

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics



Masterscriptie Fiscale Economie

Een Bronstaatheffing op Interest en Royalties

De Nederlandse troef tegen laagbelastende landen doorgelicht

Naam Student: Dolf van Kappel

Studentnummer: 458168

Begeleider: Prof. dr. P. Kavelaars

Tweede beoordelaar: Mr. Y. Vink

Datum: juli 2019

Lijst met gebruikte afkortingen

APA	Advance Pricing Agreements
ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
ATR	Advance Tax Ruling
art.	Artikel(en)
BEPS	Base Erosion and Profit shifting
bfi	Bijzondere fiscale instelling
BNB	Beslissingen in Belastingzaken: Nederlandse Belastingrechtspraak
CFC	Controlled Foreign Company
CPB	Centraal Planbureau
DNB	De Nederlandsche Bank
EER	Europese Economische Ruimte
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
GAAR	General Anti-Abuse Rules/algemene antimisbruikbepalingen
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IP-recht	Intellectual Property recht
LOB-bepaling	Limitation-On-Benefitsbepaling
LTJ	Low Tax Jurisdiction
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
MLI	Multilateraal Instrument
NJB	Nederlands Juristenblad
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht Artikelen

OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
pbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
PPT	Principal Purpose Test
r.o.	Rechtsoverweging
SEO	SEO Economisch onderzoek
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemersrecht
VN	Verenigde Naties
V-N	Vakstudie-Nieuws
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet DB 1965	Wet op de Dividendbelasting 1965
Wet IB 2001	Wet op de Inkomstenbelasting 2001
Wet Vpb 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Inleiding	7
1.1 Inleiding	7
1.2 Aanleiding en relevantie	8
1.3 Onderzoeksvraag, deelvragen en toetsingskader	11
1.3.1 Onderzoeksvraag en deelvragen	11
1.3.2 Toetsingscriteria	12
1.4 Opzet	13
1.5 Afbakening	14
 Hoofdstuk 2: Belastingontwijking en het Nederlandse vestigingsklimaat	 15
2.1 Inleiding	15
2.2 Belastingontwijking en de fair share-gedachte	16
2.2.1 Definiëring belastingontwijking	16
2.2.2 Fair share-gedachte en implementatie in de wet	17
2.2.3 Motivering van ondernemingen om hun fair share te betalen	20
2.3 Het Nederlandse vestigingsklimaat	22
2.3.1 Nederland en brievenbusvennootschappen	22
2.3.2 Nederland: belastingparadijs of doorsluisland?	25
2.3.3 Verdragennetwerk	26
2.3.4 Deelnemingsvrijstelling	28
2.3.5 Rulingpraktijk	30
2.3.6 Afwezigheid bronheffing op interest en royalties	32
2.3.7 Non-fiscale factoren	34
2.4 Deelconclusie	34
 Hoofdstuk 3: De bronstaatheffing op interest en royalties	 36
3.1 Inleiding	36
3.2 Het conceptvoorstel	36
3.2.1 Invoeren van een bronbelasting op interest en royalties	36
3.2.2 Wet Bronbelasting 2020	37
3.2.3 Definiëring laagbelastende jurisdicties	38
3.2.4 Kwalificerend belang/gelieerdheid	40
3.2.5 Belastingplicht	41
3.2.6 Tarief en wijze van heffing	48

3.3 Analyse van het conceptvoorstel	50
3.3.1 Algemeen	50
3.3.2 Doeltreffendheid en evenredigheid	50
3.3.3 Rechtszekerheid	54
3.3.4 Uitvoerbaarheid	55
3.3.5 Doelmatigheid	56
3.3.6 Administratieve verplichtingen en transactiekosten	56
3.4 Deelconclusie	57
 Hoofdstuk 4: Internationale en Europese aspecten	60
4.1 Inleiding	60
4.2 Het internationale beleidsdebat met betrekking tot bronheffingen	61
4.3 De bronbelasting in relatie tot het BEPS-actieplan en ATAD	62
4.3.1 Inleiding over het BEPS-actieplan en ATAD	62
4.3.2 Het BEPS-actieplan en de bronbelasting op interest en royalties	62
4.3.3 ATAD en de bronbelasting op interest en royalties	65
4.4 De bronbelasting in relatie tot de Interest- en royaltyrichtlijn	66
4.5 Risico op verboden staatssteun	68
4.5.1 Algemeen	68
4.5.2 Voordeel	69
4.5.3 Selectiviteit	70
4.5.4 Bekostigd uit staatsmiddelen	71
4.5.5 Vervalsing mededingingen en beïnvloeding handelsverkeer tussen lidstaten	71
4.6 Gevolgen voor het verdragennetwerk en toekomstige verdragsonderhandelingen	72
4.7 Verdergaande internationale samenwerking vereist	75
4.8 Deelconclusie	76
 Hoofdstuk 5: Alternatieven voor het conceptvoorstel	78
5.1 Inleiding	78
5.2 Alternatief 1: een wijziging van het conceptvoorstel	78
5.2.1 De wijzigingen	78
5.2.2 Analyse op basis van het toetsingskader	81
5.3 Optimale verdeling van heffingsrechten	84
5.3.1 Algemeen	84
5.3.2 Huidige verdeling van heffingsrechten	85

5.3.3 Heffing op basis van het oorsprongsbeginsel	85
5.3.4 Optimale verdeling van heffingsrechten over interest en royalties	87
5.3.4.1 Interest	88
5.3.4.2 Royalties	89
5.4 Alternatief 2: Een volwaardige bronbelasting op interest en een conditionele bronbelasting op royalties	91
5.4.1 Algemeen	91
5.4.2 Nationaalrechtelijke aspecten	92
5.4.2.1 Inhoudingsplicht en belastingplicht	92
5.4.2.2 Grondslag	92
5.4.2.3 Tarief	93
5.4.3 Verdragsrechtelijke en Europese aspecten	94
5.5 Analyse op basis van het toetsingskader	95
5.5.1 Doeltreffendheid en evenredigheid	95
5.5.2 Rechtszekerheid	96
5.5.3 Uitvoerbaarheid	96
5.5.4 Doelmatigheid	97
5.5.5 Internationale en Europese inpasbaarheid	97
5.6 Deelconclusie	98
 Hoofdstuk 6: Eindconclusie	100
6.1 Inleiding	100
6.2 Deelvragen	100
6.3 Slot en aanbevelingen	105
 Literatuurlijst	106
Artikelen	106
Parlementaire stukken	107
Verdragen	108
Boeken en proefschriften	108
Rapporten en beleidspapers	109
Overige stukken	109
Jurisprudentie	110
Digitale bronnen en nieuwsberichten	110

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Inleiding

In de nabije toekomst zal Nederland waarschijnlijk een bronstaatheffing op interest en royalties gaan invoeren. Dit voornemen is geïntroduceerd door middel van het Regeerakkoord dat het kabinet heeft gepresenteerd in 2017.¹ Als voornaamste reden wordt aangegeven dat het kabinet brievenbusvennootschappen wil aanpakken:

“We willen een eind maken aan de situatie dat firma’s zich alleen op papier in Nederland vestigen om belastingvrij miljoenen te kunnen rondpompen. Wij gaan bij hen belasting heffen, net als bij ieder ander bedrijf. Internationaal zetten wij ons ervoor in dat belastingparadijzen worden aangepakt. Zelf gaan we het goede voorbeeld geven via een bronheffing op rente en royalties op uitgaande stromen naar landen met zeer lage belastingen (low tax jurisdictions).”²

Deze bronstaatheffing zou zich ook uitstrekken tot dividenden met als gevolg dat de dividendbelasting zoals deze nu in de wetgeving is opgenomen, zou worden afgeschaft. De afschaffing van de dividendbelasting is een groot punt van discussie geweest tijdens de kabinetsformatie in 2017. Het kabinet zou zelfs zijn gevallen zonder het besluit om de dividendbelasting af te schaffen.³ Ook nadat het besluit was genomen om de dividendbelasting af te schaffen, is er veel weerstand vanuit de oppositiepartijen, de vakliteratuur en de pers gekomen over de afschaffing.⁴ Zo zou het een dure beslissing voor de schatkist zijn en zou de beslissing vooral zijn ingegeven door het lobbywerk van verschillende in Nederland gevestigde hoofdlocaties van multinationals. Uiteindelijk heeft het kabinet afgezien van de afschaffing van de dividendbelasting.⁵ De invoering van de bronbelasting op interest en royalties gaat vooralsnog door en het kabinet streeft ernaar de invoering van deze belasting in 2021 te realiseren. Het wetsvoorstel voor deze bronheffing zal de Staatssecretaris van Financiën in 2019 aanbieden.⁶ Over vormgeving van de conditionele bronbelasting op dividenden was al meer bekend, door het wetsvoorstel tot afschaffing van de dividendbelasting en de invoering van de ‘nieuwe’ dividendbelasting.⁷ Deze belasting zou slechts worden geheven in misbruiksituaties en over uitkeringen aan gelieerde entiteiten. Ondanks dat het

¹ Regeerakkoord 2017, ‘Vertrouwen in de toekomst’.

² Regeerakkoord 2017, ‘Vertrouwen in de toekomst’, blz. 35.

³ Het Financieel Dagblad 25 augustus 2018, ‘Segers zal het kabinet niet laten vallen over dividendbelasting’.

⁴ Zie onder andere: Spanjers, *WFR* 2018/137; en Jacobs, ‘Blind gokken met de dividendbelasting’, *TPEdigitaal* 2018 jaargang 12(1). In deze artikelen wordt kritiek geuit over de afschaffing van de dividendbelasting.

⁵ Brief Staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 2018, nr. 2018-000017526.

⁶ Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N* 2018/14.2, onderdeel 2.3.

⁷ Kamerstuk 35028, nr. 3.

wetsvoorstel over de bronbelasting op interest en royalties nog niet is gepubliceerd, zou dit voorstel veel overeenkomsten kunnen hebben met het geschrapte voorstel met betrekking tot de conditionele bronbelasting op dividenden. Het voornemen uit het Regeerakkoord om brievenbusconstructies tegen te gaan door middel van een bronbelasting op interest en royalties zal namelijk voorzien in een belasting die slechts wordt geheven in misbruiksituaties waarbij er interest en royalties worden betaald door brievenbusvennootschappen.⁸

1.2 Aanleiding en relevantie

De beslissing om een bronbelasting op interest en royalties in te voeren, komt niet geheel onverwachts. Zoals hierboven is uiteengezet, streeft het kabinet er met een dergelijke belasting naar om brievenbusvennootschappen aan te pakken. Deze vennootschappen zonder voldoende substance die enkel in structuren worden geplaatst vanwege fiscale motieven, staan al langere tijd ter discussie.

Multinationale ondernemingen vestigen brievenbusvennootschappen vaak in landen die geen of een lage bronheffing op interest en royalties kennen. Op dit moment zijn er binnen de Europese Unie zes lidstaten die geen bronbelasting op interest kennen en vier lidstaten die geen bronbelasting op royalties in hun fiscale wetgeving hebben.⁹ Aangezien Nederland één van deze lidstaten is, worden entiteiten al dan niet met voldoende substance vaak in Nederland gevestigd.

Er zijn verschillende onderzoeken uitgevoerd om te bepalen hoeveel geld er nu precies door deze entiteiten stroomt. De resultaten van deze onderzoeken lopen nogal uiteen. Een recent onderzoek betreft het rapport van SEO Economisch Onderzoek (SEO) over de monitoring van de effecten van de aanpak van belastingontwijking dat is uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Financiën.¹⁰ Uit dit rapport blijkt dat er een stroom van 199 miljard euro aan passieve inkomsten als dividenden, royalties en interest door Nederland loopt via entiteiten met een buitenlandse eigenaar die als doel hebben om financiële stromen uit het buitenland door te laten stromen naar het buitenland.¹¹ Hierbij is het opvallend dat er nauwelijks geldstromen vanuit deze laagbelastende jurisdicties aan entiteiten in Nederland worden uitbetaald.¹² Verder blijkt uit een onderzoek van de Universiteit van Amsterdam dat er een totale stroom van passieve inkomsten van 153 miljard euro Nederland binnenkomt en er 125 miljard euro via deze entiteiten weer uit Nederland stroomt.¹³ Onder passieve inkomsten worden dividenden, interest en royalties verstaan. Uit een onderzoek van het Centraal Planbureau

⁸ Regeerakkoord 2017, 'Vertrouwen in de toekomst', blz. 36.

⁹ Vleggeert en Vording, *WFR 2018/3*, onderdeel 1.

¹⁰ SEO, 'Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi's', oktober 2018.

¹¹ SEO, 'Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi's', oktober 2018, blz. 5.

¹² SEO, 'Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi's', oktober 2018, blz. 17.

¹³ SEO, 'Uit de schaduw van het bankwezen', Universiteit van Amsterdam, juni 2013, blz. 10.

(CPB) is gebleken dat er via deze multinationals 57 miljard euro door Nederland stroomt.¹⁴ Verder blijkt uit een ander onderzoek van de Universiteit van Amsterdam dat Nederland de belangrijkste schakel tussen multinationals en belastingparadijzen ter wereld is met 23% van alle offshore-investeringsstromen vanuit belastingparadijzen.¹⁵

Ondanks de uiteenlopende resultaten van deze onderzoeken, valt te concluderen dat Nederland vaak de route opent voor multinationale ondernemingen om geldstromen naar laag belastende staten te sluizen en dat deze geldstromen van grote omvang zijn.

Om winst te kunnen toerekenen aan een entiteit in Nederland, moeten er daadwerkelijk activiteiten worden uitgevoerd en toegevoegde waarde worden gecreëerd door deze entiteit. Verder moeten deze entiteiten ook zo zijn vormgegeven dat ze een beroep kunnen doen op de Nederlandse fiscale regels en de door Nederland gesloten belastingverdragen. Het internationale speelveld van de fiscaliteit neigt steeds sterker naar strengere regelgeving omtrent de substance van vennootschappen en Nederland zal hier dus ook in mee moeten gaan. Verschillende internationale instanties zijn met maatregelen gekomen om doorstroomentiteiten te bestrijden en af te dwingen dat ondernemingen een eerlijk deel aan belasting betalen in de staten waarin zij actie zijn. Zo hebben de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) en de Europese Unie (EU) ook aangegeven de fiscaal kunstmatige constructies van multinationale ondernemingen te willen bestrijden. De OESO heeft het anti Base Erosion Profit Shifting (BEPS) plan opgesteld en in actiepunt 6 een bepaling opgenomen om verdragsmisbruik tegen te gaan door middel van een Limitation on Benefits bepaling (LOB-bepaling) en een Principal Purpose Test (PPT). Als niet aan de voorwaarden van deze bepaling wordt voldaan, worden de verdragsvoordelen geweigerd en wordt er dus vaak geen vermindering van bronstaathetfing verleend.¹⁶ In de 2017-update van het OESO-commentaar is ook een bepaling opgenomen ten aanzien van 'special tax regimes'.¹⁷ Deze bepaling is gebaseerd op actiepunt 6 van het BEPS rapport en kunnen verdragsluitende staten overnemen.

De Europese Commissie is met onder andere de Anti Tax Avoidance Directive (ATAD) richtlijn gekomen. In deze richtlijn is de bepaling om verdragsmisbruik tegen te gaan de General Anti Abuse

¹⁴ Lejour en van 't Riet, 'Nederland belastingparadijs? Nederland doorsluisland!', Centraal Planbureau CPB Beleidsbrief 2013/07, blz. 2.

¹⁵ Garcia-Bernardo e.a., 'Uncovering Offshore Financial Centers: Conduits and Sinks in the Global Corporate Ownership Network', CORPNET, Universiteit van Amsterdam, 24 juli 2017, blz. 6.

¹⁶ OESO, Action 6 BEPS Final Report 2015: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, onderdeel 79-81.

¹⁷ Zie par. 85-100 bij het voorgestelde commentaar op art. 1 OESO-Commentaar in de Draft contents of the 2017 update to the OESO Model Tax Convention.

Rule (GAAR).¹⁸ Ook andere landen hebben maatregelen getroffen om verdragsmisbruik te bestrijden door invoering van of aanscherping van bronstaatheffingen. Zo hebben de Verenigde Staten sinds 2016 een bepaling in hun modelverdrag die in bronstaatheffingen in stelling brengt tegen ‘special tax regimes’.¹⁹ De invoering van een bronbelasting op interest en royalty’s in de Nederlandse wetgeving ligt in het verlengde van deze ontwikkelingen binnen het internationale fiscale landschap.

Ook de Verenigde Naties (VN) kennen een modelverdrag en dit modelverdrag kent sowieso meer heffingsrechten toe aan de bronstaat dan bijvoorbeeld het OESO-modelverdrag. Het VN-modelverdrag bevat ook een bronstaatheffing voor royalties en voor overige inkomsten. Verder is in het modelverdrag een geheel nieuwe bepaling in art. 12A opgenomen voor vergoedingen van technische diensten. Ook dit artikel wijst een beperkt heffingsrecht toe aan de bronstaat.²⁰ Hier blijken bronstaatheffingen vooral noodzakelijk om de fiscale positie van ontwikkelingslanden te versterken.

Het invoeren van een bronbelasting op interest en royalties ligt in het verlengde van de gedachte dat bronbelastingen noodzakelijk zijn en door middel van belastingverdragen dubbele belasting moet worden voorkomen. Deze maatregelen laten een tendens zien waarbij staten worden aanbevolen om bronstaatheffingen te introduceren. Dit fenomeen staat enigszins haaks op eerdere jaren waarin de EU bronstaatheffingen zoveel mogelijk probeerde te beperken om de interne Europese markt te stimuleren. Het lijkt alsof we hier voor een belangrijk deel weer vanaf zijn gestapt: bronstaatheffingen zijn nodig om misbruiksituaties te voorkomen.

Het invoeren van een bronstaatheffing op interest en royalties gaat echter ook gepaard met verschillende complicaties. De doelstelling van de bronstaatheffing betreft het bestrijden van vennootschappen zonder substance. De bronstaatheffing moet echter niet vennootschappen mét substance uit Nederland drijven. Zo is het van belang dat het vestigingsklimaat voor ondernemingen van Nederland niet uit het oog wordt verloren bij de invoering van een dergelijke maatregel. De Nederlandse economie is sterk afhankelijk van onze handel met andere Europese lidstaten en de rest van de wereld. Een goed klimaat voor bedrijven om in Nederland te investeren zorgt voor economische groei en werkgelegenheid.²¹ Het is daarom van belang dat Nederland aantrekkelijk blijft als vestigingsland voor multinationale ondernemingen. De voorgestelde bronbelasting op

¹⁸ Richtlijn 2016/1164/EU van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwikkelingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, artikel 6.

¹⁹ US Model Tax Convention on Income, art. 3 lid 1 sub I, art. 11 lid 2 sub c, art. 12 lid sub a en art. 21 lid 2 sub a.

²⁰ Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N 2018/29.7*.

²¹ Brief Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, nr. 2016-0000148647, onderdeel 2.

interest en royalties kan een impact hebben op het Nederlandse vestigingsklimaat en we moeten dus opletten dat we onszelf niet in de vingers snijden met een dergelijke bepaling.

Verder moet de bronbelasting op interest en royalties in overeenstemming zijn met het EU-recht. Hierbij valt te denken aan de verschillende Europese richtlijnen en de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU). Ook moet voorkomen worden dat een groep belastingplichtigen selectief wordt bevoordeeld ten opzichte van andere belastingplichtigen door de invoering van de bronstaatheffing op interest en royalties. Dit kan namelijk een risico op verboden staatssteun tot gevolg hebben.²²

Naast de overeenstemming met het EU-recht, is het van belang dat een bronstaatheffing op interest en royalties ook in overeenstemming is met de diverse antimisbruikbepalingen die zijn opgenomen in het BEPS-actieplan en het modelverdrag van de OESO. Bovendien zal de invoering van een bronbelasting gevolgen hebben voor het netwerk van belastingverdragen dat Nederland heeft gesloten en zal een dergelijke belasting toekomstige verdragsonderhandelingen beïnvloeden.

Ten slotte moet worden bepaald hoe een dergelijke bronbelasting het best kan worden vormgegeven. Waarschijnlijk zal het een conditionele belasting worden, zoals het kabinet in het regeerakkoord heeft aangegeven. Het opnemen van een volwaardige bronstaatheffing op interest en royalties in de Nederlandse fiscale wetgeving kan echter ook een alternatief zijn. Een conditionele bronstaatheffing zal alleen in misbruiksituaties en bij doorstroomvennootschappen zonder voldoende substance worden geheven en een volwaardige heffing zal natuurlijk een bredere reikwijdte van heffing kennen.

1.3 Onderzoeksvraag, deelvragen en toetsingskader

1.3.1 Onderzoeksvraag en deelvragen

Aan de hand van de problematiek die in de aanleiding is besproken, ben ik tot de volgende onderzoeksvraag gekomen:

In hoeverre is een bronstaatheffing op interest en royalties noodzakelijk om kunstmatige winstverschuivingen van multinationale ondernemingen op basis van fiscale motieven tegen te gaan en hoe kan een dergelijke belastingwet zo optimaal mogelijk worden vormgegeven?

De bronbelasting moet zo optimaal mogelijk worden vormgegeven, zodat het Nederlandse vestigingsklimaat voor multinationale ondernemingen zo min mogelijk wordt geschaad. Verder is het

²² In de zin van art. 107 VWEU lid 1.

van belang om te bepalen hoe de besproken antimisbruikbepalingen van de OESO en de EU in combinatie met de bronstaatheffing op interest en royalties uitwerken en hoe deze antimisbruikbepalingen eventueel in de bronstaatheffing op interest en royalties kunnen worden opgenomen. Daarnaast is het van belang hoe ver de reikwijdte van de bronstaatheffing op interest en royalties moet zijn. Hierbij kan een afweging worden gemaakt tussen een conditionele bronbelasting die uitsluitend in misbruiksituaties wordt geheven en een volwaardige belasting op interest en royalties vergelijkbaar met de huidige dividendbelasting.

Aan de hand van de bespreking van de volgende deelvragen wordt een antwoord op de onderzoeksvraag geformuleerd:

- Wat zijn de motieven voor ondernemingen om hun fair share aan belasting te betalen en hoe kan worden afgedwongen dat ondernemingen hun fair share betalen in de landen waar zij ondernemingsactiviteiten verrichten? (Hoofdstuk 2)
- Welke rol vervult het Nederlandse vestigingsklimaat in de discussie met betrekking tot belastingontwijking en welke maatregelen zijn al genomen om belastingontwijking tegen te gaan? (Hoofdstuk 2)
- Hoe ziet het conceptvoorstel met betrekking tot de conditionele bronbelasting op interest en royalties eruit en voldoet het conceptvoorstel aan de criteria uit het toetsingskader? (Hoofdstuk 3 en 4)
- Hoe verhoudt een bronstaatheffing op interest en royalties zich tot de maatregelen uit BEPS, ATAD en de Interest- en royaltyrichtlijn? (Hoofdstuk 4)
- Leidt de conditionele bronstaatheffing op interest en royalties mogelijk tot verboden staatssteun in de zin van art. 107 VWEU? (Hoofdstuk 4)
- Wat is de invloed van een bronstaatheffing op interest en royalties op het Nederlandse verdragenbeleid en de toekomstige verdragsonderhandelingen? (Hoofdstuk 4)
- Wat is een fiscaal-economische optimale verdeling van heffingsrechten tussen de bronstaat en woonstaat met betrekking tot interest- en royalty-inkomsten? (Hoofdstuk 5)
- Zijn er alternatieven voor het conceptvoorstel van de bronstaatheffing op interest en royalties en hoe scoren die op de criteria uit het toetsingskader? (Hoofdstuk 5)

1.3.2 Toetsingscriteria

Zoals uit de deelvragen blijkt, wordt een toetsingskader gehanteerd om de deugdelijkheid van een conditionele bronstaatheffing op interest en royalties en de alternatieven hierop te analyseren. Dit toetsingskader bestaat uit de volgende toetsingscriteria:

Doeltreffendheid: De interest- en royaltybelasting moet zo effectief mogelijk werken om kunstmatige fiscale constructies te bestrijden, waarbij het vestigingsklimaat voor multinationale ondernemingen zo min mogelijk wordt aangetast. Ook moeten de antimisbruikbepalingen van de OESO, de EU en de VN zo effectief mogelijk worden geïmplementeerd in de bronheffing op interest en royalties.

Evenredigheid: Hiermee wordt bedoeld dat de werking van de maatregel niet verder mag gaan dan het doel van de desbetreffende maatregel. Een bronbelasting op interest en royalties moet kunstmatige fiscale constructies en doorstroomvennootschappen tegengaan. Het is niet de bedoeling dat ook entiteiten met voldoende substance worden getroffen door een dergelijke belasting.

Rechtszekerheid: De rechtszekerheid van een bepaling is van belang voor het vertrouwen dat belastingplichtigen hebben in het rechtssysteem van de staat waar hun onderneming is gevestigd. De rechtszekerheid is dus een belangrijke factor voor de aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat van een staat.

Uitvoerbaarheid: Uitvoerbaarheid houdt in dat het mogelijk is om eerbiediging van de wettelijke bepaling te forceren. De uitvoerende instanties moeten over voldoende kennis en informatiesystemen beschikken om de maatregel deugdelijk te kunnen uitvoeren. Hier is dus een belangrijke rol weggelegd voor de Belastingdienst.

Doelmatigheid: Bij de toetsing aan de doelmatigheid wordt beoordeeld hoe efficiënt een dergelijke belasting is. Hierbij wordt een afweging gemaakt tussen de verwachte voordelen van de bronbelasting en de verwachte uitvoeringskosten van de maatregel.

