in het bronland geen aftrek is geweest:

*“Wanneer een moedermaatschappij of haar vaste inrichting, op grond van de deelgerechtigdheid van de moedermaatschappij in haar dochteronderneming, uitgekeerde winst ontvangt, anders dan bij de liquidatie van de dochteronderneming, moeten de lidstaat van de moedermaatschappij en de lidstaat van haar vaste inrichting:*

*a. (...) zich onthouden van het belasten van deze winst voor zover die winst niet aftrekbaar is bij de dochteronderneming van de moedermaatschappij, en deze winst belasten voor zover die winst aftrekbaar is bij de dochteronderneming van de moedermaatschappij;”*

### **Belastingontwijking en aanpassingen Moeder-dochterrichtlijn**

Op 9 december 2014 heeft de Europese Raad van Ministers van Economische Zaken en Financiën (Ecofin) overeenstemming bereikt over het opnemen van een algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn. De algemene anti-misbruikbepaling waarover nu overeenstemming is bereikt, verplicht lidstaten nationale regels in te voeren die de voordelen

van de richtlijn ontzeggen wanneer een constructie of een reeks constructies kunstmatig is opgezet om een belastingvoordeel te verkrijgen en die geen verband houdt met de economische realiteit. Lidstaten hebben tot 31 december 2015 de tijd om de deze richtlijnbevestiging in hun nationale fiscale wetgeving te implementeren. Het betreft hier overigens een minimumvereiste. Lidstaten zijn uiteraard vrij om nog strengere nationale antimisbruikregels in te voeren.

De vraag zal worden welke invloed deze wijziging van de richtlijn heeft voor de positie van Nederland in relatie tot doorstroomvennootschappen. Nederland fungeert immers op grote schaal als tussenhoudsterland en als land waar interest- en royaltyvennootschappen zijn gevestigd. De oorzaak daarvan is gelegen in het feit dat Nederland over een groot netwerk aan bilaterale belastingverdragen beschikt en daarnaast geen bronheffing op interest- en royaltybetalingen kent. Staatssecretaris Wiebes van Financiën was aanvankelijk dan ook allesbehalve gelukkig met de voorgestelde anti-misbruikbepaling maar is uiteindelijk kennelijk toch gewicht voor de grote politieke druk vanuit Europa.

## “De vraag is hoe de tekst van de anti-misbruikregel in de Moederdochterrichtlijn zich verhoudt tot de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU inzake anti-misbruikregels in nationale fiscale wetgeving en hun verhouding tot de EU-verdragsvrijheden”

De nu aangenomen algemene anti-misbruikbepaling is verder ook de opmaat naar een soortgelijke bepaling in de Interest- en royaltyrichtlijn.<sup>6</sup> De aangenomen gewijzigde tekst van de richtlijn luidt als volgt:

*“In artikel 1 wordt lid 2 vervangen door:*

*2. De lidstaten kennen de voordelen van deze richtlijn niet toe voor een constructie of een reeks constructies waarvan het hoofddoel of een van de hoofddoelen is een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel of de toepassing van deze richtlijn ondermijnt, en die, alle ter zake dienende feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, kunstmatig is.*

*Een constructie kan uit verscheidene stappen of onderdelen bestaan.*

*3. Voor de toepassing van lid 2 wordt een constructie of een reeks van constructies als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van zakelijke redenen die verband houden met de economische realiteit.*

*4. Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van belastingontduiking, belastingfraude en misbruik.”*

Bij deze anti-misbruikbepaling speelt nog de verhouding tussen een Europese richtlijn en de verkeersvrijheden zoals opgenomen in het VWEU<sup>7</sup> een rol, zoals o.a. de vrijheid van vestiging van ondernemingen. Algemeen wordt aangenomen dat het VWEU van hogere orde is dan een Europese richtlijn en dat bij strijd tussen het VWEU en de tekst van de richtlijn, het VWEU prevaleert.