Internationale en Europese inpasbaarheid: Het laatste criterium betreft de Internationale en Europese inpasbaarheid. Dit toetsingscriterium vervult misschien wel de belangrijkste rol in dit onderzoek. Bij dit toetsingscriterium wordt geanalyseerd hoe een interest- en royaltybelasting zich verhoudt tot de vrije verkeersbepalingen en de richtlijnen van het EU-recht. Hierbij wordt ook de staatssteunproblematiek geanalyseerd. Verder wordt bij dit criterium getoetst aan de fiscale maatregelen van de OESO om verdragsmisbruik te voorkomen en doorstroomvennootschappen te bestrijden.

1.4 Opzet

In hoofdstuk 2 wordt het fenomeen belastingontwijking uitgebreid besproken. Hierbij wordt ook aandacht besteed aan de rol die de ethiek vervult binnen de fiscaliteit. Verder komen de verschillende fiscale factoren aan bod die Nederland een aantrekkelijke vestigingsplaats voor multinationale ondernemingen maken.

Het conceptvoorstel van de bronstaatheffing op interest en royalties staat in hoofdstuk 3 centraal. Aan de hand van het hiervoor besproken toetsingskader wordt geanalyseerd of het een deugdelijk en coherent wetsvoorstel betreft. Verder wordt geanalyseerd of doorstroomvennootschappen zonder substance ontmoedigd worden om zich in Nederland te vestigen door een bronstaatheffing op interest en royalties en of een dergelijke belasting niet zomaar kan worden ontlopen.

In hoofdstuk 4 wordt de bronbelasting op interest en royalties in een Europees en internationaal perspectief geplaatst. De internationale en Europese inpasbaarheid van de bronbelasting wordt onder andere aan de hand van de verenigbaarheid met de Interest- en royaltyrichtlijn, ATAD en het BEPS-actieplan besproken. Ook een potentieel risico op staatssteun komt aan bod en er wordt gekeken wat de gevolgen voor het bestaande verdragennetwerk en toekomstige verdragsonderhandelingen zijn.

Hoofdstuk 5 geeft twee alternatieven op de conditionele bronstaatheffing op interest en royalties zoals de regering nu van plan is deze in te voeren. Het eerste alternatief betreft een aangepast voorstel waarin wordt beoogd om de knelpunten te verhelpen die zijn vastgesteld aan de hand van de toetsing aan de verschillende toetsingscriteria. Bij het tweede alternatief wordt besproken in hoeverre het wenselijk om een volwaardige bronstaatheffing op interest en royalties in te voeren die niet slechts toepassing vindt in belastingontwijkende structuren.

In hoofdstuk 6 wordt afgesloten met een eindconclusie, een slot en aanbevelingen.

1.5. Afbakening

Het onderzoek van deze scriptie richt zich op een belasting op interest en royalties geheven door de bronstaat en het effect van een dergelijke maatregel op het Nederlandse vestigingsklimaat voor multinationale ondernemingen. Bronbelastingen kennen meerdere voor- en nadelen. In dit onderzoek wordt slechts besproken hoe bronstaatheffingen kunstmatige winstverschuivingen en de fiscale regimes van laagbelastende landen kunnen bestrijden.

Bij de analyse van het conceptvoorstel blijven formeelrechtelijke aspecten zoveel mogelijk buiten beschouwing. Voor de beoordeling van het conceptvoorstel aan de hand van het toetsingskader zijn deze aspecten dan ook niet relevant.

Verder bevatten het BEPS-plan van de OESO en de Europese implementatie door middel van ATAD1 erg omvangrijke maatregelen om misbruiksituaties te bestrijden. Slechts de maatregelen van het plan en de richtlijn die relevant zijn voor de implementatie van een bronstaatheffing op interest en royalties, worden besproken in dit onderzoek. De overige maatregelen blijven buiten beschouwing.

Er wordt beoogd om een zo objectief mogelijke beoordeling te geven van het conceptvoorstel en de mogelijke alternatieven hierop aan de hand van het toetsingskader. Echter, niet voor ieder toetsingscriterium zijn alle relevante data voorhanden. Een eventuele bronbelasting op interest en royalties is per slot van rekening nog niet ingevoerd.

Hoofdstuk 2: Belastingontwijking en het Nederlandse vestigingsklimaat

2.1 Inleiding

Steeds vaker horen we in het dagelijks nieuws hoe multinationale ondernemingen met behulp van fiscale constructies via Nederland miljoenen minder belasting betalen dan maatschappelijk gewenst is.²³ Fiscale systemen zouden namelijk een gunstige uitwerking hebben voor multinationale ondernemingen, terwijl kleinere ondernemingen en particulieren met een hogere belastingdruk worden geconfronteerd. De discussie omtrent belastingontwijking heeft zich in de afgelopen jaren sterk ontwikkeld, waarbij de nadruk steeds vaker op de moraal wordt gelegd.

De discussie omtrent belastingontwijking wordt op mondiale schaal gevoerd en staat al langere tijd op de internationale politieke agenda. Zo is het onderwerp ook opgepakt door de OESO en de EU. Deze organisaties willen bereiken dat multinationals een redelijke bijdrage aan de schatkist gaan betalen in landen waarin zij activiteiten ontplooiën, een zogenoemd 'fair share'. Om dit te bereiken, is het nodig dat landen hun belastingregels aanpassen. Deze oproep heeft er onder meer toe geleid dat de OESO een onderzoek is gestart naar Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) door multinationals.²⁴ Naar aanleiding hiervan is de OESO in oktober 2015 gekomen met een definitief rapport betreffende actiepunten voor het tegengaan van BEPS.²⁵ De EU heeft in een reactie op dit rapport ook maatregelen genomen om belastingontwijking tegen te gaan, te weten de Anti Tax Avoidance Directive (ATAD) waarvan in januari 2016 het voorstel werd ingediend door de Europese Commissie en waarvan de eerste richtlijn inmiddels in werking is getreden.²⁶ Nederland wordt bij deze fiscale structuren vaak als vestigingsland voor brievenbusmaatschappijen gebruikt.²⁷ Het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat wordt namelijk als erg gunstig beschouwd voor multinationale ondernemingen.

In dit hoofdstuk komt het fenomeen belastingontwijking ten eerste aan bod en vervolgens wordt de fair share-gedachte besproken en uiteengezet hoe deze in de Nederlandse fiscale wetgeving is verwerkt. Ook wordt besproken in hoeverre de wetgever erin is geslaagd de fair share-gedachte in

²³ Zie bijvoorbeeld: Koen Haegens, 'Multinationals betalen steeds minder belasting, terwijl burgers juist meer kwijt zijn', De Volkskrant, 12 maart 2018; en NOS, 'Zo kunnen bedrijven nog belasting ontwijken, dankzij Nederland', 5 december 2017.

²⁴ Engelen, *NTFR 2013/158*.

²⁵ Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N 2015/56.4*.

²⁶ Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

²⁷ Zie bijvoorbeeld SEO, 'Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi's', oktober 2018; en Oxfam Novib, 'Medicijn voor armoede', september 2018.

wetteksten te formuleren. Hierbij wordt ook aandacht besteed aan de rol die ethiek vervult binnen de fiscaliteit. Vervolgens komen de verschillende factoren aan bod die het Nederlandse vestigingsklimaat aantrekkelijk maken. Bij de bespreking van deze factoren worden ook relevante antimisbruikbepalingen uiteengezet. Er wordt afgesloten met een deelconclusie.

2.2. Belastingontwijking en de fair share-gedachte

2.2.1 Definiëring Belastingontwijking

Voordat de discussie met betrekking tot het afdragen van een fair share wordt besproken, is het belangrijk om een definitie van belastingontwijking te formuleren. Hierbij is het vooral van belang een onderscheid tussen belastingontwijking en belastingontduiking te maken. Deze termen werden door de media vaak door elkaar gehaald of niet eens onderscheiden. Inmiddels wordt dit onderscheid in de publieke opinie vaker juist gemaakt. Beide begrippen worden in ieder geval bijna altijd in een negatief daglicht gesteld door de publieke opinie. Zo leidt belastingontduiking en belastingontwijking tot het uithollen van de belastinggrondslag. Er zit echter een belangrijk verschil tussen belastingontwijking en belastingontduiking. Dit verschil betreft het feit dat belastingontduiking illegaal is en belastingontwijking in principe legaal is.²⁸ De discussie die op internationale schaal wordt gevoerd, betreft met name het fenomeen van belastingontwijking. Ondernemingen hollen de belastinggrondslag uit door middel van het kunstmatig verschuiven van winsten.²⁹ Belastingontwijking is dan ook vooral weggelegd voor multinationale ondernemingen. De maatschappelijke weerstand tegen belastingontwijking ontstaat doordat deze ondernemingen wel gebruikmaken van de publieke voorzieningen die met de belastinginkomsten worden gefinancierd, maar amper betalen aan het onderhoud van deze voorzieningen. Deze bedrijven worden ervan beschuldigd dat ze hun fair share niet betalen. Toch handelen deze ondernemingen niet in strijd met de wet.

Dat er zoveel aandacht wordt besteed aan de belastingontwijking van ondernemingen, is enigszins opmerkelijk. Onderzoek toont namelijk aan dat belastingen helemaal niet worden gedragen door entiteiten. Alleen natuurlijke personen kunnen belastingen dragen. Belastingen die ondernemingen betalen, worden altijd afgewenteld op natuurlijke personen.³⁰ Als rechtvaardiging voor een winstbelasting wordt vaak aangedragen dat een rechtspersoon of een daarmee voor fiscale doeleinden gelijkgesteld lichaam, als gevolg van de door juristen bedachte fictie, zelfstandig drager

²⁸ Bender en Vleggeert, 'Dit moet je weten over belastingontwijking', Universiteit van Leiden, 6 november 2017; en Brief Staatssecretaris van Financiën van 6 november 2018, nr. 2018-0000185778, onderdeel 2.1.

²⁹ Albregtse, *WFR 2017/8*, onderdeel 3.2.

³⁰ Rosen & Gayer, 'Public Finance', New York: Mc Graw Hill, 2014, blz. 296.

van rechten en verplichtingen kan zijn.³¹ Er wordt daarom beargumenteerd dat ondernemingen gelijkgesteld kunnen worden aan natuurlijke personen.³² Een tweede rechtvaardiging voor het heffen van een winstbelasting is het feit dat rechtspersonen bepaalde voordelen hebben ten opzichte van natuurlijke personen, waarbij het belangrijkste voordeel de beperkte aansprakelijkheid voor de aandeelhouders betreft. Een winstbelasting kan gezien worden als een vergoeding voor dit voordeel.³³

In de media en de publieke opinie worden multinationale ondernemingen meestal het verwijt gemaakt dat ze belasting ontwijken en hun fair share niet betalen. Voor kleinere ondernemingen en particulieren zou het fiscale stelsel een minder gunstige uitwerking hebben. Deze constatering is nogal opvallend, aangezien ook ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf en particulieren bedrijven vestigen in belastingparadijzen.³⁴ De Belastingdienst vraagt de belastingparadijzen ook nauwelijks om de relevante informatie met betrekking tot de belastingafdracht van het midden- en kleinbedrijf. Bovendien wordt belastingfraude ook door ondernemingen in het midden en klein bedrijf en (rijke) particulieren gepleegd.³⁵ In de media wordt hier relatief weinig aandacht aan besteed.

2.2.2 Fair share-gedachte en implementatie in de wet

Vanuit een ethisch perspectief kan worden betoogd dat het voor internationaal opererende ondernemingen niet voldoende is dat zij alleen compliant zijn, maar ook dat zij een fair share moeten bijgedragen in de landen waar zij actief zijn. Dat roept uiteraard de vervolgvraag op hoe een onderneming moet bepalen of zij haar fair share bijdraagt. Deze vraag is moeilijk te beantwoorden, omdat het begrip 'fair share' zo onbepaald is. Wat voor de een als eerlijk wordt beschouwd, hoeft niet als eerlijk te worden gezien door een ander. Er zijn morele waarden verbonden aan het begrip en hierdoor speelt de ethiek een belangrijke rol bij het definiëren van de fair share.

Bovendien geeft elk land een eigen invulling aan de omvang en ordening van de maatschappij, de publieke sector en de mate van inkomensverdeling. Op internationaal niveau is er nog geen overeenstemming over een eerlijke verdeling van de heffingsrechten.³⁶

De fair share-gedachte is dus moeilijk te definiëren, omdat de grondslag van het begrip in de ethiek ligt. Implementatie van een dergelijk begrip in de wetgeving is ook erg gecompliceerd, aangezien er morele normen ten grondslag liggen aan een ethisch begrip. Volgens Gribnau dekt een rechtsnorm

³¹ Rosen & Gayer, 'Public Finance', New York: Mc Graw Hill, 2014, blz. 430.

³² Kemmeren, *WFR 2009/401*, onderdeel 2.1.

³³ Rosen & Gayer, 'Public Finance', New York: Mc Graw Hill, 2014, blz. 431.

³⁴ Trouw en Het Financieele Dagblad, 'De slager stalt zijn geld op de Bahama's', april 2016.

³⁵ Lambooi, *TFO 2016/147.4*, onderdeel 2.

³⁶ Stevens, *TFO 2014/131.2*, onderdeel 5.

nooit volledig de diepte en draagwijdte van een morele norm.³⁷ Een morele norm wordt gevormd door waarden. Kupperman beschrijft waarden als volgt:

*“Goods that by their nature enhance life or a world or negatively are things by their nature would make a life or a world less desirable: they are worth having or being, taken purely for its own sake.”*³⁸

Waarden zijn zaken die we goed vinden, omdat ze intrinsiek waardevol zijn en dus nastrevenswaardig zijn.³⁹ Voorbeelden van waarden zijn vrijheid, rechtvaardigheid, eerlijkheid en solidariteit. Zij vormen een richtingaanwijzer voor ons gedrag. Het nastreven van een bepaalde waarde kan ten koste gaan van de realisatie van andere waarden. Waarden kunnen conflicteren en dat maakt het onmogelijk om alle waarden tegelijk te realiseren. Individuen hebben daarom ook uiteenlopende voorkeuren voor waarden. Dit wordt ook wel waardepluralisme genoemd.⁴⁰ Waardepluralisme heeft tot gevolg dat individuen en samenlevingen steeds opnieuw voor, soms pijnlijke, afwegingen komen te staan. Dit geldt ook voor het politieke besluitvormingsproces.

Stiglitz stelt dat belastingen een weerspiegeling zijn van de fundamentele waarden binnen een samenleving.⁴¹ Hij geeft aan dat waarden inherent verbonden zijn aan belastingheffing. Dit kan het best worden geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld: De totale belastinglast in een samenleving moet worden verdeeld over de bevolking. Hierbij dragen zowel natuurlijke personen als rechtspersonen bij aan de totale belastinglast. Met deze bijdragen aan de belastinginkomsten worden tal van overheidstaken gefinancierd. Denk bijvoorbeeld aan defensie, infrastructuur, onderwijs, gezondheidszorg, cultuur en werkgelegenheid. Het belastingsysteem belichaamt hiermee de waarde solidariteit.⁴²

Vaak wordt belastingheffing echter ervaren als een inbreuk op vrijheid van mensen. Er wordt een inbreuk gedaan op het eigendomsrecht en de bescherming van eigendom.⁴³ Hier komt het waardepluralisme tot uitdrukking. De waarde solidariteit wordt bevorderd, terwijl de waarde vrijheid wordt ingeperkt door belastingheffing. Het is niet mogelijk alle waarden te realiseren en dus moet er een afweging worden gemaakt binnen het politieke besluitvormingsproces.

³⁷ Gribnau, *NTFR 2017/660*.

³⁸ J. Kupperman, *Value ... And What Follows*, New York/Oxford: Oxford University Press 1998, p. 3.

³⁹ L.L.E. Bolt, M.F. Verweij & J.J.M. van Delden, *Ethiek in praktijk*. Van Gorcum: Assen 2010, blz. 34.

⁴⁰ Tetlock, P. E. (1986). A value pluralism model of ideological reasoning. *Journal of personality and social psychology*, 50(4), 819.

⁴¹ J. Stiglitz, *'The Roaring Nineties'*, W.W. Norton & Company: New York: Cornell University Press 2003, blz. 177.

⁴² Gribnau, *NTFR 2017/660*, onderdeel 4.2.

⁴³ In de zin van art. 1 EP EVRM.

Belastingheffing is dus onlosmakelijk verbonden aan de morele waarden van een samenleving. Bovendien wordt met het heffen van belasting een afweging tussen de realisatie van verschillende morele waarden gemaakt. Bij de fair share-gedachte beoogt de wetgever eigenlijk verschillende morele waarden te codificeren in de wet. Hierdoor is de fair share-norm een morele norm die wettelijk is ingevuld, zodat een rechtsnorm ontstaat. Het rechtssysteem kan morele waarden echter niet uitputtend codificeren.⁴⁴ Zodra de wetgever een morele waarde heeft omgezet in wetteksten, zijn deze wettelijke regels voor verschillende interpretaties vatbaar en kan de wettekst afwijken van de bedoeling van de wetgever en de betekenis van de achterliggende morele waarde. Dit gebeurt ook bij de implementatie van de fair share-gedachte in de wet. Er bestaat geen garantie dat de uitwerking van de feitelijke wettekst overeenkomt met de bedoelde nakomingsplicht van de wetgever. Het begrip 'fair share' is dus niet alleen moeilijk te definiëren, het is ook complex om het begrip effectief in de fiscale wetgeving te implementeren. Dit leidt onder andere tot de maatschappelijke discussies over agressieve belastingplanning waarbij multinationale ondernemingen streven naar minimalisatie van de belastingafdracht.

In de literatuur bestaat er ook de nodige discussie over de rol die de overheid moet vervullen bij het overbrengen van de fair share-gedachte op het bedrijfsleven.

Stevens schrijft dat de fair share-gedachte een moreel referentiekader betreft waarbij de wetgever onvoldoende in staat is dit begrip eenduidig in de wet te formuleren.⁴⁵ Ook schrijft Stevens dat er een belangrijke rol voor de overheid is weggelegd om ervoor te zorgen dat ondernemingen een belastingafdracht betalen die voldoet aan de ethische norm. Als de wetgeving een overkill en lekken vertoont, is het begrijpelijk dat de samenleving met afstandelijk cynisme reageert op de fiscale regelgeving.⁴⁶

Happé vindt ook dat de fair share-plicht te onbepaald is om in een concrete situatie te bepalen wat ieders bijdrage aan de samenleving moet zijn.⁴⁷ Anders dan Stevens meent Happé dat een multinationale onderneming verder dan de wet- en regelgeving moet gaan met het betalen van een belastingbijdrage die voldoet aan de ethische norm.

Ik kan mij echter beter vinden in de mening van Stevens met betrekking tot deze problematiek. Wanneer de wetgever onvoldoende in staat is om de gewenste verdeling volgens de fair share-gedachte in de wet vast te leggen, kent deze gewenste verdeling blijkbaar te weinig maatschappelijk draagvlak. Er is dan een belangrijke rol voor de overheid weggelegd om ervoor te zorgen dat dit maatschappelijk draagvlak wordt verbreed.

⁴⁴ Gribnau, *NTFR 2017/660*, onderdeel 5.

⁴⁵ Stevens, *WFR 2015/1060*.

⁴⁶ Stevens, *WFR 2015/1060*.

⁴⁷ Happé, *WFR 2015/938*, onderdeel 9.

2.2.3 Motivering van ondernemingen om hun fair share te betalen

Hiervoor is uiteengezet dat de fair share-gedachte te onbepaald is om concreet te kunnen verwoorden in de wet. De rechtsnorm voldoet niet aan de ethische norm en dit maakt het onder andere mogelijk voor ondernemingen om belasting te ontwijken. Ondernemingen hebben verschillende redenen om hun maatschappelijk gewenste bijdrage aan belasting niet te voldoen, of juist wel hun fair-share te betalen. De belangrijkste redenen worden in deze paragraaf besproken.

In de literatuur wordt vaak winstmaximalisatie genoemd als voornaamste reden voor belastingontwijking en het niet betalen van de fair share.⁴⁸ Belastingminimalisatie wordt beschouwd als een onderdeel van deze winstmaximalisatie. Het staat een belastingplichtige ook vrij om de fiscaal meest gunstige route te kiezen.⁴⁹ Om tot winstmaximalisatie te komen, wordt een afweging gemaakt tussen de kosten van de belastingdruk en de opbrengsten van de publieke voorzieningen die bekostigd worden met de belastinginkomsten in het land van vestiging. De gevolgen van de belastingheffing zijn dus ook van belang voor de winstmaximalisatie en het gaat niet alleen over kostenminimalisatie. Zo is het belangrijk voor multinationale ondernemingen dat hun land van vestiging voorzien is van een goede infrastructuur, er goed geschoolde arbeidskrachten te rekruteren zijn en een beroep op een goed werkend rechtssysteem kan worden gedaan.

Naast winstmaximalisatie wordt de belastingafdracht van bedrijven ook beïnvloed door externe stakeholders zoals de media, de politiek en belangenorganisaties. Het gebruikmaken van agressieve fiscale constructies kan reputatieschade tot gevolg hebben. Via berichtgeving in de media is de problematiek rondom agressieve tax planning toenemend doorgedrongen tot het publieke bewustzijn. Onderzoek toont aan dat de schending van reputatie en het risico van negatieve aandacht in de media belangrijke factoren zijn voor bedrijven om terughoudend te zijn met hun tax planning.⁵⁰

Verder worden ondernemingen steeds sterker aangespoord om transparant te zijn met betrekking tot hun fiscale beleid door stakeholders en organisaties als de OESO en de EU.⁵¹ Deze initiatieven dwingen ondernemingen om verantwoording af te leggen over het gevoerde fiscale beleid en

⁴⁸ Albregtse, *WFR 2017/8*, onderdeel 3.1.; Bruijsten, *WFR 2014/580*, onderdeel 3.; en Happé, *WFR 2015/938*, onderdeel 4.

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld HR 19 januari 1994, nr. 28 646, BNB 1994/87; en HR 5 juni 2015, nr. 14/00343, BNB 2015/165.

⁵⁰ J.R. Graham, M. Hanlon, T. Shevlin & N. Shroff, 'Incentives for Tax Planning and Avoidance: Evidence from the Field', *The Accounting Review*: May 2014, Vol. 89, No. 3, blz. 991-1023.

⁵¹ Voorbeelden van initiatieven zijn country by country reporting en de EU Capital Requirements Directive. Voor een uitgebreider overzicht, zie PwC, 'Tax transparency and country by country reporting BEPS and beyond', juni 2016.

aanspreekbaar te worden voor stakeholders. De informatieachterstand van overheden ten opzichte van bedrijven kan, door middel van het vergroten van de transparantie, worden verkleind.

De fiscale wetgeving is echter complex en dit maakt het niet eenvoudig voor ondernemingen om transparant te zijn over hun fiscale positie en fiscaal beleid. Bovendien worden ondernemingen gedwongen om complexe rechtvaardigingsvraagstukken te beantwoorden en hierover te rapporteren. Verder kan het rapporteren over de effectieve belastingdruk een praktisch probleem zijn voor ondernemingen. Veel belastingen zitten verwerkt in de kosten van de onderneming en het is dus niet eenvoudig om deze afzonderlijk te rapporteren.⁵²

Ten slotte is het opvallend dat de meeste initiatieven betrekking hebben op het rapporteren van belastingen die direct op de winst van ondernemingen drukken. Het is naar mijn mening ook interessant om een beter inzicht te krijgen in de belastingen waarvoor de onderneming als inhoudingsplichtige fungeert. Dit betreffen vaak bronstaatheffingen, die een steeds belangrijkere rol vervullen in de strijd tegen belastingontwijking. Door ondernemingen te verplichten om ook transparant te zijn over dit soort heffingen, kunnen overheden en andere stakeholders de mate waarin ondernemingen belasting ontwijken beter in kaart brengen.

Naast de druk van stakeholders die leidt tot externe motivatie voor belastingplichtigen om hun belastingdruk te conformeren aan de acceptabele morele norm, kunnen bedrijven ook intrinsiek gemotiveerd zijn om hun belastingafdracht te conformeren aan de maatschappelijke verwachtingen. Bedrijven zijn dan bereid om de wetgeving naar de geest na te komen en zich dus te conformeren aan de hiervoor besproken doelstelling en nakomingsverplichting die de wetgever voor ogen had bij het invoeren van desbetreffende wetgeving. In paragraaf 2.2.2 van dit onderzoek is besproken dat de fair share-norm moeilijk in wetgeving te formuleren valt. Het enkel verwijzen naar de letter van de wet lijkt in de huidige tijd te weinig maatschappelijk draagvlak te kennen, dus zouden bedrijven een eigen norm moeten hanteren om hun fair share af te dragen. Happé formuleert als mogelijke norm voor de nakomingsplicht van een onderneming dat de belastingplichtige geen constructie mag toepassen die voor de wetgever bij het opstellen van de wet aanleiding zou geven tot een andere formulering van desbetreffende wet.⁵³ Stevens geeft bij de definitie van Happé aan dat deze norm in een internationale context moet worden uitgebreid tot situaties die voor de betrokken landen, die met elkaar overleg voeren, aanleiding zouden zijn geweest om de wet of het verdrag anders te formuleren. Nu is het in internationale context juist vaak het probleem dat landen niet voldoende afstemming bereiken. Het is dan de vraag of deze benadering ondernemingen voldoende houvast biedt om hun belastingafdracht te conformeren aan de maatschappelijke verwachtingen.⁵⁴

⁵² Stevens, *TFO 2014/131.2*, onderdeel 6.

⁵³ R.H. Happé, 'Fair share: gebrekkige juridische regel of vergeten ethische kompas', Rijkers bundel, 2013, blz. 174.

⁵⁴ Stevens, *TFO 2014/131.2*, onderdeel 5.

Verder sluit het betalen van een belastingafdracht die is geconformeerd aan de ethische norm goed aan op het maatschappelijk verantwoord ondernemen. Dit houdt in dat ondernemingen door hun bedrijfsvoering rekening houden met de effecten van hun bedrijfsvoering op mens, milieu en maatschappij.⁵⁵ Maatschappelijk verantwoord ondernemen is meestal opgebouwd uit drie P's: Profit, People en Planet. Bij twee P's komt de afdracht van een fair share tot uitdrukking.

Ten eerste via de P van People. Belastingen kunnen bijdragen aan de verdeling van het inkomen in een samenleving en daardoor moet de overheid onder andere in staat zijn om een adequate minimum levensstandaard te garanderen. Indirect kan de belastingheffing dus een invloed hebben op de mate waarin er goede arbeidsomstandigheden in een samenleving zijn. Arbeidsomstandigheden hebben direct een invloed op de positie van de werknemer. De belastingheffing kan daardoor bijdragen aan de People-component van maatschappelijk verantwoord ondernemen.⁵⁶ Hierbij moet worden vermeld dat de positie van de werknemer door meerdere omstandigheden wordt beïnvloed. Voorbeelden zijn de mate waarin vakbonden invloed kunnen uitoefenen, de conjunctuur van de economie en juridische factoren (zoals het arbeidsrecht en insolventierecht).

Ten tweede komt de afdracht van een fair share tot uitdrukking bij de P van Profit. Volgens Profit hebben alle stakeholders van een onderneming recht op een rechtvaardig deel van de toegevoegde waarde die de onderneming creëert.⁵⁷ Tot deze stakeholders behoren dus ook de overheden van de landen waarin de onderneming activiteiten verricht. Dit aandeel kunnen deze overheden verkrijgen door middel van het heffen van belasting.

2.3 Het Nederlandse vestigingsklimaat

2.3.1 Nederland en brievenbusvennootschappen

Er bestaat de nodige kritiek op de positie die Nederland inneemt met betrekking tot de fiscale regelgeving.⁵⁸ Nederland heeft een open en op handel gerichte economie. Hierdoor is het niet meer dan logisch dat ons fiscale beleid erop is gericht fiscale barrières weg te nemen om het internationaal zakendoen te stimuleren. Zo blijkt Nederland erg in trek te zijn voor brievenbusvennootschappen als

⁵⁵ Rijksoverheid, 'Rijksoverheid stimuleert maatschappelijk verantwoord ondernemen', via: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/duurzame-economie/maatschappelijk-verantwoord-ondernemen>.

⁵⁶ Stevens, *TFO 2014/131.2*, onderdeel 5.

⁵⁷ Stevens, *TFO 2014/131.2*, onderdeel 5.

⁵⁸ Europese Commissie, '2018 European Semester: Assessment of progress on structural reforms, prevention and correction of macroeconomic imbalances, and results of in-depth reviews under Regulation (EU) No 1176/2011', 7 maart 2018, blz. 10.

vestigingsland.⁵⁹ Deze brievenbusfirma's zijn in Nederland gevestigde vennootschappen met geen of weinig substance. In deze firma's worden geen of nagenoeg geen bedrijfseconomische operationele activiteiten verricht en daardoor is er een gebrek aan economische nexus bij deze vennootschappen.⁶⁰ Nederland wordt vaak gebruikt als vestigingsland voor brievenbusfirma's in fiscale structuren om belasting te ontwijken. Hier zijn verschillende onderzoeken naar verricht, die uiteenlopende resultaten hebben opgeleverd.

SEO heeft in 2013 een onderzoek naar de vestiging van bijzondere fiscale instellingen (bfi's) gedaan. SEO hanteert voor bfi's de volgende definitie: substance-arme vennootschappen die in Nederland zijn gevestigd, maar direct of indirect in buitenlandse handen zijn.⁶¹ Uit dit onderzoek is gebleken dat 34% van de 12.000 bfi's in Nederland houdstermaatschappijen zijn. 14% van het totaal houdt zich vooral bezig met het verstrekken van leningen aan groepsmaatschappijen. Ruim 5.500 bfi's houden zich bezig met beide activiteiten en vormen hiermee de grootste groep, namelijk 46%.⁶² Bfi's dragen naar schatting € 3 tot € 3,4 miljard per jaar bij aan de Nederlandse economie in de vorm van belastingen, loonkosten en diensten die zij inkopen bij zakelijke dienstverleners. Verder blijkt uit dit onderzoek dat er een totale stroom van passieve inkomsten van 153 miljard euro Nederland binnenkomt en er 125 miljard euro via deze entiteiten weer uit Nederland stroomt.⁶³ Onder passieve inkomsten worden dividenden, interest en royalties verstaan.

In 2018 heeft SEO opnieuw een rapport uitgebracht over de passieve inkomensstromen die via bfi's door Nederland lopen.⁶⁴ Uit dit rapport blijkt dat er in 2016 196 miljard euro aan passieve inkomsten Nederland binnenkomt door bfi's en 199 miljard euro aan passieve inkomsten ons land verlaat via deze entiteiten.⁶⁵ De stroom van passieve inkomsten die door Nederland loopt via bfi's is de laatste jaren dus sterk toegenomen. Van deze 199 miljard euro wordt 22 miljard uitgekeerd aan entiteiten gevestigd in laagbelastende jurisdicties (LTJ's). Er worden ook nauwelijks inkomsten vanuit entiteiten in LTJ's aan bfi's in Nederland uitgekeerd. Er worden voornamelijk uitkeringen gedaan aan entiteiten in LTJ's door de in Nederland gevestigde bfi's.⁶⁶

Uit een onderzoek van De Nederlandsche Bank (DNB) is gebleken dat het belang van brievenbusfirma's voor de Nederlandse economie beperkt is. Uit de DNB publicatie blijkt namelijk dat bfi's gemiddeld ongeveer 1,4 miljard euro per jaar aan belastingen betalen (0,9% van de totaal

⁵⁹ S. Eikelenboom & P. Kakebeeke. 'Topholdings kiezen Nederland'. Het Financieele Dagblad. 13 augustus 2013

⁶⁰ Gooijer, *NTFR 2018/2345*, blz. 2.

⁶¹ SEO, 'Uit de schaduw van het bankwezen', juni 2013, blz. 8.

⁶² SEO, 'Uit de schaduw van het bankwezen', juni 2013, blz. 10.

⁶³ SEO, 'Uit de schaduw van het bankwezen', juni 2013, blz. 10.

⁶⁴ SEO, 'Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi's', oktober 2018.

⁶⁵ SEO, 'Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi's', oktober 2018, blz. 5.

⁶⁶ SEO, 'Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi's', oktober 2018, blz. 17.

ontvangen belasting) en een bijdrage van 0,1% leveren aan de totale werkgelegenheid. Op basis van deze cijfers concludeert DNB dat het belang van bfi's voor de Nederlandse economie beperkt is.⁶⁷

Oxfam Novib heeft ook verschillende onderzoeken naar belastingontwijking verricht. Zo blijkt uit een rapport van Oxfam Novib uit 2016 dat Nederland derde staat op een lijst van belastingparadijzen voor vennootschappen, na Bermuda en de Kaaimaneilanden.⁶⁸ Nederland vervult een belangrijke rol in belastingontwijkende structuren van multinationals volgens het rapport. Er wordt daarbij gebruikgemaakt van vennootschappen die afgezien van een postadres nauwelijks activiteiten in Nederland verrichten.⁶⁹ Deze bedrijven maken hierbij gebruik van structuren waarmee de winst binnen het concern zoveel mogelijk wordt verschoven van Nederland naar landen waar de winst niet of nauwelijks wordt belast. Een ander recent onderzoek van Oxfam Novib heeft aangetoond dat verschillende farmaceutische bedrijven belasting ontwijken en bij hun structuren ook gebruikmaken van het fiscale stelsel van Nederland.⁷⁰ Deze farmaceuten laten opvallend veel winst vallen in belastingparadijzen, doordat ze in deze landen een gemiddeld winstmarge van 31% hanteren.⁷¹ Verder zijn deze bedrijven weinig transparant over waar ze hun winsten maken en waar ze belasting betalen.

Deze rapporten tonen aan dat er grote geldstromen aan passieve inkomsten door Nederland stromen. Verder blijkt Nederland aantrekkelijk te zijn voor de vestiging van substance-loze vennootschappen binnen fiscaal agressieve structuren. De laatste jaren is deze aantrekkelijkheid al sterk verminderd door verschillende initiatieven om belastingontwijking te bestrijden vanuit instanties als de EU en de OESO. De fiscale wetgeving van Nederland is de laatste jaren aangepast en uitgebreid om belastingontwijking tegen te gaan. Zo zijn er strengere substance-eisen opgenomen in verschillende antimisbruikmaatregelen.⁷² In de toekomst zal Nederland nog minder aantrekkelijk worden voor brievenbusvennootschappen door het invoeren van strengere wetgeving.

⁶⁷ DNBulletin, 'Bijzondere financiële instellingen van beperkt belang voor Nederlandse economie', 25 oktober 2018.

⁶⁸ Oxfam Novib, 'Tax Battles', 12 december 2016.

⁶⁹ Oxfam Novib, 'Tax Battles', 12 december 2016, blz. 15.

⁷⁰ Oxfam Novib, 'Medicijn voor armoede', september 2018.

⁷¹ Oxfam Novib, 'Medicijn voor armoede', september 2018, blz. 17.

⁷² In de Wet Vpb 1969 en de Wet DB 1965 zijn substance-eisen opgenomen in verschillende antimisbruikbepalingen. Deze antimisbruikbepalingen zien op de inhoudingsvrijstelling in de Wet DB 1965, de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling en de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969.

2.3.2 Nederland: belastingparadijs of doorsluisland?

De hierboven besproken rapporten tonen aan dat er grote geldstromen aan passieve inkomsten door Nederland stromen. Nederland was ook bijzonder aantrekkelijk voor de vestiging van substance-loze vennootschappen binnen fiscaal agressieve structuren. Nederland wordt dan ook vaak als belastingparadijs bestempeld in de media.⁷³ Deze uitlating is echter erg kort door de bocht. Er bestaan namelijk verschillende lijsten met belastingparadijzen die zijn opgesteld door verschillende instanties en Nederland komt in geen van deze lijsten voor. Deze lijsten worden hierna besproken.

Ten eerste heeft de OESO een rapport opgesteld waarin een belastingparadijs wordt gedefinieerd.⁷⁴ Aan de hand van een aantal criteria wordt bepaald of een land als een belastingparadijs wordt aangemerkt:

- *Geen effectief belastingtarief voor buitenlandse (rechts)personen.* De eerste factor om te onderzoeken of sprake is van een belastingparadijs, is het belastingtarief. Dit betreft het effectieve belastingtarief over het inkomen. Als een regime een nultarief toepast, of als het een positief percentage toepast, maar de belastingbasis zodanig vernaauwd wordt dat het effectieve tarief veel lager is dan het wettelijke tarief, kan het regime als schadelijk worden geclassificeerd.
- *Gebrek aan informatie-uitwisseling en transparantie.* Landen kunnen onwillig of niet in staat zijn om informatie uit te wisselen vanwege administratief beleid, beperkte toegang tot bankinformatie of andere praktijken die een investeerder in staat stellen zijn financiële rekening te beschermen tegen mogelijk onderzoek door belastingautoriteiten. Een onwil van een belastingparadijs om informatie te delen, stelt ondernemingen niet alleen in staat om belasting te ontwijken, maar faciliteert ook illegale activiteiten, zoals belastingontduiking en het witwassen van geld. Om deze redenen wordt in het rapport vastgesteld dat het niet verstrekken van effectieve informatie-uitwisseling bijzonder hinderlijk is.
- *Geen tot weinig substantiële activiteiten.* Dit betreft de toepassing van de substantiële activiteitenvereiste. Deze standaard houdt in dat mobiele bedrijfsinkomsten niet kunnen worden geparkeerd in een jurisdictie met een laag effectief belastingtarief zonder dat de kernactiviteiten van het bedrijf worden uitgevoerd door deze entiteit in dezelfde jurisdictie.

Voor de identificatie van een belastingparadijs moet cumulatief worden voldaan aan deze criteria. Nederland voldoet niet aan deze eisen, aangezien de vennootschapsbelasting naar een tarief van nu nog 25% wordt geheven en Nederland bereid is om op grond van verdragen informatie uit te wisselen.⁷⁵ Bovendien zijn de laatste jaren diverse substance-eisen ingevoerd. Hierdoor kan

⁷³ Zie bijvoorbeeld Koos Schwartz, 'Nederland scoort als belastingparadijs', 5 juli 2018; Tom Wouda, 'Goh: Nederland is wél een belastingparadijs', 4 juli 2018; en Marc van den Eerenbeemt en Robert Giebels, 'Belastingparadijs in de polder: Amerikaanse multinationals zijn dol op Nederland', 20 oktober 2017.

⁷⁴ OESO rapport: Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, april 1998.

⁷⁵ Vleggeert en Vording, *NJB 2018/139*, onderdeel 2.

Nederland feitelijk niet als belastingparadijs worden aangemerkt op basis van het rapport van de OESO.

Ten tweede hebben de Ministers van Financiën van de EU-lidstaten een zwarte en grijze lijst uitgebracht met niet-coöperatieve fiscale rechtsgebieden. De landen die op de zwarte lijst staan, voldoen niet aan de eisen voor fiscaal goed bestuur en de landen die op de grijze lijst staan, hebben zich gecommitteerd tot aanpassing van hun fiscale stelsel te gaan.⁷⁶ Nederland is in geen van beide lijsten opgenomen. Nederland valt dus niet aan te merken als belastingparadijs volgens de EU en dit heeft de Staatssecretaris van Financiën ook benadrukt in een brief uit 2018.⁷⁷ In paragraaf 3.2.3 van dit onderzoek wordt meer aandacht besteed aan deze zwarte lijst van de EU.

Ten derde bestaat er de lijst van Gravelle met belastingparadijzen.⁷⁸ Deze lijst van 50 landen wordt in de wetenschappelijke literatuur vaak gebruikt. Deze lijst bevat onder andere financiële centra als Ierland, Luxemburg, Singapore en Zwitserland. Deze landen hebben (min of meer) normale tarieven voor de winstbelasting, maar worden toch aangemerkt als belastingparadijs, omdat ze karakteristieken van doorsluislanden hebben. Nederland is ook in deze lijst niet terug te vinden.

Het feit dat er meerdere lijsten met belastingparadijzen zijn opgemaakt die ook nog eens verschillende criteria hanteren voor het identificeren van een belastingparadijs, maakt het definiëren van een belastingparadijs niet gemakkelijker.

Ondanks het feit dat Nederland niet valt aan te merken als belastingparadijs op basis van deze lijsten, blijft het een aantrekkelijk vestigingsland. Door de grote passieve inkomsten die door ons land stromen, valt Nederland eerder aan te merken als doorsluisland.⁷⁹ Nederland vervult namelijk een belangrijke rol voor ondernemingen bij het verschuiven van winsten naar belastingparadijzen.

In het vervolg van dit hoofdstuk komen de verschillende factoren aan bod die het Nederlandse vestigingsklimaat zo aantrekkelijk maken en doorstroomentiteiten faciliteren. Bij de bespreking van de fiscale factoren die het vestigingsklimaat aantrekkelijk maken, wordt ook aandacht besteed aan maatregelen die misbruik van de desbetreffende bepalingen beogen te bestrijden.

2.3.3 Verdragennetwerk

Ten eerste is het verdragennetwerk een belangrijke factor die bijdraagt aan het gunstige fiscale vestigingsklimaat. Nederland is een relatief klein land en de handel met het buitenland is een van

⁷⁶ Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N 2018/2.13*.

⁷⁷ Brief Staatssecretaris van Financiën van 23 maart 2018, nr. 2018-0000046222.

⁷⁸ Gravelle, 'Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion', 15 januari 2015.

⁷⁹ CPB, 'Doorsluisland NL doorgelicht', januari 2019, blz. 4.

de belangrijkste drijfveren van de Nederlandse economie.⁸⁰ Problemen kunnen zich voordoen bij internationale bedrijfsvoering wanneer meer staten vinden dat zij het heffingsrecht hebben over een inkomstenbron. Hetzelfde subject en/of object wordt dan betrokken in de heffing van een aantal landen. Vaak ontstaat aldus dubbele belastingplicht, omdat op basis van de nationale wet van beide jurisdicties over het desbetreffende inkomensbestanddeel belasting mag worden geheven. Dit zijn meestal de bronstaat en de woonstaat, waarbij het inkomen opkomt in de bronstaat en het subject gevestigd is in de woonstaat. Om dit probleem te voorkomen, heeft Nederland bilaterale belastingverdragen afgesloten met verschillende landen.⁸¹ Door het uitgebreide verdragennetwerk van Nederland, hebben multinationale ondernemingen dus uitstekende mogelijkheden om dubbele belastingheffing in Nederland te verrekenen. Voor de vormgeving van deze verdragen volgt Nederland het OESO-modelverdrag.

In de belastingverdragen wordt de heffingsbevoegdheid geregeld wanneer een subject en/of object volgens de nationale wet van twee staten in de heffing wordt betrokken. Dit is het eerste en hoofddoel van de belastingverdragen. De staten kunnen op verschillende manieren tegemoetkomen voor de in het buitenland betaalde belasting. Zo kan er een vrijstelling worden gegeven voor de betaalde belasting, of de belasting die in het buitenland is betaald kan worden verrekend met de te betalen belasting in het woonland. Ook kan de buitenlandse belasting in aftrek worden gebracht op het binnenlandse inkomen. De laatste methode wordt niet vaak toegepast. Nederland kent de vrijstellingsmethode voor actieve inkomstenbronnen als loon en winst.

Naast de vrijstellingsmethode is de verrekeningsmethode een vaak gebruikte voorkomingsmethode voor dubbele belastingheffing. De verrekeningsmethode wordt daarnaast vaak als voorkomingsmethode gebruikt om belastingontwijking te bestrijden. De verrekeningsmethode zorgt er namelijk voor dat de belastingdruk wordt bepaald door de woonstaat.⁸²

Het tweede doel van de bilaterale belastingverdragen is het bestrijden van het ontgaan van belastingen.⁸³ Dit tweede doel is nog vrij beperkt geregeld, omdat het pas sinds de afgelopen jaren van meer belang wordt geacht. Zo is vooral bij de 2017-update van het OESO-modelverdrag meer aandacht besteed aan het bestrijden van belastingontwijking. Volgens de preambule van het OESO-Modelverdrag na de update van 2017, is het voorkomen van belastingontwijking en ontduiking een

⁸⁰ Zie bijvoorbeeld Groenewegen, 'Groeit Nederlandse economie onverminderd hoog: ook in 2018 meer dan drie procent', Economisch Kwartaalbericht Rabobank, 19 maart 2018. In deze publicatie wordt het belang van onze handel met het buitenland uitgelicht.

⁸¹ Uit het verdragenoverzicht van het Ministerie van Financiën per 1 januari 2018 blijkt dat Nederland met een groot aantal landen belastingverdragen heeft afgesloten.

⁸² De Graaf, Kavelaars en Stevens, Internationaal belastingrecht, Fiscale studiereeks, Deventer: Kluwer 2017, paragraaf 2.6.2.3.

⁸³ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 13.

van de hoofddoelen van belastingverdragen.⁸⁴ De OESO beoogt het herziene modelverdrag duidelijker dan voorheen in het kader van misbruikbestrijding te plaatsen door deze nieuwe preambule. Bovendien is het commentaar op artikel 1 OESO-modelverdrag aangepast en artikel 29 ingevoerd, dat ziet op verdragsmisbruik.

De nieuwe paragrafen 54 tot en met 81 van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag gaan in op het oneigenlijke gebruik van belastingverdragen. Het commentaar ten aanzien van verdragsmisbruik is in het kader van de 2017-update ingrijpend herzien en uitgebreid. Deze wijzigingen vloeien voort uit actiepunten 6 van het BEPS-rapport. Deze BEPS-minimumstandaard met betrekking tot verdragsmisbruik wordt verder besproken in paragraaf 4.3.2 van dit onderzoek. Het OESO-commentaar meent dat de verdragsluitende staten de voordelen van een verdrag niet dienen toe te kennen, indien er sprake is van transacties die tot misbruik van de bepalingen van het verdrag leiden.⁸⁵ Volgens par. 61 van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag luidt een grondbeginsel van het verdrag dat verdragsvoordelen niet worden toegekend, indien het verkrijgen van een voordeliger fiscale positie het hoofddoel van een transactie of constructie is. Verder moet de transactie en constructie niet in overeenstemming zijn met doel en strekking van de relevante verdragsbepalingen. Met ingang van de 2017-update veronderstelt het OESO-commentaar dus expliciet een algemene antimisbruikbeginsel dat bij de toepassing van verdragen kan worden ingeroepen, ongeacht of het verdrag eventuele algemene of specifieke antimisbruikbepalingen bevat.⁸⁶

Sinds de 2017-update gaat het OESO-commentaar in par. 66 t/m 80 nader in op verschillende soorten antimisbruikbepalingen. De algemene conclusie van het OESO-commentaar is dat dergelijke antimisbruikbepalingen en leerstukken⁸⁷ over het algemeen niet strijdig zijn met de toepassing van belastingverdragen.

2.3.4 Deelnemingsvrijstelling

De deelnemingsvrijstelling is een faciliteit die Nederland al lange tijd kent. Deze faciliteit is opgenomen in artikel 13 van de Wet Vpb 1969. Volgens deze bepaling zijn voordelen uit hoofde van

⁸⁴ De preambule luidt als volgt:

‘(State A) and (State B),

Desiring to further develop their economic relationship and to enhance their cooperation in tax matters, Intending to conclude a Convention for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third States)

Have agreed as follows:’

⁸⁵ Par. 57 van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag.

⁸⁶ Bosman, *MBB 2018/6-09*, onderdeel 4.2.

⁸⁷ Een voorbeeld is het leerstuk van *fraus legis*.

een deelneming vrijgesteld.⁸⁸ Een participatie in een dochtermaatschappij wordt aangemerkt als deelneming wanneer aan de verschillende eisen uit het desbetreffende artikel wordt voldaan.

De meeste staten kennen een deelnemingsvrijstelling of gelijksoortige bepaling. De deelnemingsvrijstelling zoals deze is opgenomen in de Nederlandse wet kent echter een vrij ruim toepassingsbereik. De deelnemingsvrijstelling is van essentieel belang voor concernvorming. Deze faciliteit maakt Nederland dan ook aantrekkelijk als vestigingsland voor houdstermaatschappijen.

Om oneigenlijk gebruik van de deelnemingsvrijstelling te voorkomen, geldt de deelnemingsvrijstelling niet voor deelnemingen die als belegging worden gehouden, tenzij het kwalificerende beleggingsdeelnemingen betreffen. Voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen wordt de deelnemingsverrekening gehanteerd. Van een beleggingsdeelneming is sprake indien de deelneming als belegging wordt gehouden.⁸⁹ Een beleggingsdeelneming is niet-kwalificerend indien niet wordt voldaan aan de bezittingentoets of aan de onderworpenheidtoets.⁹⁰ Indien sprake is van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming, worden de gebruteerde inkomsten uit de deelneming in de Nederlandse heffingsgrondslag begrepen en wordt een verrekening verleend voor de onderliggende belastingdruk. Deze systematiek leidt er normaliter toe dat de gezamenlijke buitenlandse en Nederlandse belastingdruk op de deelnemingsinkomsten 25% bedraagt.⁹¹

Door het opnemen van de deelnemingsvrijstelling in de fiscale wetgeving, voldoet Nederland aan de eisen van de Moeder-dochterrichtlijn.⁹² Deze Europese richtlijn voorziet ook in een groepsvrijstelling. De voorwaarde voor deze vrijstelling is echter stringenter dan die van onze deelnemingsvrijstelling. Waar bij de deelnemingsvrijstelling een belang van 5% volstaat om in aanmerking te komen voor de vrijstelling, moet de moedermaatschappij een belang van minimaal 10% in haar dochter houden volgens de groepsvrijstelling van de Moeder-dochterrichtlijn.⁹³

Om misbruik te voorkomen, worden de voordelen van de richtlijn uitsluitend toegekend aan de uiteindelijk gerechtigde van de inkomensstroom. Dit om het zogenaamde 'treaty shopping' tegen te

⁸⁸ De voordelen betreffen onder andere dividenden, vermogenswinsten en inkomsten uit winstbewijzen.

⁸⁹ Volgens de oogmerktoets van art. 13 lid 9 Wet Vpb 1969.

⁹⁰ De bezittingentoets en onderworpenheidtoets zijn opgenomen in art. 13 lid 11 Wet Vpb 1969.

⁹¹ Hofman, *TFO 2012/121*, onderdeel 1.

⁹² Nederland kende de deelnemingsvrijstelling al lang voordat de Moeder-dochterrichtlijn werd ingevoerd. De bedrijfsbelasting van 1893 kende al een soort deelnemingsvrijstelling en op 1 januari is de Wet Vpb 1969 in werking getreden. De Moeder-dochterrichtlijn is door de Raad van de Europese Gemeenschap uitgevaardigd in 1990.