De vraag is hoe de tekst van de anti-misbruikregel in de Moederdochterrichtlijn zich verhoudt tot de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU (hierna HvJ EU) inzake anti-misbruikregels in nationale fiscale wetgeving en hun verhouding tot de EU-verdragsvrijheden. Relevant in dit verband is het zogenoemde Cadbury Schweppes-arrest van het Luxemburgse Hof<sup>8</sup>. Daarin oordeelt het Hof als volgt:

6. Richtlijn van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (2003/49/EC), zoals gewijzigd door Richtlijn 2004/76/EG van de Raad van 29 april 2004 en Richtlijn 2006/96/EG van de Raad van 20 november 2006.

7. Verdrag inzake de werking van de Europese Unie, voorheen EG-Verdrag.

8. HvJ 12 september 2006, zaak C-196/04, NTFR 2006/1406, BNB 2007/54.

*“Bijgevolg kan een beperking van de vrijheid van vestiging slechts door de strijd tegen misbruiken worden gerechtvaardigd, wanneer zij specifiek tot doel heeft, gedragingen te verhinderen die erin bestaan, volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied.”*

Van belang zijn met name de woorden ‘volstrekt kunstmatige constructies’ en ‘verband houden met de economische realiteit’. Dit zou er op kunnen duiden dat de tekst van de anti-misbruikbepaling in de Moeder-dochter-richtlijn ruimer is dan de anti-misbruikconceptie, zoals die voortvloeit uit de jurisprudentie van het HvJ EU. Die tekst spreekt namelijk over ‘hoofddoel of een van de hoofddoelen’. Dat is een veel laagdrempeliger bepaling dan ‘volstrekt kunstmatige constructies’.

Bovendien wijkt de tekst van deze regeling af van de regeling inzake bestrijding van misbruik zoals die in de Fusierichtlijn<sup>9</sup> voorkomt. In art. 15, letter a van de Fusierichtlijn wordt gesproken over rechtshandelingen met als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking. De tekst van de gewijzigde Moeder-dochterrichtlijn spreekt echter over het verkrijgen van een belastingvoordeel in een situatie waarbij dit het doel of de toepassing van de richtlijn ondermijnt. Toekomstige jurisprudentie zal moeten gaan uitwijzen wat de exacte inhoud van dit nieuw stukje Europees-rechtelijke regelgeving is.

9. Richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat zoals gewijzigd bij Richtlijn 2005/19/EG van de Raad van 17 februari 2005 en aangevuld door de Richtlijnen inzake de toetreding van nieuwe Lidstaten.

**“Toekomstige jurisprudentie zal moeten gaan uitwijzen wat de exacte inhoud van dit nieuw stukje Europeesrechtelijke regelgeving is”**

## **Epiloog**

Belastingontwijking in internationaal verband, in relatie tot de heffing van vennootschapsbelasting, staat op dit moment in het brandpunt van de publieke belangstelling; en dat zal voorlopig wel zo blijven. Belastingontwijking is van alle tijden. Het meest eenvoudige voorbeeld is dat van Nederlandse ingezetenen die net over de grens in Duitsland tanken omdat daar de benzine goedkoper is. Dit betekent ook dat belastingontwijkend gedrag van burgers en ondernemingen niet van vandaag op morgen in één keer tot het verleden behoort.

Maar duidelijk is wel dat de wereld verandert en dat in het mondiale maatschappelijke krachtenveld langzamerhand een kentering te bespeuren valt. Een kentering die inhoudt dat bijvoorbeeld op Europees niveau, zoals deze twee voorbeelden laten zien, de gemeenschapswetgeving wordt aangescherpt. Doch dat anderzijds multinationale ondernemingen, onder grote maatschappelijke druk, meer en meer ‘vrijwillig’ zullen afzien van het toepassen van grensverkennende en agressieve belastingconstructies. Het fiscale ‘wilde westen’ wordt daarmee geleidelijk aan, maar gestaag, toch langzamerhand voor een belangrijk deel gepacificeerd. ●