⁹³ In art. 3, lid 1, Richtlijn 2011/96/EU is de eis van 10% opgenomen. De vrijstelling van winstbelasting bij de moedermaatschappij staat in art. 4 lid 1 en de vrijstelling van bronstaatheffing op het niveau van de dochter is terug te vinden in art. 5 van de richtlijn.

gaan: het fenomeen waarbij belastingplichtigen zich vestigen in een bepaald land enkel en alleen om gebruik te maken van het gunstige belastingverdragen-netwerk van dat land.⁹⁴ Zodoende kunnen de belastingplichtigen de belastingdruk verlagen. Het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ is ook in de Nederlandse wet opgenomen om misbruik te voorkomen.⁹⁵ Verder kent de Moeder-dochterrichtlijn een algemene antimisbruikbepaling (GAAR) waarmee wordt beoogd misbruikssituaties te bestrijden. Volgens deze bepaling mogen lidstaten de voordelen van de richtlijn niet toekennen indien er sprake is van een constructie of een reeks constructies waarvan het hoofddoel of een van de hoofddoelen het verkrijgen van een belastingvoordeel betreft dat het doel of de toepassing van de richtlijn ondermijnt, en die, alle ter zake dienende feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, kunstmatig is.⁹⁶ Om een geslaagd beroep te kunnen doen op de GAAR moet er zowel aan een subjectieve toets als een objectieve toets worden voldaan. Volgens de subjectieve toets moet het hoofddoel of een van de hoofddoelen zijn het verkrijgen van een belastingvoordeel. De subjectieve toets is daarmee ruim geformuleerd. Er lijkt aan de toets te worden voldaan indien er naast zakelijke redenen ook een fiscale reden aan de rechtshandeling ten grondslag ligt. Aan de objectieve toets wordt voldaan indien het verkrijgen van het belastingvoordeel, het doel van de Moeder-dochterrichtlijn ondermijnt.

De gewijzigde Moeder-dochterrichtlijn is in Nederlandse wetgeving geïmplementeerd door middel van de Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015.⁹⁷ Als gevolg hiervan zijn art. 17, lid 3, onderdeel b Wet Vpb 1969 en art. 1, lid 7, Wet DB 1965 gewijzigd. Art. 17, lid 3, onderdeel b Wet Vpb 1969 betreft de buitenlandse belastingplicht als gevolg van een aanmerkelijk belang en art. 1, lid 7, Wet DB 1965 betreft de inhoudingsplicht voor coöperaties.

2.3.5 Rulingpraktijk

Internationaal opererende ondernemingen hebben te maken met verschillende belastingssystemen. De wetgeving is niet altijd duidelijk en daarom is het voor ondernemingen wenselijk dat er vooraf zekerheid kan worden gevraagd bij de Belastingdienst. Om in Nederland zekerheid vooraf te kunnen krijgen, dient een onderneming aan een aantal cumulatieve voorwaarden te voldoen. De Staatssecretaris van Financiën heeft in een besluit over het verkrijgen van zekerheid vooraf verschillende minimumvereisten aangegeven.⁹⁸

⁹⁴ Bender en Engelen, *WFR 2016/51*, onderdeel 1.

⁹⁵ Het begrip is opgenomen in art. 4, lid 3, Wet DB 1965; art. 25, lid 2, Wet Vpb 1969 en art. 9.2, lid 2, Wet IB 2001.

⁹⁶ Art. 1, lid 2, Richtlijn 2011/96/EU gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

⁹⁷ Wet van 23 december 2015, Stb. 1015, nr. 543.

⁹⁸ Ministerie van Financiën, Besluit van 12 juni 2014, nr. DGB 2014/3101.

De Nederlandse fiscus kent twee verschillende mogelijkheden om vooraf zekerheid te vragen: de Advance Tax Ruling (ATR) en de Advance Pricing Agreements (APA). Deze verschillende afspraken met de belastingdienst om zekerheid te verschaffen, worden hieronder besproken.

Bij een ATR spreekt de belastingplichtige met de belastingdienst af hoe een feit of een samenstel van feiten uitwerkt onder de Nederlandse wetgeving. De belastingplichtige en belastingdienst tekenen dan een overeenkomst waarin de uitwerking van dit betreffende feit wordt uitgewerkt. Hierdoor komt de belastingplichtige achteraf niet voor onverwachte situaties te staan.⁹⁹

Er kan bijvoorbeeld een verzoek voor een ATR worden gedaan wanneer er onzekerheid is over het de toepassing van de deelnemingsvrijstelling of het bestaan van een vaste inrichting.

Een multinational heeft over het algemeen een groot aantal dochterondernemingen. Deze ondernemingen verrichten vaak handelingen voor elkaar en er vinden transacties plaats tussen deze ondernemingen. Voor deze transacties worden prijzen overeengekomen, wat transfer pricing wordt genoemd. Het feit dat deze ondernemingen gelieerd zijn, kan er echter voor zorgen dat onderlinge transacties niet onder zakelijke omstandigheden worden aangegaan. Volgens het totaalwinstbegrip¹⁰⁰ moeten ondernemingen binnen een concern onderling handelen alsof de transacties tussen deze ondernemingen door onafhankelijke partijen in het economisch verkeer zijn overeengekomen. Dit is nogmaals gecodificeerd in de at arm's length-bepaling die ervoor zorgt dat de bewijslast voor het zakelijk handelen bij de belastingplichtige ligt.¹⁰¹

Het bepalen van de prijs alsof deze door onafhankelijke partijen is overeengekomen, kan erg complex zijn. De omstandigheden waaronder een transactie tot stand komt, is bijna nooit identiek aan een ander. Hierdoor zit er een onzeker element in waardoor de fiscus kan beargumenteren dat de onderling overeengekomen prijzen niet at arm's length zijn. Om deze onzekerheid weg te nemen, kan een bedrijf dat aan transfer pricing doet bij de belastingdienst een APA aanvragen. De essentie van een APA is hetzelfde als die van een ATR.

Het Nederlandse rulingbeleid staat al jarenlang onder druk. De Staatssecretaris van Financiën heeft dan ook in november 2018 aangegeven het rulingbeleid aan te gaan passen, zodat er strengere voorwaarden voor het krijgen van zekerheid vooraf worden ingevoerd. De nieuwe regelgeving gaat in vanaf 1 juli 2019 en zorgt ervoor dat bedrijven voor het verkrijgen van een ruling niet louter een postadres in Nederland mogen hebben. Het bedrijf moet substantiële economische activiteiten verrichten in Nederland. Verder moeten de inkomensstromen die het bedrijf aan de Belastingdienst

⁹⁹ De procedures die dienen te worden gevolgd teneinde een advance tax ruling te kunnen afgeven, zijn terug te vinden in Ministerie van Financiën, Besluit van 12 juni 2014, nr. DGB 2014/3099.

¹⁰⁰ Art. 3.8. Wet IB 2001.

¹⁰¹ De at arm's length-bepaling is te vinden in art. 8b Wet Vpb 1969.

opgeeft, in verhouding staan tot die bedrijfsactiviteiten.¹⁰² In deze brief wordt ook aangegeven dat er meer transparantie zal komen met betrekking tot rulings die een internationaal karakter hebben. Deze aanpassing van het rulingbeleid ligt ook in het verlengde van de gedachte om belastingontwijking door middel van substance-loze vennootschappen in fiscale structuren te bestrijden,¹⁰³ zoals eerder besproken in dit hoofdstuk.

2.3.6 Afwezigheid bronheffing op interest en royalties

Nederland heeft nooit een bronstaatheffing op rente- en royaltystromen gekend. Dit in tegenstelling tot andere EU-lidstaten die wel al dergelijke bronstaatheffingen kennen. Er zijn namelijk slechts vier EU-lidstaten die geen bronstaatheffing op royalties hebben ingevoerd. De groep lidstaten zonder bronbelasting op interest is wat groter, dit zijn er namelijk acht. Naast Nederland maken alleen de lidstaten Cyprus en Hongarije van beide groepen deel uit.¹⁰⁴ Wereldwijd zijn er relatief meer landen die geen bronstaatheffing op interest en royalties kennen.¹⁰⁵

Op interest- en royaltybetalingen binnen de EU wordt meestal geen bronbelasting geheven door de werking van de Interest- royaltyrichtlijn. Deze richtlijn is ingevoerd, omdat de Europese interne markt kenmerken bezit van een binnenlandse markt en daarom transacties tussen verschillende lidstaten geen minder gunstige belastingvoorschriften moeten hebben dan transacties in een binnenlandse markt. Met betrekking tot interest en royalties werd niet altijd gewaarborgd dat er geen dubbele belasting geheven werd door de nationale wetgeving in samenhang met belastingverdragen. Om deze problemen uit te bannen werd het voorkomen van belastingheffing over uitkeringen van interest en royalties in de lidstaat waar de betalingen worden gedaan als meest geschikte middel beschouwd.

Nederland heeft artikel 8c in de Wet Vpb 1969 ingevoerd. Dit artikel geeft aan dat binnen concernverband ontvangen en betaalde interest en royalties buiten de fiscale winst worden gehouden. Onder andere door het invoeren van dit artikel, voldoet Nederland aan de Interest- en royaltyrichtlijn.¹⁰⁶ Art. 8c Wet Vpb 1969 gaat echter verder dan noodzakelijk is, omdat deze bepaling ook geldt voor betalingen aan niet EU-staten.

Vaak zijn er in belastingverdragen afspraken gemaakt over de maximale belasting die de bronstaat over dergelijke inkomensstromen mag heffen. Mocht in belastingverdragen heffingsbevoegdheid

¹⁰² Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 22 november 2018, nr. 2018-0000185524.

¹⁰³ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 22 november 2018, nr. 2018-0000185524, blz. 4.

¹⁰⁴ Vleggeert en Vording, *NJB 2018/139*, onderdeel 4.

¹⁰⁵ Zie hiervoor bijvoorbeeld de Withholding tax rates chart van de PwC Worldwide Tax Summaries, via: [http://taxsummaries.pwc.com/ID/Withholding-tax-\(WHT\)-rates](http://taxsummaries.pwc.com/ID/Withholding-tax-(WHT)-rates).

¹⁰⁶ Nederland had dit artikel al ingevoerd in 2002, voordat de Interest- en royaltyrichtlijn in 2003 werd ingevoerd.

worden toegekend aan Nederland als bronstaat, heeft Nederland zeer beperkte mogelijkheid om dit heffingsrecht te effectueren door het ontbreken van een bronstaatheffing op interest en royalties. Nederland kan in dergelijke situaties slechts belasting heffen wanneer de interest- of royaltybetaling in de heffing valt van een belastingwet die we wel kennen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een interestbetaling van een Nederlandse entiteit aan een buitenlandse aandeelhouder over een terbeschikkingstelling.¹⁰⁷ Deze voordelen uit de terbeschikkingstelling worden als resultaat uit overige werkzaamheden in de heffing van de inkomstenbelasting betrokken op basis van art. 3.92 Wet IB 2001. Deze bepaling werkt door naar de buitenlandse belastingplicht in de inkomstenbelasting via art. 7.2 lid 2 onderdeel c Wet IB 2001.

Voor de buitenlandse belastingplicht bij een terbeschikkingstelling door een entiteit is art. 17a onderdeel c Wet Vpb 1969 relevant. Volgens deze bepaling worden de voordelen op een schuldvordering op een in Nederland gevestigde vennootschap, waarin een buitenlands belastingplichtig lichaam een aanmerkelijk belang heeft in de zin van art. 17 lid 3 onderdeel b, fictief tot een Nederlandse onderneming gerekend en zodoende in de heffing van de vennootschapsbelasting betrokken. Art. 17a onderdeel c Wet Vpb 1969 heeft echter een vrij beperkte reikwijdte. De bepaling is van toepassing wanneer een in het buitenland gevestigd lichaam met een aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde vennootschap geld leent en het opgenomen bedrag vervolgens doorleent aan de in Nederland gevestigde vennootschap. Wordt in een dergelijke situatie het geld niet geleend door het buitenlandse lichaam, maar gefinancierd met eigen vermogen, dan is geen sprake van een schuldvordering die samenhangt met een terbeschikkingstelling en worden de voordelen uit de schuldvordering niet met vennootschapsbelasting belast.¹⁰⁸

Het heffingsrecht ten aanzien van interesten uit hoofde van een vordering die een buitenlandse belastingplichtige heeft op een in Nederland gevestigde vennootschap, is veelal toegewezen aan de woonstaat. Uit het Nederlands Fiscaal Verdragsbeleid blijkt ook dat Nederland streeft naar een woonstaatheffing over inkomsten uit interest en royalties.¹⁰⁹

Royalties nemen echter een steeds belangrijke rol in bij fiscale planning. Uit een onderzoek van SEO blijkt dat het aandeel van royalties in de passieve inkomensstromen die door Nederland via bfi's lopen, sterk is toegenomen de laatste jaren.¹¹⁰ In 2004 bedroeg het aandeel van royalties binnen de passieve inkomensstromen circa 10 procent. In 2016 is dit percentage gestegen naar 22 procent van de inkomende passieve inkomensstroom en 30 procent van de uitgaande passieve inkomensstroom. Het kabinet heeft dan ook het voornemen dat in 2021 een conditionele

¹⁰⁷ Er wordt dan belasting geheven op basis van art. 7.2, lid 2, Wet IB 2001.

¹⁰⁸ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2001, nr. AFP2001/920, V-N 2001/66.2, p. 6772.

¹⁰⁹ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, 11 februari 2011, paragraaf 2.7.1 en 2.8.1.

¹¹⁰ SEO, 'Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi's', oktober 2018, blz. 14.

bronstaatheffing op interest en royalties wordt ingevoerd. In hoofdstuk 3 van dit onderzoek wordt het conceptvoorstel voor deze heffing uitvoerig besproken.

2.3.7 Non-fiscale factoren

Naast de fiscale factoren die tot een goed vestigingsklimaat voor multinationale ondernemingen in Nederland leiden, zijn er natuurlijk ook niet-fiscale factoren die het vestigingsklimaat van Nederland voor het internationale bedrijfsleven beïnvloeden. Deze factoren zijn zeker niet ondergeschikt aan de bepalingen die het fiscale klimaat aantrekkelijk maken, want een bedrijf zal zich zelden puur en alleen vanwege fiscale redenen ergens willen vestigen.¹¹¹

Sterker nog, niet-fiscale factoren spelen vaak een belangrijkere rol voor ondernemingen om zich in Nederland te vestigen dan de fiscale faciliteiten. Belangrijke troeven van Nederland als investeringsland zijn van oudsher de kwaliteit van leven, de infrastructuur op het gebied van transport en logistiek en het opleidingsniveau van werknemers. Ook de centrale ligging in Europa, de politieke stabiliteit en de sterke financiële sector zijn punten waarmee ons vestigingsklimaat scoort.¹¹² Het fiscaal klimaat van Nederland blijkt ondergeschikt te zijn aan deze punten.¹¹³

De Macro Economische Verkenning 2019 van het CPB geeft ook aan dat de hoogopgeleide beroepsbevolking, goede infrastructuur, macro-economische en politieke stabiliteit en het aantrekkelijke klimaat voor innovatie Nederland aantrekkelijk maken voor het internationale bedrijfsleven.¹¹⁴

2.4 Deelconclusie

In de media is belastingontwijking door multinationale ondernemingen de laatste jaren een steeds groter thema geworden. De begrippen belastingontwijking en belastingontduiking werden hierbij vaak door elkaar gebruikt. Er bestaat echter een belangrijk verschil tussen beide begrippen. Belastingontduiking is namelijk illegaal en belastingontwijking is legaal. Het gevolg van belastingontduiking en belastingontwijking is vergelijkbaar: het uithollen van de belastinggrondslag, waardoor de zogenaamde fair share niet wordt betaald.

Een eenduidige definitie van de fair share is er niet. Morele waarden zijn aan het begrip verbonden en de ethiek speelt een belangrijke rol bij het definiëren van de fair share. Bovendien blijkt het erg gecompliceerd te zijn om de fair share-gedachte zodanig in de fiscale wetgeving te implementeren, dat de doelstelling van de wetgever wordt gerealiseerd. De fair share-gedachte omvat namelijk

¹¹¹ Albregtse, *WFR 2017/8*, onderdeel 3.2.

¹¹² EY, 'Nederland blijft overtuigen als investeringsland, Barometer Nederlands vestigingsklimaat 2018', blz. 5.

¹¹³ EY, 'Nederland blijft overtuigen als investeringsland, Barometer Nederlands vestigingsklimaat 2018', blz. 6.

¹¹⁴ CPB, 'Macro Economische Verkenning 2019', blz. 14.

verschillende morele waarden en het rechtssysteem kan morele waarden niet uitputtend codificeren. Maatschappelijke discussies over ondernemingen die door middel van fiscale structuren belasting ontwijken zijn het gevolg.

Winstmaximalisatie is een veel voorkomend motief voor bedrijven om belasting te ontwijken. Daarnaast kan een bedrijf ook extern en intern gemotiveerd worden om een moreel aanvaardbare belastingafdracht te betalen. Externe motivatie ontstaat vaak door druk van stakeholders en instanties als de OESO en de EU. Interne motivatie is vaak het gevolg van maatschappelijk verantwoord ondernemen.

Uit verschillende onderzoeken blijkt dat Nederland een belangrijke rol vervult in het faciliteren van fiscale structuren waarbij belastingontwijking beoogd wordt. Deze onderzoeken tonen aan dat dit vaak gebeurt door de vestiging van substance-arme houdstervennootschappen in Nederland. Hierdoor stroomt er een grote hoeveelheid aan passieve inkomsten door ons land. Nederland kende een erg aantrekkelijk vestigingsklimaat voor dit soort vennootschappen. De belangrijkste fiscale kenmerken van dit aantrekkelijke vestigingsklimaat zijn het verdragennetwerk, de deelnemingsvrijstelling, de rullingpraktijk en de afwezigheid van een bronstaatheffing op interest en royalties. Mede door de druk van instanties als de OESO en de EU, bestrijdt Nederland belastingontwijking en substance-loze houdstervennootschappen. De afgelopen jaren zijn er daarom verschillende substance-eisen in antimisbruikbepalingen ingevoerd die belastingontwijking beogen te bestrijden. De invoering van een conditionele bronstaatheffing op interest en royalties moet hieraan gaan bijdragen.

Naast de fiscale factoren zijn er nog non-fiscale factoren die het Nederlandse vestigingsklimaat aantrekkelijk maken voor ondernemingen. Uit onderzoeken blijkt dat deze factoren vaak een belangrijkere rol vervullen bij het aantrekken van het internationale bedrijfsleven dan de fiscale factoren.

Hoofdstuk 3: De bronstaatheffing op interest en royalties

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is belastingontwijking besproken en uiteengezet hoe het fiscaal gunstige vestigingsklimaat van Nederland voor doorstroomvennootschappen belastingontwijking kan faciliteren. Één van de belangrijkste factoren van dit gunstige vestigingsklimaat blijkt de afwezigheid van bronstaatheffingen op interest en royalties te zijn. Het kabinet heeft aangegeven voorop te willen lopen in de bestrijding van belastingontwijking.¹¹⁵ Zodoende wordt er een conditionele bronstaatheffing op interest en royalties ingevoerd.¹¹⁶ Deze bronbelasting is de volgende stap die Nederland zet om belastingontwijking te bestrijden. De bronstaatheffing op interest en royalties moet de grote passieve inkomensstroom die Nederland verlaat naar laagbelastende jurisdicties gaan belasten. Het gaat om een stroom van 22 miljard euro die vrijwel volledig uit rente en royalties bestaat volgens een onderzoek van SEO. Naar verwachting zal deze stroom nagenoeg volledig verdwijnen.¹¹⁷

Eerst wordt de vormgeving van de bronstaatheffing op interest en royalties besproken. Voor de uiteenzetting van de bronstaatheffing op interest en royalties is gekozen om het wetsvoorstel over de bronbelasting die met ingang van 2020 zou worden ingevoerd, als uitgangspunt te nemen. Na de uiteenzetting van het wetsvoorstel, wordt het wetsvoorstel geanalyseerd aan de hand van de in de inleiding besproken toetsingscriteria. Er wordt afgesloten met een deelconclusie.

3.2 Het conceptvoorstel

3.2.1 Invoeren van een bronbelasting op interest en royalties

De beslissing om een bronstaatheffing op interest en royalties in te voeren, betekent een ommezwaai ten opzichte van het verleden. Een aantal jaren geleden verdedigde de Staatssecretaris van Financiën de fiscale faciliteiten die het Nederlandse vestigingsklimaat zo aantrekkelijk maken nog sterk:

“De aan het woord zijnde leden van de CDA-fractie vragen mij in hoeverre ik bereid ben om de fiscale kroonjuwelen: de deelnemingsvrijstelling, de afwezigheid van bronheffing op rente en royalty’s, het uitgebreide verdragennetwerk en het geven van zekerheid vooraf, met hand en tand te verdedigen.

¹¹⁵ Vleggeert en Vording, *NJB 2018/139*, onderdeel 5.

¹¹⁶ Nog recentelijk aangegeven in de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 7 november 2018, nr. 2018-0000179288 naar aanleiding van het onderzoek van Oxfam Novib over de belastingontwijking door farmaceuten.

¹¹⁷ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 6 november 2018, nr. 2018-0000185778, onderdeel 2.3.

*Ik ben van mening dat de door de leden van de CDA-fractie genoemde aspecten van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat sterke punten zijn waarbij ongerichte en disproportionele tegenmaatregelen grote gevolgen kunnen hebben voor ons fiscale vestigingsklimaat.”*¹¹⁸

Dit is niet de enige gelegenheid geweest waar de Staatssecretaris heeft aangegeven vast te willen houden aan deze fiscaal aantrekkelijke faciliteiten.¹¹⁹ Het was dan ook enigszins verrassend dat het kabinet Rutte een einde wil maken aan de situatie waarin brievenbusvennootschappen zich in Nederland vestigen om miljoenen euro's belastingvrij te kunnen rondpompen door het invoeren van een bronstaathelling op interest en royalties.¹²⁰ Pötgens geeft aan dat het Regeerakkoord uit 2017 de Nederlandse reputatie als doorsluisland laat prevaleren boven de economische overwegingen en een lange traditie van de afwezigheid van een bronstaathelling op interest en royalties.¹²¹

3.2.2 Wet Bronbelasting 2020

Het wetsvoorstel voor de bronbelasting op interest en royalties wordt in 2019 aangeboden.¹²² Over de precieze vormgeving van deze belasting zijn dus nog niet alle details bekend. Met Prinsjesdag 2018 is echter het wetsvoorstel Wet Bronbelasting 2020 aangeboden als onderdeel van het Belastingpakket 2019.¹²³ Dit wetsvoorstel kent een vergelijkbare vormgeving als die van de bronbelasting op interest en royalties die het kabinet voor ogen heeft. De Staatssecretaris van Financiën heeft namelijk aangegeven dat de bronbelasting op interest en royalties een vergelijkbare werking zal hebben als die van de Wet Bronbelasting 2020.¹²⁴ Het belangrijkste verschil tussen beide heffingen is het feit dat de bronbelasting uit het Belastingpakket 2019 conditioneel wordt geheven over dividenduitkeringen en dat de bronbelasting, die centraal staat in dit onderzoek, conditioneel wordt geheven over interest- en royaltybetalingen. De Wet Bronbelasting 2020 zou de huidige dividendbelasting gaan vervangen. Het wetsvoorstel Wet Bronbelasting 2020 is later ingetrokken, omdat werd besloten de dividendbelasting niet af te schaffen.¹²⁵ Desalniettemin geeft dit wetsvoorstel een goed beeld van een mogelijke vormgeving voor de bronstaathelling op interest en royalties.

¹¹⁸ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 19 november 2015, nr. IZV/2015/936 U, blz. 4.

¹¹⁹ Zie bijvoorbeeld: Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 22 mei 2013, nr. IFZ2013/216 U; en Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. IFZ/2017/717 U.

¹²⁰ Regeerakkoord 2017: 'Vertrouwen in de toekomst', blz. 37.

¹²¹ Pötgens, *WFR 2017/227*, onderdeel 4.

¹²² Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N 2018/14.2*, onderdeel 2.3.

¹²³ Kamerstuk, 2018-2019, 35028, nr. 2.

¹²⁴ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 26 november 2018, nr. 2018-0000195927.

¹²⁵ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 2018, nr. 2018-0000175261.

Het uitgangspunt van deze bronbelasting is de bestrijding van passieve inkomensstromen die vanuit Nederland worden betaald aan entiteiten gevestigd in een LTJ. Entiteiten gevestigd in LTJ's met een kwalificerend belang in Nederlandse vennootschappen zijn ongewenst in fiscale structuren, omdat er vaak via interest- en royaltybetalingen van deze Nederlandse vennootschappen naar de entiteiten gevestigd in LTJ's belasting wordt ontweken.¹²⁶ Met de voorgenomen conditionele bronbelasting op rente- en royaltybetalingen naar LTJ's zullen rechtstreekse rente- en royaltybetalingen naar deze jurisdicties worden belast met deze bronbelasting. Hierdoor moet worden bewerkstelligd dat Nederland niet langer fungeert als toegangspoort naar laagbelastende landen. Rente- en royaltybetalingen naar andere jurisdicties worden in principe niet belast.

Verder wordt de bronbelasting alleen geheven over interest- en royaltybetalingen tussen gelieerde entiteiten. In concernverhoudingen behoren de betaler en ontvanger van de betalingen tot hetzelfde concern. Hierdoor is er bij het totstandkomen van de transactie in de regel geen tegengesteld, maar een gemeenschappelijk belang. Buiten concernverband is het risico op belastingontwijking kleiner. Partijen zullen dan immers op volstrekt zakelijk basis met elkaar handelen.¹²⁷

De bronbelasting wordt dus slechts geheven over interest- en royaltybetalingen die naar LTJ's binnen concernverband worden gedaan en hierdoor kent de belasting een conditioneel karakter. Verder is de belastingheffing ook van toepassing in misbruiksituaties. De bronstaatheffing moet een afschrikkende werking krijgen en belastingplichtigen moeten eigenlijk geheel voorkomen dat zij binnen de reikwijdte van de bronbelasting vallen.¹²⁸ De verwachte opbrengst van de belasting voor de staatskas wordt dan ook op nihil gesteld.¹²⁹

De inhoudingsplichtige voor de bronbelasting is de entiteit die de interest en royaltybetalingen doet. De bronbelasting wordt geheven van de opbrengstgerechtigde. Dit is de ontvanger van de desbetreffende interest- en royaltybetalingen. Op uitkeringen aan natuurlijke personen is geen bronbelasting verschuldigd.

3.2.3 Definiëring laagbelastende jurisdicties

Slechts wanneer een interest- of royaltybetaling wordt gedaan aan een entiteit gevestigd in een LTJ, kan de bronbelasting van toepassing zijn. De Staatssecretaris zal jaarlijks een lijst publiceren met

¹²⁶ Zie paragraaf 2.3.1 van dit onderzoek.

¹²⁷ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 9 november 2018, nr. 2018-0000188142.

¹²⁸ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 6 november 2018, nr. 2018-0000185778, onderdeel 5.4.

¹²⁹ Kamerstukken II 2017/18, 34 700, nr. 49, blz. 39. Zie ook aant. Redactie van Vakstudie Nieuws, V-N 2017/50.3.

staten die voor de Nederlandse wetgeving worden aangemerkt als LTJ.¹³⁰ Een staat wordt aangemerkt als LTJ wanneer deze is opgenomen op de zwarte lijst van de EU of wanneer het algemeen geldende statutaire tarief van de staat minder bedraagt dan 7%. Dit minimale statutaire tarief van 7% wordt naar alle waarschijnlijkheid verhoogd naar 9%, aangezien deze aanpassing is gemaakt voor de Controlled Foreign Company (CFC) wetgeving. Voor de bronbelasting wordt gebruikgemaakt van dezelfde lijst met landen die als LTJ worden aangemerkt volgens de CFC wetgeving.¹³¹ Hierbij valt op te merken dat het enigszins vreemd is dat voor het tarief niet wordt aangesloten bij het effectieve tarief van 10% uit de winstdrainagebepaling in de vennootschapsbelasting.¹³²

De zwarte lijst van de EU is een lijst met non-coöperatieve jurisdicties. Sinds juni 2019 bestaat de lijst uit 11 staten en deze lijst wordt jaarlijks verschillende keren bijgewerkt.¹³³ Zo bestond deze lijst in december 2017 nog uit 17 jurisdicties. De criteria die de EU hanteert voor deze lijst met betrekking tot de beoordeling van non-coöperatieve jurisdicties, zijn de volgende:¹³⁴

- *Transparantie*. De jurisdictie moet voldoen aan de internationale standaarden met betrekking tot de automatische uitwisseling van informatie en de informatie-uitwisseling op verzoek. Ook moet de jurisdictie het Multilaterale Instrument (MLI) hebben geratificeerd om deze informatie-uitwisseling te vergemakkelijken. Tot juni 2019 vereist de EU dat slechts aan twee van deze drie transparantiecriteriën voldaan moet zijn. Daarna moeten landen aan alle drie de transparantievereisten voldoen om te voorkomen dat ze worden vermeld.
- *Eerlijke belastingconcurrentie*. Het land mag geen schadelijke belastingregimes hebben, wat indruist tegen de principes van de EU-gedragscode of het OESO-forum over schadelijke fiscale praktijken. Jurisdicties die geen winstbelasting kennen of een belastingtarief op winsten van nul hanteren, moeten ervoor zorgen dat dit geen kunstmatige offshore-structuren aanmoedigt zonder economische activiteiten.
- *Reële economische activiteiten*. Het land moet zich ertoe hebben verbonden de BEPS-minimumstandaarden van de OESO te implementeren.

¹³⁰ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 31 december 2018, DB 2018/216528, Stcrt. 2018, 72064.

¹³¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 10.

¹³² Art. 10a, lid 3, onderdeel b Wet Vpb 1969. Ook de reële heffingstoets van de deelnemingsvrijstelling knoopt aan bij dit percentage. Deze bepaling is te vinden in art. 13, lid 11, onderdeel a Wet Vpb 1969.

¹³³ Zie Europese Commissie, 'Common EU list of third country jurisdictions for tax purposes', via: https://ec.europa.eu/taxation_customs/tax-common-eu-list_en voor de meest recente versie van de lijst.

¹³⁴ Zie Europese Commissie, 'Questions and Answers on the EU list of non-cooperative tax jurisdictions', via: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-5122_en.htm.

De jurisdicties op de zwarte lijst voldoen niet aan de criteria en hebben geen of onvoldoende toezegging gedaan om erop te kunnen vertrouwen dat deze landen in de toekomst wel zullen voldoen aan de standaarden. Jurisdicties die niet voldoen aan de criteria, maar hebben aangegeven zich te willen conformeren aan de standaarden van een goede tax governance, komen op een grijze lijst. Deze lijst bestond in mei 2019 uit 34 jurisdicties die tot eind 2019 krijgen om hun wetgeving aan te passen aan de geldende internationale fiscale standaard.¹³⁵

3.2.4 Kwalificerend belang/gelieerdheid

In het wetsvoorstel wordt aangegeven dat de bronbelasting alleen van toepassing is bij uitkeringen aan gelieerde entiteiten. In deze situatie is namelijk meestal sprake van belastingontwijking.¹³⁶ Er is sprake van geleerdheid bij een bezit van minimaal 50% van de stemrechten. Dan kunnen de activiteiten van de gelieerde vennootschap worden bepaald. Daarnaast is er nog sprake van gelieerdheid in twee andere situaties. Ten eerste wanneer een derde partij een kwalificerend belang heeft in zowel het ontvangende als het betalende lichaam. Ten tweede wanneer het ontvangende lichaam behoort tot een samenwerkende groep en deze samenwerkende groep gezamenlijk een kwalificerend belang heeft in het betalende lichaam.

Het criterium van gelieerdheid voor de bronbelasting is afgeleid van jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU).¹³⁷ In deze jurisprudentie is aan de orde gekomen wanneer sprake is van vrijheid van vestiging of vrijheid van kapitaalverkeer bij een schending van de verkeersvrijheden. Het HvJ EU heeft aangegeven dat de vestigingsvrijheid aan de orde is, indien de kapitaaldeelneming de aandeelhouder “een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent dat hij de activiteiten ervan kan bepalen”.¹³⁸ Aandeelhoudersinvloed die geen doorslaggevende invloed geeft, valt dus alleen onder de vrijheid van kapitaal. Door de invulling van het begrip gelieerdheid zoals bij de bronbelasting op interest en royalties, zal de maatregel volgens het EU-recht onder de vrijheid van vestiging vallen en niet onder de vrijheid van kapitaalverkeer.¹³⁹ Er is namelijk sprake van specifieke wetgeving die slechts in gevallen van beslissende aandeelhoudersinvloed toepassing vindt. Bij specifieke wetgeving worden de voorrangsregels met betrekking tot de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaal duidelijk geacht.¹⁴⁰ Wetgeving die alleen toepassing vindt in situaties waarbij sprake is van doorslaggevende invloed, valt onder de vrijheid van vestiging.

¹³⁵ Redactie van Vakstudie Nieuws, *V-N 2018/23.7*.

¹³⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 10.

¹³⁷ Zie hiervoor bijvoorbeeld HvJ EU 13 april 2000, *C-251/98* (Baars), r.o. 22 en 26; HvJ EU 23 oktober 2007, *C-112/05* (Commissie/Duitsland), r.o. 13; en HvJ EU 13 november 2012, *C-35/11* (Test Claimants in the FII Group Litigation (II)), r.o. 98.

¹³⁸ HvJ EU 12 september 2006, *C-196/04* (Cadbury Schweppes), r.o. 31.

¹³⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 10 en 11.

¹⁴⁰ HvJ EG 10 mei 2007, *C-492/04* (Lasertec Gesellschaft für Stanzformen mbH), r.o. 19. Zie voor een uitgebreide uiteenzetting over de voorrangsregel met betrekking tot de vrijheid van vestiging en kapitaal: Hemels en Rompen, *WFR 2010/1058*, onderdeel 3.

Indien de maatregel onder de vrijheid van kapitaalverkeer zou vallen, zou het EU-recht de heffing van de bronbelasting aanzienlijk kunnen beperken. De reden hiervoor is het feit dat de vrijheid van kapitaalverkeer ook ten opzichte van derde landen geldt en dit niet geldt voor de vrijheid van vestiging.¹⁴¹ Onder de vrijheid van kapitaalverkeer is het niet toegestaan om een interest- of royaltybetaling aan een lichaam in een LTJ nadeliger te behandelen dan een interest- of royaltybetaling aan een in Nederland gevestigd lichaam. De bronbelasting op interest en royalties valt onder de vrijheid van vestiging, omdat deze belasting slechts in gelieerde situaties van toepassing kan zijn. Interest- en royaltybetalingen aan entiteiten in andere staten van de EU Europese Economische Ruimte (EER) mogen daarom niet nadeliger worden behandeld dan binnenlandse interest- en royaltybetalingen. Dit zou natuurlijk de mogelijkheid om binnen de EU of EER de bronbelasting te heffen, kunnen begrenzen. Op dit moment wordt echter geen EU of EER staat als LTJ aangemerkt.¹⁴² Hierdoor zullen de Europese verkeersvrijheden de heffing van de bronbelasting niet beperken.

De redactie van Vakstudie Nieuws geeft aan dat het een verstandige beslissing is om de bronbelasting onder de vrijheid van vestiging te laten vallen. Zo wordt voorkomen dat na de invoering van de bronbelasting op korte termijn procedures worden gestart over de toelaatbaarheid van de bronbelasting.¹⁴³

3.2.5 Belastingplicht

Er zijn vier categorieën van belastingplichtigen voor de bronbelasting. Dit betreffen de volgende categorieën:

1. Lichamen gevestigd in een LTJ
2. Vaste inrichtingen gevestigd in een LTJ
3. Hybride entiteiten
4. Kunstmatige tussenhoudsters

Hierna wordt elke categorie uitgewerkt.¹⁴⁴

1. Lichamen gevestigd in een LTJ

Lichamen gevestigd in een LTJ zijn belastingplichtig voor de bronbelasting. Hierbij moet het begrip 'gevestigd' ruim worden opgevat. Dit kan de feitelijke vestigingsplaats, statutaire zetel of land van

¹⁴¹ Art. 63 VWEU.

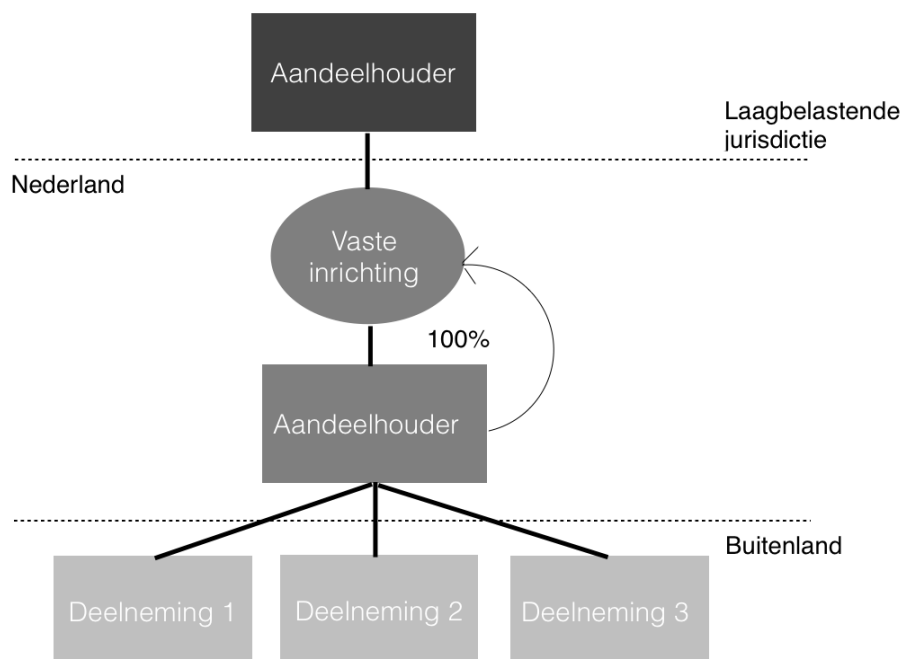
¹⁴² Er komt geen EU of EER staat voor op de volgende lijst: Rijksoverheid, 'Nederland stelt zelf lijst laagbelastende landen vast in strijd tegen belastingontwijking', 28 december 2018.

¹⁴³ Redactie van Vakstudie Nieuws, *V-N 2018/52.9*, onderdeel onderdeel 3.2.

¹⁴⁴ De vier categorieën zijn terug te vinden in art. 2.1 van het Wetsvoorstel Bronbelasting 2020. Zie Kamerstukken II 2018/19, 35 038, nr. 2, blz. 3.

oprichting betreffen. Er wordt niet naar de aanwezige substance gekeken en ook entiteiten met reële activiteiten die zijn gevestigd in een LTJ vallen onder de reikwijdte van de bronbelasting. Dit heeft het kabinet specifiek aangegeven.¹⁴⁵

Indien de aandelen in een Nederlandse entiteit behoren tot een Nederlandse vaste inrichting van een aandeelhouder gevestigd in een LTJ, wordt bij een interest- of royaltybetaling van de Nederlandse vennootschap ook bronbelasting geheven. Voor de definitie van een vaste inrichting wordt aangesloten bij art. 15f Wet VPB 1969. Afbeelding 1 geeft een weergave van deze structuur.

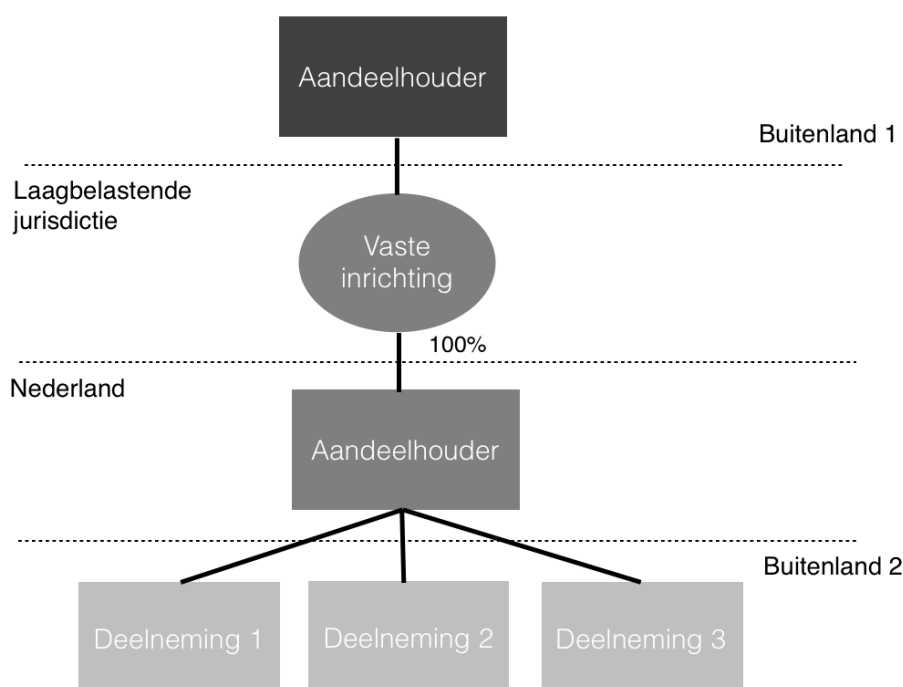


Afbeelding 1: De aandelen in de Nederlandse entiteit behoren tot het vermogen van een vaste inrichting van de aandeelhouder die is gevestigd in een LTJ. Een interest- of royaltybetaling van de Nederlandse entiteit wordt belast met bronbelasting.

2. Vaste inrichtingen gevestigd in een LTJ

Als de aandelen van een Nederlandse vennootschap behoren tot het vermogen van een vaste inrichting die is gevestigd in een LTJ, wordt bronbelasting ingehouden op de interest- en royaltybetalingen van de Nederlandse entiteit. Hierbij is het niet relevant of de aandeelhouder is gevestigd in een LTJ. Deze situatie wordt als dermate vergelijkbaar met een interest- of royaltybetaling aan een lichaam in een laagbelastende jurisdictie geacht, dat is besloten om ook deze betalingen te belasten met bronbelasting. Afbeelding 2 geeft een weergave van deze structuur.

¹⁴⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 9.



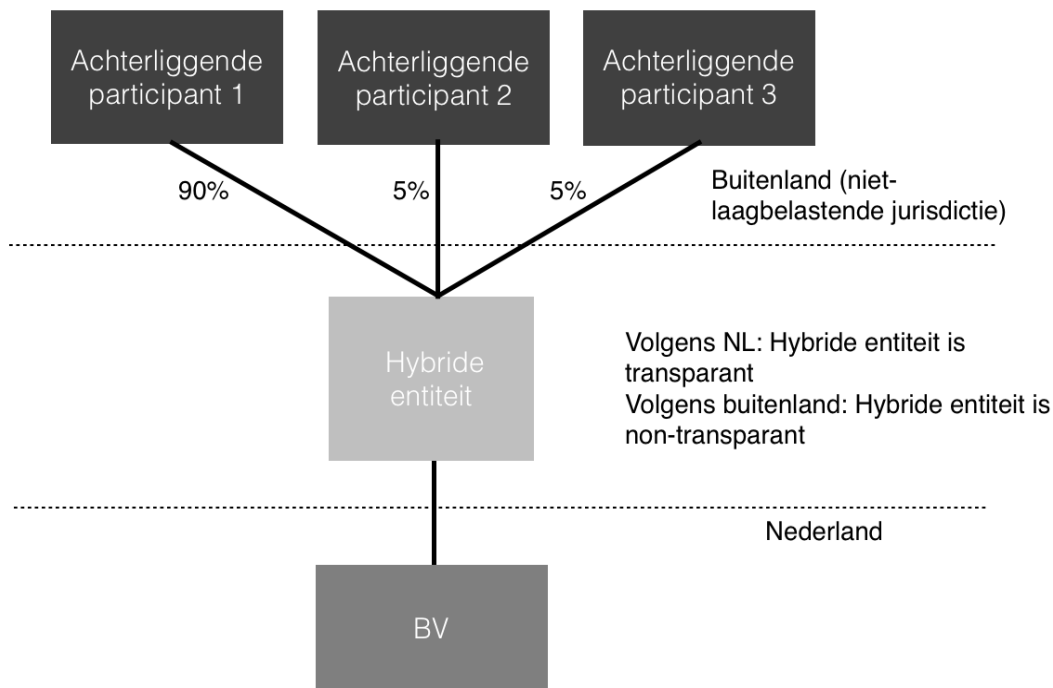
Afbeelding 2: De aandelen van de Nederlandse entiteit behoren tot het vermogen van een vaste inrichting gevestigd in een LTJ. De vaste inrichting behoort tot een entiteit die niet is gevestigd in een LTJ. Over interest- of royaltybetalingen van de Nederlandse entiteit wordt bronbelasting geheven.

3. Hybride entiteiten

Ook een interest- of royaltybetaling aan een hybride entiteit kan in grote mate vergelijkbaar zijn met een betaling aan een lichaam in een laagbelastende jurisdictie. Hiervan is sprake indien de interest- of royaltybetaling wordt ontvangen door een hybride entiteit die ofwel fiscaal nergens is gevestigd, dan wel is gevestigd in een laagbelastende jurisdictie. Dit kan voorkomen als de hybride entiteit naar Nederlands recht transparant is, maar non-transparant is naar het recht van de achterliggende participant in dat lichaam.

Er is in principe geen bronbelasting verschuldigd wanneer de achterliggende aandeelhouder van de hybride entiteit niet is gevestigd in een LTJ. Als de hybride entiteit naar het recht van de jurisdictie van de achterliggende participant wordt gezien als non-transparant, wordt het interest- of royalty-inkomen niet in het inkomen begrepen in deze jurisdictie. Hierdoor zou een interest- of royaltystroom kunnen ontstaan naar een hybride entiteit die ofwel nergens is gevestigd, dan wel is gevestigd in een laagbelastende jurisdictie, zonder dat er bronbelasting verschuldigd is. Om een dergelijke situatie te voorkomen, zijn hybride entiteiten in beginsel belastingplichtig voor de bronbelasting. Voor

de Nederlandse bronbelasting is er eigenlijk sprake van een rechtstreekse interest- of royaltybetaling aan de achterliggende aandeelhouder. Een uitzondering geldt indien de hybride entiteit als gerechtigde tot de betaalde interest of royalties wordt beschouwd. De royalty- en interestinkomsten worden dan belast in het land waar de hybride entiteit is gevestigd.¹⁴⁶ De belastingplichtige of de inhoudingsplichtige moet dit kunnen aantonen. Afbeelding 3 geeft een weergave van een structuur met een hybride entiteit en een uitleg hierbij.¹⁴⁷



Afbeelding 3: Bij deze structuur wordt er een interest- of royaltybetaling gedaan van de BV aan de hybride entiteit. Deze entiteit is op basis van de Nederlandse wet transparant, maar non-transparant op basis van de wet van de jurisdictie waar de achterliggende participanten zijn gevestigd. Volgens de Nederlandse wet zijn de achterliggende participanten dus gerechtigd tot de voordelen van de betaling. De achterliggende participanten zijn niet gevestigd in een LTJ. Naar de maatstaven van de niet-LTJ wordt de hybride entiteit als de gerechtigde tot de betaalde interest of royalties beschouwd.

Er is geen bronbelasting verschuldigd over de betalingen aan participant 2 en participant 3. Deze entiteiten zijn namelijk niet gelieerd aan de Nederlandse BV. Ten aanzien van de interest- of royaltybetaling aan participant 1 is wel bronbelasting verschuldigd, tenzij de participant of de Nederlandse BV aannemelijk maakt dat de hybride entiteit gerechtigd is tot de voordelen van de betaling.

Mocht de hybride entiteit gerechtigd zijn tot de voordelen van de betaling, maar zijn gevestigd in een LTJ, is alsnog bronbelasting verschuldigd.

¹⁴⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 2, blz. 3.

¹⁴⁷ De structuur in deze afbeelding is gebaseerd op de afbeelding uit Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 13.

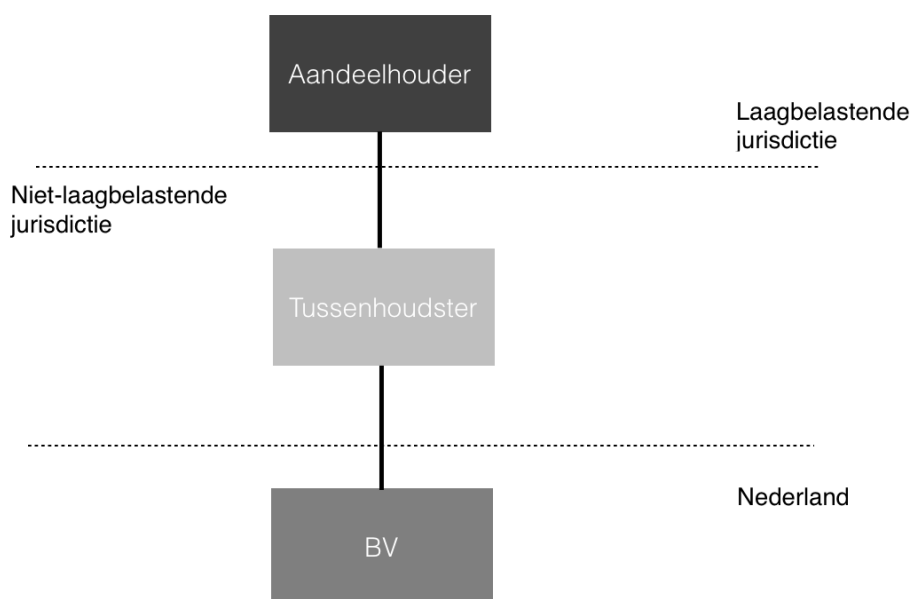
Het is eigenlijk opmerkelijk dat in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel een commanditaire vennootschap als voorbeeld voor de hybride entiteit wordt gebruikt waarbij de achterliggende participanten in de Verenigde Staten zijn gevestigd. De mismatch die zich bij deze structuur voordoet, beoogt ATAD2 namelijk ook te bestrijden. Deze regelgeving wordt geïmplementeerd in de Nederlandse wet vanaf 1 januari 2020.¹⁴⁸ In combinatie met de bronbelasting is dit dubbelop, omdat er bronbelasting wordt ingehouden en bovendien geen kostenaf trek wordt verleend op basis van ATAD2. De samenloop van de bronbelasting op interest en royalties en ATAD2 wordt uitgebreider besproken in hoofdstuk 4 van dit onderzoek.

4. Kunstmatige tussenhoudsters

Het wetsvoorstel bevat een antimisbruikbepaling die voorkomt dat de Nederlandse bronbelasting wordt ontlopen. Dit zou namelijk eenvoudig kunnen door gebruik te maken van een tussenhouder die niet in een LTJ is gevestigd. De aandelen worden dan indirect gehouden door een aandeelhouder in een LTJ en de tussenhouder zal vaak in een jurisdictie gevestigd zijn die geen bronstaatheffing op interest en royalties kent. Afbeelding 4 geeft een weergave van deze structuur.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Op basis van Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹⁴⁹ De structuur in deze afbeelding is gebaseerd op de afbeelding uit Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 13.



Afbeelding 4: De aandeelhouder van de Nederlandse entiteit betreft een tussenhouder en is niet gevestigd in een LTJ. De aandeelhouder van de tussenhouder bevindt zich echter wel in een LTJ. Er kan alsnog bronbelasting verschuldigd zijn over interest- en royaltybetalingen die de Nederlandse entiteit doet, wanneer de antimisbruikbepaling van toepassing is.

Voor de toepassing van deze antimisbruikbepaling worden twee toetsen doorlopen: een objectieve en een subjectieve toets.¹⁵⁰ Bij de objectieve toets wordt beoordeeld of er geen sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie of transactie en bij de subjectieve toets wordt gekeken of het belang in de Nederlandse vennootschap niet wordt gehouden met het hoofddoel of een van de hoofddoelen om bronbelasting bij een ander te ontgaan.

Bij de objectieve toets wordt een constructie in ieder geval niet als kunstmatig beschouwd wanneer deze op grond van zakelijke redenen is opgezet die de economische realiteit weerspiegelen. Hiervoor zijn bij ministeriële regeling relevante substance-voorwaarden opgesteld waaraan een tussenhouder met een schakelfunctie, zijnde het lichaam dat het belang onmiddellijk houdt in de in Nederland gevestigde vennootschap die de interest- of royaltybetaling doet, moet voldoen.¹⁵¹ De voorwaarden betreffen onder meer een loonkostencriterium van minimaal 100.000 euro en het hebben van een eigen kantoorruimte die ter beschikking staat aan de onderneming voor een periode van ten minste 24 maanden. Bovendien moeten ten minste de helft van het totale aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden van de tussenhouder wonen in de staat waarin de

¹⁵⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 14.

¹⁵¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 45. Verder is de objectieve toets uit de antimisbruikbepaling ontleent aan art. 4, lid 3 onderdeel c Wet DB 1965. De substance-voorwaarden zijn terug te vinden in art. 1bis, Uitvoeringsbeschikking Wet DB 1965.

tussenhoudster is gevestigd. De tussenhoudster moet cumulatief aan de eisen van de objectieve toets voldoen. Indien hieraan wordt voldaan, wordt zowel de constructie als de transactie als niet kunstmatig beschouwd. Er is dan sprake van een geldige zakelijke reden die aan de constructie ten grondslag ligt. De antimisbruikbepaling is dan niet van toepassing.

Voor het constateren van een misbruiksituatie lijkt het volstreekte kunstmatigheidsvereiste door recente jurisprudentie van het HvJ EU minder relevant geworden en het is dus de vraag of de objectieve toets uit de antimisbruikbepaling verenigbaar is met het EU-recht. In paragraaf 4.4 van dit onderzoek wordt dieper op deze problematiek ingegaan.

Indien niet cumulatief aan de voorwaarden van de objectieve toets wordt voldaan, wordt door middel van de subjectieve toets beoordeeld of het hoofddoel of één van de hoofddoelen het ontgaan of ontwijken van belastingheffing bij een ander is. Deze subjectieve toets wordt uitgevoerd aan de hand van de zogenaamde 'wegdenkgedachte'. Hierbij wordt gekeken of de tussenhoudster zich in een positie bevindt waarbij zij minder bronstaatheffing moet betalen dan haar directe aandeelhouder. Als dit het geval is, dan wordt het belang geacht te worden gehouden met als hoofddoel of een van de hoofddoelen het ontgaan van de heffing van bronbelasting. Indien de situatie zonder tussenkomst van de kunstmatige tussenhoudster niet zou leiden tot het verschuldigd zijn van bronbelasting, is er geen sprake van het ontgaan van bronbelasting op interest- of royaltybetalingen bij een ander.¹⁵²

Er kunnen situaties voordoen waarbij er sprake is van een structuur met meerdere tussenhoudsters in een rechte lijn boven de Nederlandse entiteit die de interest- of royaltybetaling doet. De subjectieve toets wordt dan herhaald indien de achterliggende entiteit die het belang in een kunstmatige tussenhoudster onmiddellijk houdt, ook als kunstmatig wordt beschouwd op basis van de objectieve toets en niet is gevestigd in een LTJ. Er wordt niet verder doorgekeken wanneer de achterliggende entiteit in een LTJ gevestigd is.¹⁵³

Indien de tussenhoudster niet voldoet aan de voorwaarden van de objectieve toets en er op basis van de subjectieve toets is vastgesteld dat er sprake is van het ontgaan van belastingheffing bij een ander, is de antimisbruikbepaling in principe van toepassing.

Deze maatregel kan ertoe leiden dat een tussenhoudster die in de EU of EER gevestigd is, wordt belast met bronbelasting. Een vergelijkbare betaling aan een in Nederland gevestigde tussenhoudster is niet belast met bronbelasting en dit leidt tot een verschil in behandeling. Volgens jurisprudentie van het HvJ EU wordt het tegengaan van belastingontwijking echter beschouwd als rechtvaardigingsgrond voor een verschil in behandeling.¹⁵⁴ Deze rechtvaardigingsgrond moet echter

¹⁵² Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 14.

¹⁵³ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 47.

¹⁵⁴ Poelmann, Cursus Belastingrecht FBR.5.1.1 D, 2019.

dusdanig beperkt worden uitgelegd dat deze alleen ziet op het ontgaan van belasting door gebruik te maken van kunstmatige constructies. Vandaar dat de objectieve toets in de antimisbruikbepaling is opgenomen. Aan de hand van deze toets wordt namelijk bevestigd of het een kunstmatige constructie betreft, voordat wordt toegekomen aan de subjectieve toets.

Nu is er bij een constructie met een tussenhoudster die gevestigd is in de EU of de EER nog een andere mogelijkheid om aannemelijk te maken dat geen sprake is van het ontgaan van belasting en er activiteiten worden verricht die de economische realiteit weerspiegelen. In 2017 is namelijk een arrest in de zaken *Deister Holding* en *Juhler Holding* gewezen waarin het HvJ EU heeft aangegeven dat alle aspecten van het betreffende geval onderzocht moeten worden om te kunnen vaststellen dat sprake is van een kunstmatige constructie binnen de werkingssfeer van de Moeder-dochterrichtlijn.¹⁵⁵ Volgens het arrest worden onder deze aspecten de economische en organisatorische kenmerken, de structuur en de strategie van het concern verstaan.¹⁵⁶ Er kan dus niet altijd op basis van vooraf vastgestelde criteria worden getoetst of er sprake is van een misbruiksituatie waarbij er belasting wordt ontgaan. Als de tussenhoudster is gevestigd in een derde staat kan geen gebruik worden gemaakt van deze aanvullende tegenbewijsmogelijkheid. In de Nederlandse antimisbruikbepaling uit de bronbelasting zal naar aanleiding van deze jurisprudentie een aanvullende mogelijkheid worden opgenomen om aannemelijk te maken dat geen sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie.¹⁵⁷

Nu is in dit arrest over de werking van de Moeder-dochterrichtlijn geoordeeld, en niet de Interest- en royaltyrichtlijn. Er kan dus niet met zekerheid worden geconcludeerd dat een belastingplichtige een beroep kan doen op dit arrest wanneer hem het verwijt wordt gemaakt dat belasting wordt ontgaan door middel van interest- of royaltybetalingen. Gezien de vergelijkbare werking van de Interest en royaltyrichtlijn en de Moeder-dochterrichtlijn, vind ik het aannemelijk dat de overwegingen van het HvJ EU in de zaken *Deister Holding* en *Juhler Holding* ook opgaan voor de antimisbruikbepaling uit de bronbelasting op interest en royalties.

3.2.6 Tarief en wijze van heffing

Het tarief dat wordt gehanteerd voor de Wet Bronbelasting 2020 is gebaseerd op het reguliere tarief van de vennootschapsbelasting. Dit is dus het tarief bij winsten vanaf 200.000 euro. De Staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven dit tarief ook te gaan hanteren bij de bronstaatheffing op interest en royalties.¹⁵⁸ Het reguliere tarief van de vennootschapsbelasting wordt de komende jaren geleidelijk afgebouwd tot 20,5% in 2021, welk tarief zal gelden wanneer de

¹⁵⁵ HvJ EU 20 december 2017, *C-504/16* en *C-613/16* (*Deister Holding* en *Juhler Holding*).

¹⁵⁶ HvJ EU 20 december 2017, *C-504/16* en *C-613/16* (*Deister Holding* en *Juhler Holding*), r.o. 74.

¹⁵⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 15.

¹⁵⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 16.

bronstaatheffing op interest en royalties wordt ingevoerd.¹⁵⁹ Naar de mening van het kabinet dient het tarief van de bronbelasting gelijk te zijn aan het tarief van de vennootschapsbelasting. De keuze voor dit tarief wordt verder niet onderbouwd. Van een LTJ is sprake wanneer de jurisdictie een statutair tarief van minder dan 9% hanteert. Een bronstaatheffing van 9% zou dan eigenlijk moeten volstaan. Als de staat waar de ontvangende vennootschap van de interest- of royaltybetalingen is gevestigd, geen heffing van minimaal 9% kent, wordt er wel erg fors bijgeheven door het hoge tarief van de bronbelasting. Naar mijn veronderstelling moet het hoge tarief de afschrikkende werking van de bronstaatheffing bevorderen. Desalniettemin zou een nadere toelichting bij deze tariefkeuze wenselijk zijn.

De wijze van heffing van de bronbelasting komt in grote mate overeen met de wijze van heffing van de dividendbelasting. Er is echter voor gekozen om er een tijdvakbelasting van te maken, terwijl de dividendbelasting een tijdstipbelasting is. Uit de memorie van toelichting blijkt dat deze keuze is gemaakt, omdat een tijdvakbelasting beter aansluit bij interest- en royaltybetalingen. Deze betalingen zouden namelijk frequenter worden gedaan dan dividenduitkeringen.¹⁶⁰

Naar mijn mening kunnen de nodige vraagtekens worden geplaatst bij de keuze voor een tijdvakbelasting. Met name voor royaltybetalingen is het niet altijd het geval dat deze frequenter worden gedaan dan dividenduitkeringen. Verder zal het invoeren van een tijdvakbelasting leiden tot een liquiditeitsvoordeel voor de inhoudingsplichtige, omdat deze de ingehouden bronbelasting langer tot zijn beschikking heeft. Voor de fiscus ontstaat er een groter risico met betrekking tot het innen van de bronbelasting. Bovendien is de dividendbelasting een tijdstipbelasting. Er zou meer coherentie tussen de bronbelasting op interest en royalties en de dividendbelasting ontstaan, wanneer de bronbelasting ook de vorm van een tijdstipbelasting krijgt.

De inhoudingsplichtige voor de bronbelasting is de betaler van de interest of royalties. De belastingplichtige is de ontvanger van deze betalingen. De inhoudingsplichtige dient binnen een maand na afloop van het kalenderjaar aangifte te doen en de verschuldigde bronbelasting af te dragen.¹⁶¹

Verder krijgt de bronbelasting het karakter van een eindheffing. Dit in tegenstelling tot de dividendbelasting die het karakter van een voorheffing kent. De bronheffing is hierdoor niet verrekenbaar en er wordt ook geen aftrek van de belasting verleend.

¹⁵⁹ Brief Staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 2018, nr. 2018-0000175261.

¹⁶⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 16.

¹⁶¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 16.

3.3 Analyse van het conceptvoorstel

3.3.1 Algemeen

Nu de technische uitwerking van het wetsvoorstel met betrekking tot de bronbelasting is besproken en enige tekortkomingen daarbij zijn vermeld, wordt in deze paragraaf het wetsvoorstel verder geanalyseerd aan de hand van het toetsingskader dat in hoofdstuk 1 is beschreven. De volgende toetsingscriteria worden behandeld:

- Doeltreffendheid en evenredigheid;
- Rechtszekerheid;
- Uitvoerbaarheid; en
- Doelmatigheid.

Het laatste toetsingscriterium met betrekking tot de internationale en Europese inpasbaarheid wordt in hoofdstuk 4 besproken, aangezien dit criterium zeer omvangrijk geanalyseerd wordt voor de bronbelasting op interest en royalties.

Een belastingwet voldoet aan alle vereisten in de meest ideale situatie, waarbij naar mijn mening de doeltreffendheid en evenredigheid het zwaarst wegen. Een maatregel wordt natuurlijk met een doel ingevoerd en het is dan ook van belang dat de bepaling dit doel dient. Een evenredige belasting gaat niet verder dan het doel van de desbetreffende bepaling. De bronbelasting op interest en royalties beoogt kunstmatige fiscale constructies en doorstroomvennootschappen te bestrijden. Het is niet de bedoeling dat ook entiteiten met voldoende substance worden getroffen door de invoering van een dergelijke belasting. Daarnaast is de rechtszekerheid voornamelijk voor belastingplichtigen van belang. Zij willen namelijk niet voor verrassingen komen te staan wanneer ze in aanraking komen met de bronstaatheffing.

Het is mogelijk dat bepaalde toetsingscriteria elkaar uitsluiten. Zo kan het vergroten van de doeltreffendheid of de rechtszekerheid van een wettelijke bepaling ten koste gaan van de doelmatigheid van de bepaling. In deze paragraaf worden de criteria apart besproken, waarna op basis van de criteria in samenhang wordt beoordeeld of het wetsvoorstel een sluitend geheel vormt. Ook wordt nog aandacht besteed aan de administratieve verplichtingen en transactiekosten die de bronstaatheffing op interest en royalties met zich brengen voor de belastingplichtigen. Deze verplichtingen zijn minder goed thuis te brengen onder een van de toetsingscriteria, maar zijn desalniettemin noemenswaardig.

3.3.2 Doeltreffendheid en evenredigheid

Het doel van de bronbelasting op interest en royalties is het bestrijden van doorstroomvennootschappen en fiscaal kunstmatige constructies waarmee belasting wordt

ontweken. Verder heeft het kabinet aangegeven misbruiksituaties te willen bestrijden met de bronstaatheffing op interest en royalties. Een conditionele bronstaatheffing is ook een goede manier om misbruiksituaties te bestrijden. Jurisdicties worden namelijk ontmoedigd om een LTJ te zijn of een speciaal regime met betrekking tot belastingheffing te hanteren. De bronbelasting kan worden beschouwd als een kwantitatieve vloer in anti-ontwijkingsdoctrines: ongeacht de intenties van de belastingplichtige of de geest van de wet, de bronbelasting is van toepassing als het statutaire belastingtarief te laag is.¹⁶² Wanneer belastingheffing dan onvermijdelijk is, zal een staat prefereren om deze belasting zelf te innen. Om het doel van de bronbelasting te realiseren, moet de bronheffing wel juist worden vormgegeven. Volgens een onderzoek van DNB dragen bfi's nauwelijks bij aan de Nederlandse economie. Slechts 0,9% van de totaal ontvangen belasting wordt door bfi's betaald en deze ondernemingen leveren een bijdrage van 0,1% aan de totale werkgelegenheid in Nederland.¹⁶³ Het is daarom van belang dat deze brievenbusvennootschappen worden getroffen door de bronstaatheffing op interest en royalties, en niet het reële bedrijfsleven. Dan werkt de bronbelasting doeltreffend en wordt het vestigingsklimaat van Nederland het minst geschaad. Als ook het reële bedrijfsleven wordt getroffen door de bronbelasting, zal de maatregel zijn doel voorbijschieten en niet evenredig zijn. Het conditionele karakter van de bepaling en het tarief van de bronheffing zijn hierbij belangrijke factoren.

Het conditionele karakter van de bronbelasting

Het Nederlandse vestigingsklimaat is er volgens de redactie van Vakstudie Nieuws sterk bij gebaat dat deze heffing alleen binnen concernverband geëffectueerd kan worden.¹⁶⁴ Wanneer de bronbelasting ook buiten concernverband van toepassing is, moeten entiteiten in alle situaties waarbij een interest- of royaltybetaling wordt gedaan, rekening houden met de mogelijkheid dat er een bronstaatheffing verschuldigd is. Vooral Nederlandse entiteiten die financiële instrumenten uitgeven of nog gaan uitgeven op de kapitaal- en financiële markten, moeten dan onderzoeken of er mogelijk bronstaatheffing wordt ingehouden op transacties. Een volwaardige bronstaatheffing die een zodanig ruime inhoudingsvrijstelling kent dat het reële bedrijfsleven niet geraakt wordt door de heffing, kan een alternatief zijn voor de conditionele bronstaatheffing. Een dergelijk alternatief wordt uitgebreid besproken in hoofdstuk 5 van dit onderzoek.

Het feit dat de bronstaatheffing alleen over interest- en royaltybetalingen aan entiteiten gevestigd in LTJ's wordt geheven, leidt ertoe dat belastingontwijkende constructies worden bestreden. Dit komt de doeltreffendheid van de bronbelasting ten goede. In de memorie van toelichting ten aanzien van

¹⁶² Vleggeert en Vording, 'A Tax on Aggressive Tax Planning', Universiteit van Leiden, 10 april 2017, blz. 5.

¹⁶³ DNBulletin, 'Bijzondere financiële instellingen van beperkt belang voor Nederlandse economie', 25 oktober 2018.

¹⁶⁴ Redactie van Vakstudie Nieuws, *V-N 2018/14.2*, onderdeel 2.3.

de Wet Bronbelasting 2020 wordt echter aangegeven dat het voor de toepassing van de bronstaatheffing op interest en royalties niet van belang is of bij de betaler of de ontvanger al dan niet sprake is van een reële aanwezigheid in Nederland.¹⁶⁵ Ook voor bedrijven met een reële aanwezigheid kan Nederland namelijk fungeren als toegangspoort naar laagbelastende jurisdicties. Verder wordt in de memorie van toelichting aangegeven dat het in lijn is met de internationale gebruikelijke vormgeving om een bronbelasting niet te beperken tot transacties met brievenbusvennootschappen.¹⁶⁶ De bronbelasting gaat zich daarom vooral richten op uitkeringen van Nederlandse entiteiten aan gelieerde vennootschappen die in laagbelastende jurisdicties zijn gevestigd en het feit dat er voldoende substance in deze entiteiten aanwezig kan zijn, is hieraan ondergeschikt. Dit kan ertoe leiden dat niet alleen doorstroomvennootschappen zonder substance worden bestreden, maar ook het reële bedrijfsleven wordt getroffen door de bronbelasting. Een lichaam dat is gevestigd in een laagbelastende jurisdictie en een belang houdt in een Nederlandse vennootschap, wordt namelijk altijd geconfronteerd met de bronbelasting. Ook als deze vennootschap een onderneming drijft, kan de bronbelasting van toepassing zijn. Van een te bestrijden doorstroomvennootschap is in dat geval geen sprake, maar toch valt deze vennootschap categorisch onder de bronbelasting.¹⁶⁷

Kam geeft in zijn commentaar op het wetsvoorstel van de bronbelasting aan dat alle in een LTJ gevestigde aandeelhouders worden getroffen door de bronbelasting. Dit zal ook gelden voor het reële bedrijfsleven en zelfs wanneer de aandeelhouder is gevestigd in een verdragsland.¹⁶⁸ Dit heeft tot gevolg dat ook niet-kunstmatige structuren worden getroffen door de bronstaatheffing. Een overkill aan belastingplichtigen die rekening moeten houden met de bronbelasting is het gevolg. De redactie van Vakstudie Nieuws erkent dit probleem ook.¹⁶⁹ Dit heeft negatieve effecten voor het Nederlandse vestigingsklimaat als gevolg.

Ik ben het eens met deze kritiek op het wetsvoorstel. De bronbelasting op interest en royalties zou het reële bedrijfsleven niet mogen treffen. Ten eerste wordt het doel, namelijk het bestrijden van belastingontwijking dat plaatsvindt via doorstroomvennootschappen en kunstmatige constructies, niet bereikt. Dit doet afbreuk aan de doeltreffendheid van de bronbelasting. Ten tweede schiet de bronstaatheffing haar doel voorbij, doordat óók entiteiten waarin reële bedrijfseconomische activiteiten worden verricht, rekening moeten houden met een mogelijke belastingplicht voor de bronstaatheffing op interest en royalties. Dit leidt tot een inbreuk op de evenredigheid van de bronbelasting. Een mogelijke manier om het reële bedrijfsleven te ontzien is een tegenbewijsregeling waar belastingplichtigen met niet-kunstmatige structuren zich op kunnen beroepen. Het doel van de

¹⁶⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 9.

¹⁶⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 9, voetnoot 26.

¹⁶⁷ Redactie van Vakstudie Nieuws, *V-N 2018/52.9*, onderdeel 3.1.

¹⁶⁸ Kam, *NTFR 2018/2248*, onderdeel 2.2.

¹⁶⁹ Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N 2018/52.9*, onderdeel 3.1.

bronbelasting kan dan nog steeds gerealiseerd worden en de evenredigheid van de belasting wordt dan ook gewaarborgd.

Verder heeft de bronbelasting een conditionele werking, omdat deze slechts van toepassing is indien de jurisdictie waarin de ontvangende entiteit is gevestigd, een statutair winstbelastingtarief van 9% of minder kent.¹⁷⁰ In de literatuur is er veel kritiek geuit op de keuze om aansluiting te zoeken bij het statutair tarief. Zo wordt er door meerdere auteurs aangegeven dat alle maatregelen die daarop worden gebaseerd willekeurige maatregelen worden.¹⁷¹ Naar mijn mening wordt de doeltreffende werking van de bronbelasting op interest en royalties ook bevordert wanneer aansluiting wordt gezocht bij het effectieve tarief. Er wordt dan namelijk ook rekening gehouden met de belastinggrondslag en niet slechts het statutaire belastingtarief. Een relatief hoog statutair in combinatie met grondslagafwijkingen kan namelijk tot hetzelfde resultaat leiden als een laag effectief tarief.

Het tarief van de bronbelasting

Het tarief dat voor de bronbelasting wordt gehanteerd, is significant hoger dan bijvoorbeeld het tarief van de huidige dividendbelasting. Er wordt namelijk aangesloten bij het reguliere tarief van de vennootschapsbelasting. Ondanks dat het tarief van de vennootschapsbelasting gradueel wordt verlaagd over de komende jaren¹⁷², blijft het een relatief hoog tarief voor een bronstaathelling. De Staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven dat hij dit bij het karakter van de bronbelasting vindt passen.¹⁷³ Deze belasting moet een afschrikkende werking hebben. De budgettaire omvang van de bronheffing op interesten en royalties is in elk geval structureel gesteld op nihil.¹⁷⁴ Naar aanleiding van vragen van de vaste commissie voor Financiën blijkt dat deze inschatting is gebaseerd op de veronderstelling dat in de praktijk de nieuw in te voeren bronbelasting volledig zal worden voorkomen.¹⁷⁵

Wanneer een belastingplichtige echter wordt geconfronteerd met de heffing van deze belasting, wordt hij of zij nog zwaarder gestraft. De bronbelasting is namelijk, in tegenstelling tot de huidige dividendbelasting¹⁷⁶, niet verrekenbaar. Bovendien wordt de bronbelasting niet als aftrekbare last

¹⁷⁰ Evan uitgaande dat het tarief uit de CFC-wetgeving wordt overgenomen. Dit tarief is waarschijnlijk gebaseerd op winstbelasting Hongarije, welk land het laagste winstbelastingtarief van alle EU-lidstaten kent.

¹⁷¹ Zie bijvoorbeeld: Lohuis, *NTFR 2019/289*; en Vleggeert en Vording, *WFR 2019/41*, onderdeel 4.

¹⁷² Brief Staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 2018, nr. 2018-000017526, blz. 2.

¹⁷³ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 16.

¹⁷⁴ Regeerakkoord 2017, 'Vertrouwen in de toekomst', blz. 69.

¹⁷⁵ Kamerstukken II 2017/18, 34 700, nr. 49, blz. 39. Zie ook aant. Redactie van Vakstudie Nieuws, *V-N 2017/50.3*.

¹⁷⁶ Art. 9 lid 2 sub b, Wet IB 2001; en art. 25 lid 1, Wet Vpb 1969.

erkend, waardoor deze van aftrek op betaalde inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting is uitgesloten. De bronheffing betreft dus een eindheffing, en geen voorheffing.

Kam geeft aan dat de bronbelasting kan leiden tot een lastenverhoging voor buitenlandse investeerders in Nederland.¹⁷⁷ Als de opbrengstgerechtigde van de met bronbelasting belaste interest- of royaltybetaling buitenlands belastingplichtig is op basis van art. 17 lid 3 Wet Vpb 1969, is de bronbelasting niet verrekenbaar met de betaalde vennootschapsbelasting. Er ontstaat dan een cumulatieve heffing ter hoogte van het dubbele vennootschapsbelastingtarief.¹⁷⁸ In het jaar waarin de bronstaatheffing op interest en royalties wordt ingevoerd, bedraagt het reguliere tarief voor de vennootschapsbelasting 20,5%. Dit leidt tot een cumulatieve heffing van 41% wanneer de interest- of royaltybetalingen ook worden belast met vennootschapsbelasting. Voor de bestrijding van doorstroomvennootschappen en misbruiksituaties vind ik het begrijpelijk dat een hoog tarief wordt gehanteerd en dat de bronstaatheffing het karakter van een eindheffing krijgt. Het (cumulatieve) tarief heeft een afschrikkende werking en leidt tot een effectieve bestrijding van doorstroomvennootschappen en kunstmatige constructies. Dit komt de doeltreffendheid van de bepaling ten goede.

3.3.3 Rechtszekerheid

De rechtszekerheid van een wet is van belang voor het vertrouwen dat belastingplichtigen hebben in het rechtssysteem van de jurisdictie waar hun onderneming gevestigd is. Een hoge mate van rechtszekerheid heeft een positief effect op het vestigingsklimaat van een land, omdat een belastingplichtige een hoge mate van zekerheid verkrijgt over de fiscale gevolgen van bedrijfsactiviteiten die worden verricht in het desbetreffende land.

De antimisbruikbepaling uit het wetsvoorstel van de bronbelasting is in overeenstemming met de Principal Purpose Test (PPT), die Nederland heeft besloten in te voeren naar aanleiding van de BEPS-minimumstandaarden.¹⁷⁹ Op basis van de PPT worden verdragsvoordelen niet toegekend indien een structuur is opgezet of een transactie is aangegaan met als voornaamste of een van de voornaamste doelen om toegang tot de voordelen van het belastingverdrag te verkrijgen. Door middel van het Multilateraal Instrument (MLI) kan de PPT op efficiënte wijze doorwerken in de bestaande Nederlandse belastingverdragen.¹⁸⁰ Daarnaast zet Nederland erop in om de PPT op te nemen in belastingverdragen waar Nederland bilateraal over onderhandelt. Door de PPT te

¹⁷⁷ Kam, *NTFR 2018/2248*, onderdeel 2.1.

¹⁷⁸ Redactie van Vakstudie Nieuws, *V-N 2018/52.9*, onderdeel 3.4.

¹⁷⁹ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 28 oktober 2016, nr. 2016-0000167694, *V-N 2016/57.5*, onderdeel 2.2.3; en Kamerstukken II, 2016/17, 25 087, nr. 148, blz. 24-25.

¹⁸⁰ Het op 24 november 2016 te Parijs tot stand gekomen Multilateraal Verdrag ter implementatie van aan belastingverdragen gerelateerde maatregelen ter voorkoming van grondslaguitholling en winstverschuiving (Trb. 2017, 86, en Trb. 2017, 194).

codificeren in de bronstaatheffing op interest en royalties, wordt de rechtszekerheid van de bronbelasting versterkt.

De antimisbruikbepaling in het wetsvoorstel bevat zowel een subjectieve als een objectieve toets, net als de PPT.¹⁸¹ Aan de objectieve toets wordt een concrete invulling gegeven door een aantal bij ministeriële regeling te stellen voorwaarden waaraan de tussenhoudster cumulatief moet voldoen.¹⁸² Bij de subjectieve toets wordt naar mijn mening ook aan de hand van een objectief criterium getoetst.¹⁸³ De antimisbruikbepaling is hierdoor goed toepasbaar en dit komt de rechtszekerheid van de bronbelasting ten goede.

3.3.4 Uitvoerbaarheid

De uitvoerbaarheid van een wettelijke bepaling houdt in dat eerbiediging van de regeling kan worden geforceerd. Het kennisniveau en de technische systemen van de Belastingdienst spelen hierbij een belangrijke rol. De Belastingdienst moet namelijk in staat zijn om de relevante factoren die een rol spelen bij de belastingplicht voor de bronbelasting te controleren. Zo moet worden gekeken of een onderneming gelieerde entiteiten in LTJ's heeft. LTJ's zijn goed te identificeren en het is ook vrij eenvoudig na te trekken of een onderneming in LTJ's gevestigd is. Het feit dat de Staatssecretaris van Financiën jaarlijks een lijst met LTJ's publiceert,¹⁸⁴ komt de uitvoerbaarheid van de bronbelasting ook ten goede.

De substance-eisen uit de antimisbruikbepaling zijn gecompliceerder met betrekking tot de uitvoerbaarheid. Het moet namelijk voor de Belastingdienst controleerbaar zijn of de relevante substance ook daadwerkelijk aanwezig is bij een Europese tussenhoudster. Goede samenwerking met andere EU-lidstaten en verdragspartners is hierbij noodzakelijk. Nu heeft Nederland een groot aantal belastingverdragen gesloten en zijn er verschillende manieren om informatie-uitwisseling met andere staten te bewerkstelligen.¹⁸⁵ Hierdoor acht ik de antimisbruikbepaling van de bronbelasting goed uitvoerbaar.

¹⁸¹ In paragraaf 3.2.5 van dit onderzoek worden de objectieve toets en de subjectieve toets van de antimisbruikbepaling uitvoerig besproken.

¹⁸² Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 44.

¹⁸³ De wegedenkgedachte betreft eigenlijk ook een objectieve toets. Hierbij wordt de situatie dat de achterliggende entiteit gevestigd in een LTJ de aandelen direct houdt in de Nederlandse vennootschap, vergeleken met de situatie dat de aandelen via een tussenhoudster worden gehouden.

¹⁸⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 10.

¹⁸⁵ Informatie-uitwisseling vindt meestal plaats op grond van belastingverdragen (zie art. 26 OESO-modelverdrag), op grond van een Tax Information and Exchange Agreement (TIEA), op grond van de Common Reporting Standard (CSR) van de OESO of, binnen de EU, op grond van de Bijstandsrichtlijn (Richtlijn 2011/16/EU).

De Belastingdienst dient voor een adequate uitvoering genoeg mankracht in te zetten. Er moet namelijk actief worden gecontroleerd of de bronbelasting juist wordt uitgevoerd en er op de juiste wijze aangifte wordt gedaan. In tegenstelling tot de dividendbelasting, wordt de bronbelasting op interest en royalties namelijk een tijdvakbelasting.

3.3.5 Doelmatigheid

Bij de doelmatigheid van een wettelijke bepaling wordt er beoordeeld of de maatregel niet leidt tot een ongunstige verhouding van de baten en lasten voor de overheid of de belastingplichtigen die in aanraking komen met de desbetreffende bepaling.

De Belastingdienst moet erop toezien dat de bronbelasting op interest en royalties wordt nageleefd. Zo moeten de aangiften worden gecontroleerd en moet de Belastingdienst afdwingen dat er daadwerkelijk bronbelasting wordt geheven over interest- en royaltybetalingen in misbruiksituaties. De antimisbruikbepaling die wordt opgenomen in de bronbelasting kent een subjectief karakter. Hierdoor zullen er onbetwist discussies ontstaan over de interpretatie van de antimisbruikbepaling tussen de belastingplichtigen en de Belastingdienst. Verder zullen er nieuwe rulingverzoeken worden gedaan naar aanleiding van de bronstaatheffing op interest en royalties. Belastingplichtigen willen immers graag zekerheid vooraf krijgen over een dergelijke bronheffing. Voor de afhandeling van deze controleverplichtingen en rulingverzoeken zal de Belastingdienst mankracht moeten inzetten, wat uitvoeringskosten tot gevolg heeft.

De verwachting is dat de opbrengst van de bronbelasting op interest en royalties verwaarloosbaar wordt.¹⁸⁶ Wanneer de uitvoeringskosten van de bronbelasting worden afgezet tegen de verwaarloosbare opbrengst van de bronheffing, zal de invoering van de desbetreffende belasting leiden tot een derving van de staatskas. De bronbelasting dient een afschrikkende werking te hebben en een stroom aan passieve interest en royalty-inkomsten die door Nederland loopt, te bestrijden. Belastingplichtigen dienen zoveel mogelijk te voorkomen dat ze in aanraking komen met de bronstaatheffing op interest en royalties. Om de doeltreffendheid van de bepaling te vergroten, moet dus worden ingeleverd op de doelmatigheid van de maatregel.

3.3.6 Administratieve verplichtingen en transactiekosten

Ten eerste leidt de invoering van een bronstaatheffing op interest en royalties tot extra administratieve verplichtingen voor in Nederland gevestigde ondernemingen. De aanwezigheid van een bronheffing op interest in internationale verhoudingen zal het aantrekken van vreemd vermogen en het gebruik van immateriële activa compliceren. Dit zal extra administratieve verplichtingen tot

¹⁸⁶ Kamerstukken II 2017/18, 34 700, nr. 49, blz. 39. Zie ook aant. Redactie van Vakstudie Nieuws, V-N 2017/50.3.

gevolg hebben, ook al wordt de bronstaatheffing slechts geheven over interest- en royaltybetalingen aan entiteiten gevestigd LTJ's en betalingen in misbruiksituaties. Zo moeten bedrijven zich erom bekommeren of de bronheffing van toepassing is en wie de bronbelasting binnen het concern feitelijk gaat dragen. De geldverstrekker is de opbrengstgerechtigde voor de bronbelasting en de geldlener zal de inhoudingsplichtige zijn. Wanneer binnen het concern wordt besloten dat de geldlener de bronbelasting feitelijk gaat dragen, moet deze entiteit wellicht bruteren voor de heffing. Verder is het duidelijk dat de administratieve lasten van een maatregel als deze zullen toenemen, door de (potentiële) inhoudingsplicht en de aangifte- en afdrachtverplichtingen die een dergelijke bronbelasting met zich brengt.¹⁸⁷

3.4 Deelconclusie

Het feit dat Nederland nooit een bronstaatheffing op interest en royalties heeft gekend, faciliteert bedrijven om belasting te ontwijken via Nederland. Hier gaat echter verandering in komen door de invoering van een bronbelasting op interest en royalties in 2021. Deze belasting moet een passieve inkomensstroom van 22 miljard euro die naar entiteiten in LTJ's stroomt, bestrijden.

Het wetsvoorstel voor de bronbelasting op interest en royalties wordt in 2019 aangeboden, maar zal vergelijkbaar zijn aan het ingetrokken wetsvoorstel voor de Wet Bronbelasting 2020. Het uitgangspunt van deze bronbelasting is de bestrijding van passieve inkomensstromen die vanuit Nederland worden betaald aan entiteiten gevestigd in LTJ's. Daarom krijgt de bronbelasting een conditioneel karakter en wordt deze slechts geheven over interest- en royaltybetalingen aan gelieerde entiteiten gevestigd in LTJ's en in misbruiksituaties.

Onder LTJ's worden landen verstaan met een effectieve winstbelasting onder de 9% en door de EU aangemerkte non-coöperatieve jurisdicties. Er is sprake van geleerdheid tussen entiteiten indien de activiteiten van de gelieerde vennootschap worden bepaald. Door de vormgeving van het begrip 'gelieerdheid' in het conceptvoorstel, valt de bronbelasting onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging volgens het EU-recht. De bronbelasting kan ook worden geheven in misbruiksituaties waarbij er een kunstmatige tussenhoudster in de structuur zit. Deze kunstmatige tussenhoudster is gevestigd in een EU-staat, maar de aandeelhouder van de tussenhoudster betreft een entiteit die is gevestigd in een LTJ. De bronbelasting zou zo relatief eenvoudig kunnen worden ontweken. Door middel van een objectieve en een subjectieve toets wordt gekeken of toch bronbelasting verschuldigd is in een dergelijke situatie.

¹⁸⁷ Redactie van Vakstudie Nieuws, *V-N 2017/50.3*, onderdeel 2.4.

Voor het tarief van de bronbelasting wordt aangesloten bij het reguliere tarief van de vennootschapsbelasting. Ook wordt de bronbelasting een tijdvakbelasting. Dit in tegenstelling tot de dividendbelasting, die een tijdstipbelasting is.

Om te bepalen of het wetsvoorstel van de bronbelasting een sluitend geheel vormt, wordt getoetst aan verschillende criteria.

Ten eerste wordt op basis van de doeltreffendheid en evenredigheid beoordeeld of de belasting het beoogde doel kan realiseren, zonder dat de bepaling zijn doel voorbijschiet. Zo mag de bronbelasting het Nederlandse vestigingsklimaat niet onnodig schaden en mag het reële bedrijfsleven niet onder de reikwijdte van een dergelijke bronheffing vallen. Het oorspronkelijke doel van de bronstaatheffing is namelijk het voorkomen van belasting ontwijkende structuren. Voor de toepassing van de bronstaatheffing op interest en royalties is het echter niet van belang of bij de betaler of de ontvanger al dan niet sprake is van een reële aanwezigheid in Nederland. Ook als deze vennootschap een onderneming drijft, kan de bronbelasting van toepassing zijn. Van een te bestrijden doorstroomvennootschap is dan echter geen sprake. Een mogelijke oplossing voor dit knelpunt is een tegenbewijsregeling waar belastingplichtigen met niet-kunstmatige structuren zich op kunnen beroepen. Het relatief hoge tarief van de bronheffing op interest en royalties verhoogt daarentegen wel de doeltreffendheid van de bepaling.

Ten tweede moet de bronbelasting rechtszekerheid bieden voor de belastingplichtigen. De rechtszekerheid wordt voornamelijk gewaarborgd, doordat bij de antimisbruikbepaling aansluiting wordt gezocht met de PPT.

Ten derde moet de wettelijke bepaling uitvoerbaar zijn. De Belastingdienst moet in staat zijn om de relevante factoren die een rol spelen bij de belastingplicht voor de bronbelasting, te controleren. Door het groot aantal belastingverdragen dat Nederland heeft gesloten en de verschillende manieren om informatie uit te wisselen tussen verschillende staten, acht ik de bronbelasting goed uitvoerbaar. Het vierde toetsingscriterium betreft de doelmatigheid. Hierbij wordt een afweging van de baten en lasten van desbetreffende bepaling gemaakt. De bronbelasting heeft uitvoeringskosten tot gevolg en de verwachting is dat de opbrengst van de bronbelasting op interest en royalties verwaarloosbaar wordt, hetgeen per saldo leidt tot een derving van de staatskas.

Ten slotte leidt de bronbelasting tot extra administratieve verplichtingen en transactiekosten. Dit geldt met name voor ondernemingen die actief zijn op financiële markten.

Het volgende schema geeft een overzicht van de verschillende toetsingscriteria die in dit hoofdstuk zijn behandeld en de scores van het conceptvoorstel op deze criteria.

Toetscriterium	Conceptvoorstel
Doeltreffendheid en evenredigheid	+
Rechtszekerheid	++
Uitvoerbaarheid	0
Doelmatigheid	- -

Hoofdstuk 4: Internationale en Europese aspecten

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is de werking van de bronbelasting op interest en royalties besproken aan de hand van het Wetsvoorstel Bronbelasting 2020. Verder is in dat hoofdstuk het wetsvoorstel beoordeeld aan de hand van verschillende toetsingscriteria. De internationale en Europese inpasbaarheid is hierbij nog niet aan de orde gekomen; die problematiek komt in het onderhavige hoofdstuk aan de orde.

De internationale en Europese inpasbaarheid van een bepaalde wettelijke bepaling is door de fiscale globalisering de afgelopen jaren van groot belang geworden. Zo moet ervoor worden gezorgd dat in lijn wordt gehandeld met zowel Europese regelgeving, zoals het verbod op staatssteun, de verschillende Europese richtlijnen en de vrije verkeersbepalingen), als de wereldwijde niet rechtens afdwingbare richtlijnen (zoals de BEPS-actiepunten van de OESO).

Nederland wil vooroplopen in de strijd tegen belastingontwijking en de bronbelasting op interest en royalties moet hieraan gaan bijdragen.¹⁸⁸ Nu wordt er al lange tijd binnen het internationale politieke beleidsdebat een discussie gevoerd over de rol van bronstaatheffingen met betrekking tot het bevorderen van de Europese interne markt en de strijd tegen belastingontwijking. Deze discussie wordt in dit hoofdstuk eerst verder toegelicht.

Vanuit de OESO en de EU zijn er verschillende initiatieven ontstaan om belastingontwijking te voorkomen. In het onderhavige hoofdstuk wordt beoordeeld in hoeverre de bronbelasting in overeenstemming is met het BEPS-actieplan en ATAD. Vervolgens wordt beschreven of een bronbelasting op interest en royalties in overeenstemming is met de Interest- en royaltyrichtlijn. Nederland is immers gebonden haar wetgeving te conformeren aan deze richtlijn. Hierna wordt aandacht besteed aan de problematiek van staatssteun in relatie tot de bronbelasting. Een bronbelasting op interest en royalties mag er niet toe leiden dat een belastingplichtige selectief wordt bevoordeeld, omdat er dan strijdigheid met het EU-recht ontstaat.¹⁸⁹

Nederland heeft een groot aantal belastingverdragen gesloten met andere staten.¹⁹⁰ De invoering van een bronstaatheffing op interest en royalties heeft ongetwijfeld gevolgen voor de toepassing van deze verdragen en toekomstige verdragsonderhandelingen. Ook deze problematiek komt in dit hoofdstuk aan bod. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie.

¹⁸⁸ Vleggeert en Vording, NJB 2018/139, onderdeel 5.

¹⁸⁹ Op basis van art. 107 lid 1 VWEU.

¹⁹⁰ Zie paragraaf 2.3.3 van dit onderzoek voor een uiteenzetting over het Nederlandse verdragennetwerk.

4.2 Het internationale beleidsdebat met betrekking tot bronheffingen

De traditionele gedachte over bronstaatheffingen probeert de balans te vinden tussen twee overwegingen: het waarborgen van de heffingsrechten van de bronstaat en het wegnemen van investeringsbelemmeringen.¹⁹¹ Het internationale belastingsysteem is er gedurende de twintigste eeuw altijd op gericht bronstaatheffingen zoveel mogelijk in te perken, vooral met betrekking tot inkomensstromen binnen concernverband. Zo is het verminderen van bronstaatheffingen op passieve inkomsten een van de hoofddoelen van belastingverdragen, en een van de hoofdgedachten achter het OESO-modelverdrag.¹⁹² Ook het fiscaal beleid van de EU is gericht op het verminderen van bronstaatheffingen en zo interne fiscale grenzen zoveel mogelijk weg te nemen.¹⁹³ Bronbelastingen op de inkomensstromen tussen gelieerde entiteiten werden dus altijd beschouwd als belemmeringen voor een efficiënte allocatie van middelen binnen multinationale ondernemingen. Hoe lager de bronstaatheffingen, hoe beter. De enige reden om te pleiten voor een bronstaatheffing betrof het verdedigen van de heffingsbevoegdheid van de bronstaat. De woonstaat geeft hierbij een vrijstelling of verrekening van de belasting. Het voor of tegen een bronheffing zijn, werd vroeger dus bepaald door de positie die iemand innam bij de toewijzing van belastinginkomsten tussen de woonstaat en de bronstaat.¹⁹⁴

Het debat over bronstaatheffingen begint de afgelopen jaren echter een andere invulling te krijgen, namelijk als middel om kunstmatige winstverschuivingen te bestrijden. Conditionaliteit is het opkomende thema op dit gebied. Bronstaatheffingen op inkomensstromen tussen gelieerde entiteiten kan de voordelen van tax planning door multinationale ondernemingen verminderen. Een conditionele bronstaatheffing verschilt fundamenteel van een volwaardige bronstaatheffing, zoals deze vaak wordt gebruikt door staten: het doel is niet om belasting te heffen door de bronstaat, maar het bestrijden van inkomensstromen die worden betaald aan entiteiten gevestigd in LTJ's. De conditionele bronbelasting is namelijk alleen van toepassing op inkomensstromen die naar LTJ's gaan. Als gevolg hiervan worden LTJ's aangespoord om hun effectieve belastingtarieven over inkomensstromen binnen een concern te verhogen.¹⁹⁵

¹⁹¹ Vleggeert en Vording, 'A Tax on Aggressive Tax Planning', Universiteit van Leiden, 10 april 2017, blz. 2.

¹⁹² Op basis van het OESO-modelverdrag wordt de heffing over dividenden (art. 10), interest (art. 11) en royalties (art. 12) in beginsel toegekend aan de woonstaat.

¹⁹³ De Moeder-dochterrichtlijn (Richtlijn 2011/96/EU) en de Interest- en royaltyrichtlijn (Richtlijn 2003/49/EG) hebben mede als doel het uitbannen van bronheffingen op dividenden, interestbetalingen en royaltybetalingen aan verbonden lichamen tussen lidstaten.

¹⁹⁴ Vleggeert en Vording, 'A Tax on Aggressive Tax Planning', Universiteit van Leiden, 10 april 2017, blz. 3.

¹⁹⁵ Vleggeert en Vording, 'A Tax on Aggressive Tax Planning', Universiteit van Leiden, 10 april 2017, blz. 4.

4.3 De bronbelasting in relatie tot het BEPS-actieplan en ATAD

4.3.1 Inleiding over het BEPS-actieplan en ATAD

Vanuit de OESO en de EU wordt al langere tijd druk uitgeoefend op staten om door middel van strengere fiscale wetgeving kunstmatige winstverschuivingen door ondernemingen tegen te gaan. Deze organisaties willen bereiken dat multinationals een redelijke bijdrage aan de schatkist betalen in landen waarin zij activiteiten ontplooiën: de zogenoemde ‘fair share’ die uitgebreid in hoofdstuk 2 van dit onderzoek is besproken. Om dit te bereiken, is het nodig dat landen hun belastingregels aanpassen. Deze oproep heeft er onder meer toe geleid dat de OESO een onderzoek is gestart naar Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) door multinationals.¹⁹⁶ Naar aanleiding hiervan is de OESO in oktober 2015 gekomen met een definitief rapport betreffende actiepunten voor het tegengaan van BEPS.¹⁹⁷ De EU heeft in een reactie op dit rapport ook maatregelen genomen om belastingontwijking tegen te gaan en de aanbevelingen van de OESO zo consistent mogelijk te implementeren: de ATAD waarvan in januari 2016 het voorstel werd ingediend door de Europese Commissie.¹⁹⁸

Deze antibelastingontwijkingsrichtlijn wordt in twee delen in de nationale wet geïmplementeerd, namelijk ATAD1 en ATAD2. Hierbij implementeert ATAD1 een aantal OESO BEPS-actiepunten op EU-niveau en biedt een minimumharmonisatie ter bescherming van de grondslagen van de lidstaten van de Europese Unie. De wet waarmee ATAD1 in de Nederlandse wet wordt geïmplementeerd, is vanaf 1 januari 2019 in werking getreden. ATAD2 moet in principe uiterlijk per 1 januari 2020 zijn geïmplementeerd en is gericht op het tegengaan van het gebruik van hybride entiteiten of hybride instrumenten. Hybride mismatches kunnen tot dubbele niet-heffing leiden, omdat de fiscale kwalificatie van bijvoorbeeld een entiteit of geldverstrekking in het ene land anders is dan in het andere land. Het akkoord van de EU-lidstaten moet ertoe leiden dat hybride mismatches tussen EU-landen en landen buiten de EU worden tegengegaan. Voor de Europese inpasbaarheid van de bronbelasting is het van belang dat deze belasting in overeenstemming is met zowel ATAD1 als ATAD2. Hierna worden het BEPS-actieplan en ATAD in relatie tot de bronbelasting op interest en royalties besproken.

4.3.2 Het BEPS-actieplan en de bronbelasting op interest en royalties

Initieel zouden bronbelastingen op financiële transacties tussen gelieerde entiteiten deel uitmaken van het BEPs-actieplan. Een voorstel hiervoor is opgenomen in een rapport dat de OESO in 2013 publiceerde met betrekking tot het bestaan en de omvang van grondslaguitholling en kunstmatige winstverschuivingen waaraan fiscale redenen ten grondslag liggen.¹⁹⁹ In de finale voorstellen van

¹⁹⁶ Engelen, NDFR 2013/158.

¹⁹⁷ Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N 2015/56.4*.

¹⁹⁸ Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹⁹⁹ OESO, ‘Base Erosion and Profit Shifting’, februari 2013, OECD publishing, blz. 10.

het BEPs-actieplan komen geen bronstaatheffingen voor, maar er worden wel voorzichtige ideeën genoemd. Hierbij is actiepunt 6 vooral van belang, wat aangeeft dat verdragsvoordelen geweigerd kunnen worden in ongepaste situaties. Het rapport voor actie 6 van het BEPS-Actieplan van de OESO bevat een minimumstandaard voor maatregelen die landen zouden moeten nemen tegen verdragsmisbruik. Verdragsmisbruik wordt namelijk gezien als een van de belangrijkste oorzaken van grondslaguitholling en winstverschuivingen.²⁰⁰ Actiepunt 6 werkt twee maatregelen uit tegen verdragsmisbruik: een Limitation-On-Benefitsbepaling (LOB-bepaling) en een Principal Purposes Test (PPT). Bij de minimumstandaard waaraan de deelnemende landen zich hebben gecommitteerd, kan er gekozen worden uit de verschillende maatregelen. Ter implementatie van de BEPS-minimumstandaard mogen staten kiezen uit een van de volgende alternatieven:²⁰¹

1. het opnemen van een PPT.

Op grond van de PPT worden verdragsvoordelen ten aanzien van een inkomensbestanddeel ontzegd indien het verkrijgen van het verdragsvoordeel een van de voornaamste redenen was voor een structuur of transactie die direct of indirect tot dat voordeel heeft geleid (de subjectieve toets). Het verdragsvoordeel wordt toch toegekend indien wordt vastgesteld dat het toekennen van het voordeel in overeenstemming is met doel en strekking van de relevante verdragsbepaling (de objectieve toets).

2. het opnemen van een gedetailleerde LOB-bepaling aangevuld met een anticonduitbepaling.

Op grond van de LOB-bepaling worden verdragsvoordelen alleen toegekend indien aan de, veelal zeer technische en complex geformuleerde, voorwaarden is voldaan.

3. het opnemen van een vereenvoudigde LOB-bepaling in combinatie met de PPT.

De vereenvoudigde LOB-bepaling mag alleen in combinatie met de PPT toegepast worden.

Verder staat de PPT in beginsel los van de LOB-bepaling. Dit betekent dat de PPT bovenop de LOB-bepaling komt, indien beide bepalingen in een verdrag zijn opgenomen.

Nederland heeft de BEPS-minimumstandaard geïmplementeerd door het opnemen van een PPT, en heeft afgezien van het opnemen van de gedetailleerde LOB-bepaling, dan wel de vereenvoudigde LOB-bepaling in aanvulling op de PPT.²⁰²

²⁰⁰ OESO, 'Base Erosion and Profit Shifting', februari 2013, OECD publishing, blz. 18.

²⁰¹ OESO, 'BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, peer review documents', mei 2017, blz. 11.

²⁰² Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 28 oktober 2016, kenmerk 2016-0000167694, V-N 2016/57.5, onderdeel 2.2.3; en Kamerstukken II, 2016/17, 25 087, nr. 148, blz. 24-25.

De bronstaatheffing op interest en royalties wordt onder andere in misbruiksituaties met kunstmatige tussenhoudsters geheven. De subjectieve toets en de objectieve toets uit de PPT zijn ook opgenomen in deze antimisbruikbepaling. Dit komt de internationale inpasbaarheid van de bronbelasting ten goede.

In de literatuur is de nodige kritiek geuit op het BEPS-actieplan. Hierbij komt vaak terug dat de neiging van staten om een concurrerend belastingbeleid te voeren, niet effectief wordt bestreden. Zo heeft de BEPS Monitoring Group het volgende aangegeven:

*“Regrettably also, several of the initially sensible proposals have been greatly weakened by the insistence of some powerful OECD states on preserving their preferred tax breaks for business, generally in the name of national ‘competitiveness’.”*²⁰³

Panayi geeft aan dat het BEPS-actieplan een goed initiatief vormt voor een start van een hervorming van het internationale fiscale systeem. Zij vindt echter dat de OESO de lat niet erg hoog legt voor de deelnemende staten, aangezien het merendeel van de actiepunten uit aanbevelingen en minimumstandaarden bestaan.²⁰⁴ Belastingconcurrentie tussen staten wordt zo niet voldoende voorkomen.

Ook Vleggeert vindt dat het BEPS-project een stap in de juiste richting is, maar dat slechts een deel van de grondslaguitholling wordt opgelost.²⁰⁵

Om kunstmatige winstverschuivingen en grondslaguitholling door ondernemingen te voorkomen, moet er een gedragsverandering plaatsvinden met betrekking tot het fiscale beleid van verschillende staten. De drijfveer van staten om een laag effectief winstbelastingtarief te hanteren, moet worden ontnomen. Zolang staten een motief hebben om zich niet te conformeren aan de internationale consensus, dan kan deze internationale consensus geen stabiel draagvlak voor de lange termijn vormen.

Een conditionele bronstaatheffing op interest en royalties kan een goede aanvulling zijn op het BEPS-actieplan. Een dergelijke belasting legt namelijk altijd een belastingdruk op interconcern royalty- en interestbetalingen die worden betaald aan entiteiten in jurisdicties met lage belastingtarieven of speciale fiscale regimes. Het voordeel van een staat om een LTJ te zijn of een speciaal fiscaal regime te hanteren, wordt op deze manier verminderd. Bovendien worden staten

²⁰³ BEPS Monitorings groep, ‘Overall Evaluation of the G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project’, blz. 3, via: <https://bepsmonitoringgroup.files.wordpress.com/2015/10/general-evaluation.pdf>.

²⁰⁴ Panayi, ‘International Tax Law in the Post-BEPs World’, Singapore Management University School of Accountancy, Research Paper n. 2016-S-47, blz. 58.

²⁰⁵ Vleggeert, *WFR 2016/47*, onderdeel 5.

aangespoord om zelf belasting te heffen over inkomende interest- en royaltystromen.²⁰⁶ Als er voldoende winstbelasting bij de ontvangende entiteit wordt geheven, wordt de conditionele bronbelasting namelijk niet geëffectueerd. En als belastingheffing over de interest- en royaltystromen toch niet te voorkomen is, zal een staat prefereren zelf over deze inkomende interest en royalties te heffen.

4.3.3 ATAD en de bronbelasting op interest en royalties

ATAD1 implementeert een aantal OESO BEPS-actiepunten op EU-niveau en biedt een minimumharmonisatie ter bescherming van de grondslagen van de lidstaten van de EU. De inpasbaarheid van de bronbelasting op interest en royalties met betrekking tot ATAD1 komt dus overeen met hetgeen in de vorige paragraaf is besproken. Verder komen de criteria van de antisubstansiebepaling uit de bronbelasting op interest en royalties overeen met de criteria die in de antisubstansiebepaling van art. 6 ATAD1 worden gehanteerd.

Noemenswaardig is nog de earningsstrippingmaatregel²⁰⁷ die vanaf 1 januari 2019 is geïmplementeerd in de Nederlandse fiscale wetgeving. Deze maatregel voorziet in een algemene renteaftrekbeperking en is dus van toepassing op alle leningen, zowel interne als externe leningen. Interestbetalingen over interne leningen kunnen echter ook geconfronteerd worden met de bronstaatheffing op interest en royalties, indien de rentebetalingen worden gedaan aan een gelieerde entiteit die in een LTJ is gevestigd of sprake is van een misbruiksituatie. Een interestbetaling wordt dan op basis van de earningsstrippingmaatregel uitgesloten van aftrek, indien deze van toepassing is. Verder wordt er ook nog eens bronbelasting over de interestbetaling geheven. Toepassing van zowel de bronstaatheffing als de earningsstrippingmaatregel vind ik te ver gaan en een volledige afstemming tussen beide maatregelen is gewenst. Voor een oplossingsrichting verwijs ik naar paragraaf 5.2 van dit onderzoek.

ATAD2 is gericht op het tegengaan van het gebruik van hybride entiteiten of hybride instrumenten. Deze tweede EU-antibelastingontwikkelingsrichtlijn moet in beginsel voorzien in een fiscale vestiging voor hybride entiteiten. Hybride entiteiten worden ook belastingplichtig voor de bronbelasting op interest en royalties.

Naar de mening van de redactie van Vakstudie Nieuws zal er voor betalingen vanuit Nederland ook nog aandacht moeten worden geschonken aan de samenloop met conditionele bronheffing op interest en royalties. Het lijkt hen te ver door te schieten, indien én de aftrek wordt geweigerd op basis van de wet die ATAD2 implementeert én daarnaast bronheffing dient te worden ingehouden over de interest- of royaltybetalingen, omdat bij de ontvanger niet (voldoende) wordt geheven, of

²⁰⁶ Vleggeert en Vording, 'A Tax on Aggressive Tax Planning', Universiteit van Leiden, 10 april 2017, blz. 5.

²⁰⁷ art. 4 Richtlijn (EU) 2016/1164.

omdat er sprake zou zijn van een misbruiksituatie.²⁰⁸ Dit lijkt mij ook dubbelop en verdere afstemming tussen de bronbelasting en ATAD2 is dus noodzakelijk. Een mogelijke oplossing om een betere samenloop tussen ATAD2 en de bronbelasting te bewerkstelligen, wordt in paragraaf 5.2 van dit onderzoek uiteengezet.

4.4 De bronbelasting in relatie tot de Interest- en royaltyrichtlijn

Op basis van de Rente- en royaltyrichtlijn mag een rente- of royaltybetaling aan een verbonden lichaam dat is gevestigd in een andere EU- of EER-lidstaat onder nadere voorwaarden niet met bronbelasting worden belast, indien de onderneming die de inkomsten ontvangt de uiteindelijk gerechtigde is tot deze inkomsten.²⁰⁹ Volgens het HvJ betekent dit dat deze onderneming de economisch gerechtigde tot die inkomsten is en in overeenstemming daarmee de vrije beschikkingsmacht heeft over de inkomsten. Geen EU- of EER-lidstaat wordt beschouwd als LTJ volgens de lijst van de Staatsecretaris met laagbelastende jurisdicties.²¹⁰ Wanneer de uiteindelijk gerechtigde tot een interest- of royaltybetaling in een EU- of EER-lidstaat is gevestigd, zal de Interest- en royaltyrichtlijn de werking van de bronbelasting op interest en royalties dus niet beperken.

Ook als de ontvanger van de inkomsten als uiteindelijk gerechtigde kan worden aangemerkt, kunnen de voordelen die uit de richtlijn voortvloeien aan belastingplichtige worden ontzegd als sprake is van een misbruiksituatie. De bronbelasting zal ook met een antimisbruikbepaling worden ingevoerd die het ontwijken van de bronbelasting door middel van een tussenhouster in een EU- of EER-lidstaat beoogt te bestrijden. In principe is in art. 5 van de Interest en royaltyrichtlijn de antimisbruikbepaling geregeld, welke aangeeft dat de richtlijn geen beletsel vormt voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke bepalingen ter bestrijding van misbruik. Deze antimisbruikbepaling kent verder een motiefvereiste: een lidstaat kan de voordelen van de richtlijn weigeren toe te kennen in geval van een transactie met als voornaamste beweegreden of een van de voornaamste beweegredenen belastingfraude, belastingontwijking of misbruik.²¹¹ Mijns inziens zal de antimisbruikbepaling uit de Interest- en royaltyrichtlijn de toepassing van de antimisbruikbepaling uit de bronstaateffing op interest en royalties niet beperken, omdat de Interest- en royaltyrichtlijn de werking van nationale antimisbruikbepalingen niet in de weg staat.

²⁰⁸ Redactie van Vakstudie Nieuws, *V-N 2018/14.2*, onderdeel 2.2.

²⁰⁹ art. 1 lid 1 Richtlijn van de Raad van 3 juni 2003 (2003/49/EC).

²¹⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 31 december 2018, DB 2018/216528, Stcrt. 2018, 72064.

²¹¹ Deze antimisbruikbepaling stemt in essentie overeen met het voormalige art. 1 lid 2 Moeder-dochterrichtlijn. Gelet op de ontwikkelingen die de afgelopen jaren ten aanzien van het bestrijden van misbruik hebben plaatsgevonden, is een aanpassing van dit artikel gewenst. Zie hiervoor Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, onderdeel 3.4.

Recente jurisprudentie van het HvJ EU over misbruik van het EU-recht met betrekking tot de Interest- en royaltyrichtlijn maken de overeenstemming van de antimisbruikbepaling uit de bronstaatheffing met de Interest- en royaltyrichtlijn echter discutabel. Eerder oordeelde het HvJ EU dat van misbruik slechts sprake is als de transactie volstrekt kunstmatig is.²¹² Uit recent gewezen arrest X-, C-, Z-Denmark en N Luxemburg²¹³ volgt echter een ruimere invulling van het begrip misbruik. In dit arrest is het woord ‘volstrekt’ namelijk niet genoemd. Het Hof spreekt verder over strijd met doel en strekking van de bepaling in combinatie met de subjectieve bedoeling om een EU-voordeel te behalen en door middel van kunstgrepen aan de voorwaarden te voldoen.²¹⁴ Het Hof somt vervolgens een aantal factoren op die als indicatoren van dergelijk misbruik kunnen dienen. Hierbij is het relevant of er doorstroomactiviteiten plaatsvinden, waarbij de doorstroomfunctie wordt afgeleid uit de feitelijke omstandigheden. Wettelijke of contractuele verplichtingen om inkomsten door te betalen aan een andere partij zijn hieraan ondergeschikt. Verder is een belangrijke aanwijzing of de rechtstreekse ontvanger van de inkomsten voldoende economische aanwezigheid (substance) heeft in het betreffende land. Bij de beoordeling hiervan dienen alle relevante feiten en omstandigheden te worden betrokken.²¹⁵ Volgens Kavelaars is het kernarrest inzake misbruik van recht nog steeds het arrest Halifax,²¹⁶ waarin het vereiste van volstreekte kunstmatigheid niet expliciet is genoemd. In de jurisprudentie van het HvJ EU die na het arrest Halifax is gewezen met betrekking tot misbruik van recht, zijn de criteria niet gewijzigd en worden de overwegingen uit het arrest Halifax herhaald. Het HvJ EU kent waarschijnlijk minder betekenis toe aan het kunstmatigheidscriterium en er hoeft geen sprake meer te zijn van een volstrekt kunstmatige constructie om te kunnen spreken van misbruik.²¹⁷ Uit toekomstige uitspraken van het HvJ zal moeten blijken of bij het identificeren van een misbruiksituatie volstreekte kunstmatigheid niet meer vereist is.

In de objectieve toets van de antimisbruikbepaling uit het wetsvoorstel van de bronbelasting wordt nog veel nadruk gelegd op kunstmatigheid bij het identificeren van misbruik. Dit komt door de objectieve toets uit deze antimisbruikbepaling waarbij aan de hand van vooraf vastgestelde criteria²¹⁸ wordt getoetst of sprake is van een kunstmatige constructie. De vormgeving van deze objectieve toets leidt mogelijk tot strijdigheid met de Interest- en royaltyrichtlijn door de recente jurisprudentie van het HvJ EU. Het Hof heeft namelijk serieus werk gemaakt van de bestrijding van misbruik. De

²¹² Zie bijvoorbeeld HvJ 12 september 2006, *C-196/04* (Cadbury Schweppes) en HvJ EU 26 februari 2019, *C-135/17* (X GmbH).

²¹³ HvJ EU 26 februari 2019, *C-115/16*, *C-118/16*, *C-119/16* en *C-299/16* (X-, C-, Z-Denmark en N Luxemburg).

²¹⁴ HvJ EU 26 februari 2019, *C-115/16*, *C-118/16*, *C-119/16* en *C-299/16*, r.o. 139.

²¹⁵ Zoals in de arresten HvJ EU 20 december 2017, *C-504/16* en *C-613/16* (Deister Holding en Juhler Holding) is gewezen.

²¹⁶ HvJ EG 21 februari 2006, *C-255/02* (Halifax).

²¹⁷ Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, onderdeel 3.3.

²¹⁸ Het loonkostencriterium en het vereiste van een eigen kantoorruimte. Zie paragraaf 3.2.5 van dit onderzoek voor een uitleg over deze criteria.

achterliggende boodschap is dat slechts een beroep op vrijstellingen kan worden gedaan als de ontvangende groepsvennootschap een wezenlijke functie vervult binnen die groep. Het voldoen aan bepaalde minimumeisen volstaat dan niet.

Verder zijn de arresten *Deister Holding* en *Juhler Holding* nog relevant voor de vormgeving van de antisimisbruikbepaling uit de bronstaatheffing op interest en royalties. Op basis van deze arresten moeten per concreet geval alle aspecten van het betreffende geval worden onderzocht om te bepalen of sprake is van een kunstmatige constructie en kan niet worden volstaan met het toepassen van vooraf vastgestelde algemene criteria.²¹⁹ In de Nederlandse antisimisbruikbepaling uit de bronbelasting op interest en royalties zal daarom ook een aanvullende mogelijkheid worden opgenomen om aannemelijk te maken dat geen sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie.²²⁰ Na verwerking van een dergelijke aanvullende tegenbewijsmogelijkheid zal de antisimisbruikbepaling uit de bronbelasting dan ook in overeenstemming zijn met deze jurisprudentie van het HvJ EU.

4.5 Risico op verboden staatssteun

4.5.1 Algemeen

De conditionele bronstaatheffing mag niet in strijd zijn met het verbod op staatssteun van art. 107 van het VWEU. De EU beoogt een ruimte zonder binnengrenzen tot stand te brengen. Deze ruimte zonder binnengrenzen impliceert dat belemmeringen tussen de lidstaten zoveel mogelijk moeten worden voorkomen en dat binnen de gemeenschappelijke markt de mededinging niet mag worden verstoord. Het verlenen van staatssteun kan er echter toe leiden dat er belemmeringen tussen lidstaten ontstaan en dientengevolge de gemeenschappelijke markt wordt verstoord. Om te bepalen of er sprake is van verboden staatssteun, moet aan de volgende criteria worden getoetst:

- Er moet een voordeel worden verleend (het begunstigingsvereiste);
- Voor bepaalde ondernemingen of producties (het selectiviteitsvereiste);
- Dat uit de staatsmiddelen wordt bekostigd; en
- De mededinging wordt vervalst en het handelsverkeer tussen lidstaten wordt beïnvloed.

In het tweede en derde lid van artikel 107 VwEU staan een aantal specifieke uitzonderingen genoemd van maatregelen die verenigbaar kunnen zijn met de interne Europese markt. Deze uitzonderingen zijn in het kader van de bronstaatheffing op interest en royalties niet van belang en

²¹⁹ HvJ EU 20 december 2017, *C-504/16 en C-613/16* (*Deister Holding* en *Juhler Holding*), r.o. 74.

²²⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 15.

komen derhalve in de analyse niet aan bod. Hierna wordt aan de vier criteria van verboden staatssteun getoetst.

4.5.2 Voordeel

Iedere positieve prestatie die om niet wordt verricht door de overheid, zonder dat hier een tegenprestatie door de begunstigde tegenover staat, wordt als een voordeel of begunstiging aangemerkt. Het voordeel mag verder onder normale economische marktomstandigheden niet zijn opgekomen.²²¹ Deze begunstiging kan in verschillende vormen opkomen. Zo kan het een subsidie betreffen, maar ook een lastenverlichting kan een begunstiging zijn. Een vermindering van de belastingdruk is een voorbeeld van een lastenverlichting. Een vermindering van de belastingdruk kan worden bewerkstelligd door een vermindering van de belastinggrondslag, het belastingbedrag of uitstel of kwijtschelding van de belastingschuld.²²²

Aangezien de bronstaatheffing op interest en royalties een conditioneel karakter kent en dus niet iedere belastingplichtige die een interest- of royaltybetaling doet, geconfronteerd wordt met de bronheffing, is er sprake van een voordeel dat wordt verleend aan bepaalde belastingplichtigen. Slechts op interest- en royaltybetalingen aan entiteiten gevestigd in een LTJ binnen concernverband of in misbruiksituaties wordt de bronstaatheffing ingehouden. Entiteiten die niet onder de reikwijdte van de bronstaatheffing op interest- en royalties vallen, genieten een vermindering van de belastingdruk.

In de literatuur is beargumenteerd dat het begunstigingscriterium in samenhang met het selectiviteitsvereiste moet worden gezien. Volgens Van der Vegt moet er om te bepalen of een voordeel wordt verleend, een vergelijking worden gemaakt tussen objectief vergelijkbare belastingplichtigen. Er wordt dan automatisch verondersteld dat er ook sprake is van selectiviteit.²²³ Ik ben van mening dat er in principe bij een verleend voordeel niet altijd sprake moet zijn van selectiviteit. Bij de begunstiging gaat het in eerste instantie om een afwijking ten opzichte van het normale regime, waardoor een belastingplichtige een voordeel verkrijgen. Er hoeft hiervoor niet per se een vergelijking tussen belastingplichtigen te worden gemaakt.

Met betrekking tot de staatssteunproblematiek rondom de bronstaatheffing op interest en royalties ben ik van mening dat het argument van Van der Vegt wel hout snijdt. Het is vrijwel niet mogelijk het

²²¹ Zie Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (pbEU 2016, C 262/1), blz. 15; HvJ 11 juli 1999, C-39/94 (Syndicat français de l'Espresso international (SFEI) e.a./La poste e.a.), r.o. 60; en HvJ 29 april 1999, C-342/96 (Spanje/Commissie), r.o. 41.

²²² Mededeling 384/03 van de Commissie op 10 december 1998 over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van directe belastingen op ondernemingen (pbEU 1998, C 384/3), punt 9.

²²³ Van der Vegt, *WFR* 2017/3, onderdeel 4.1.

begunstigingsvereiste en het selectiviteitsvereiste onafhankelijk van elkaar te bezien als gevolg van de conditionele werking van de bronbelasting. De bronheffing maakt namelijk een onderscheidt tussen belastingplichtigen die niet onder de bronstaatheffing vallen (de 'normale' behandeling) en belastingplichtigen die wel onder de bronstaatheffing vallen. Een begunstiging leidt dan snel tot selectiviteit. De doelstelling van de maatregel moet wel in acht worden genomen om te bepalen of er sprake is van selectiviteit. Dit wordt hierna verder uitgewerkt.

4.5.3 Selectiviteit

Met betrekking tot fiscale maatregelen komt vaak beslissende betekenis toe aan het selectiviteitsvereiste om te bepalen of er sprake is van verboden staatssteun. De selectiviteitstoets wordt meestal ook als meest ingewikkeld van de vier toetsen ervaren.²²⁴ Ondernemingen mogen niet worden bevoordeeld ten opzichte van andere ondernemingen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden door de invoering van de bronbelasting op interest en royalties.²²⁵ Lichamen die niet onder de bronstaatheffing vallen, maar gelet op de doelstelling van de bronbelasting eigenlijk wel onder de reikwijdte van de desbetreffende belasting moeten vallen, mogen niet worden bevoordeeld ten opzichte van ondernemingen die wel onder de reikwijdte van de bronbelasting vallen. Het is dus van belang dat de reikwijdte van de bronstaatheffing coherent is afgebakend.

Vleggeert en Vording geven als knelpunt met betrekking tot staatssteun aan dat voor de definitie van een LTJ aansluiting wordt gezocht bij het statutaire tarief van de desbetreffende staat.²²⁶ Wanneer de staat waar de ontvangende entiteit van de interest- of royaltybetalingen is gevestigd een statutair winstbelastingtarief van minder dan 9%²²⁷ kent, is de bronbelasting in principe van toepassing. Met het effectieve tarief wordt dan geen rekening gehouden, wat in het licht van de doelstelling om het verschuiven van Nederlandse belastinggrondslag naar LTJ's tegen te gaan, beter zou zijn. Een entiteit gevestigd in een staat met een statutair tarief van minder dan 9% zonder grondslagafwijking en een entiteit gevestigd in een staat met een statutair tarief van boven de 9%, maar met een grondslagafwijking waardoor het effectieve tarief onder de 9% ligt, zouden met inachtneming van het doel van de bronbelasting gelijke gevallen moeten betreffen. Nu is dat niet het geval. Deze afbakening van een LTJ is niet coherent en is daarom vanuit het perspectief van verboden staatssteun kwetsbaar.²²⁸

²²⁴ Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (pbEU 2016, C 262/1), punt 118.

²²⁵ Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (pbEU 2016, C 262/1), punt 129.

²²⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 11.

²²⁷ Evan uitgaande dat het tarief uit de CFC-wetgeving wordt overgenomen. Dit tarief is waarschijnlijk gebaseerd op de winstbelasting van Hongarije, welk land het laagste winstbelastingtarief van alle EU-lidstaten kent.

²²⁸ Vleggeert en Vording, *WFR 2018/190*, onderdeel 3.

Voor de analyse om te bepalen of er door middel van de bronstaatheffing op interest en royalties verboden staatssteun wordt verleend, blijkt het selectiviteitsvereiste erg gecompliceerd te zijn. Ik concludeer dat er een risico tot een selectieve bevoordeling bestaat met betrekking tot de afbakening van een LTJ. Deze definiëring is namelijk niet coherent met het doel van de bronheffing, waardoor belastingplichtigen die eigenlijk onder de bronbelasting moeten vallen de dans ontspringen.

4.5.4 Bekostigd uit staatsmiddelen

Het begunstigingscriterium hangt nauw samen met het feit of het voordeel al dan niet uit staatsmiddelen is gefinancierd. Vooral bij fiscale maatregelen is er vaak sprake van een bekostiging uit de staatsmiddelen wanneer er een voordeel wordt verleend.²²⁹ Er is dan immers vaak een derving van de belastingopbrengsten. Net als bij het begunstigingscriterium kan deze derving van belastingopbrengsten het gevolg zijn van een verlaging van de belastbare grondslag, een vermindering van het belastingbedrag of een (gedeeltelijke) kwijtschelding of uitstel van de belastingschuld. Deze oorzaken van een derving van de belastingopbrengsten leiden tot hetzelfde gevolg als het verbruik van staatsmiddelen om bepaalde ondernemingen te begunstigen.²³⁰

De invoering van de bronstaatheffing op interest en royalties leidt tot een voordeel voor ondernemingen die niet onder de reikwijdte van desbetreffende bronbelasting vallen, doordat zij een afwijkende behandeling genieten. Dit verleende voordeel heeft een derving van de belastingopbrengsten tot gevolg, waardoor het voordeel wordt bekostigd uit de staatsmiddelen.

4.5.5 Vervalsing mededinging en beïnvloeding handelsverkeer tussen lidstaten

Om te bepalen of de mededinging wordt vervalst, moeten de ondernemingen die worden begunstigd onder de maatregel een betere concurrentiepositie verkrijgen ten opzichte van concurrerende ondernemingen. Hierbij is het voldoende dat er een financieel voordeel wordt verleend aan een onderneming die zich in een sector bevindt waar concurrentie kan plaatsvinden.²³¹ Het begrip 'onderneming' moet hierbij ruim worden uitgelegd. Het uitoefenen van een economische activiteit is in principe voldoende om te kunnen spreken van een onderneming,²³² waarbij het streven naar winst niet relevant wordt geacht.²³³

²²⁹ Van den Bossche, Over de EU-grenzen aan fiscale concurrentie tussen lidstaten: interne markt, Unietrouw, staatssteun, SEW 2016, nr. 7/8, p. 302.

²³⁰ Mededeling van de Commissie van 10 december 1998 over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen (pbEU 1998, C 384/3), punt 10.

²³¹ Mededeling 262/201 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (pbEU 2016, C 262/1), punt 187.

²³² HvJ EG 10 januari 2006, C-222/04 (Cassa Risparmio di Firenze), V-N 2006/13.19, r.o.107.

²³³ HvJ EG 10 januari 2006, C-222/04 (Cassa Risparmio di Firenze), V-N 2006/13.19, r.o.123.

De vervalsing van de mededinging wordt altijd in combinatie met de beïnvloeding op het handelsverkeer tussen lidstaten getoetst. Een verleend voordeel voor een onderneming die actief is in een marktsector die mogelijk openstaat voor concurrentie, wordt geacht de mededinging te vervalsen. Dit kan ertoe leiden dat het handelsverkeer tussen lidstaten wordt beïnvloed.²³⁴ Het is hierbij geen vereiste dat het handelsverkeer daadwerkelijk wordt beïnvloed. De mogelijkheid tot een beïnvloeding is voldoende om aan het criterium te voldoen. Verder hoeft de bevoordeelde onderneming geen grensoverschrijdende activiteiten te verrichten om het handelsverkeer tussen lidstaten te kunnen beïnvloeden.²³⁵

Met betrekking tot de bronstaatheffing op interest en royalties kan worden geconstateerd dat er sprake kan zijn van een vervalsing van de mededinging en een beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten. Ondernemingen die niet onder de reikwijdte van de bronheffing vallen, verkrijgen een potentieel concurrentievoordeel ten opzichte van ondernemingen die wel onder de bronheffing vallen. Dit concurrentievoordeel zal vaak leiden tot een vervalsing van de mededinging. Zo zullen ondernemingen er na de invoering van de bronstaatheffing op interest en royalties mogelijk voor kiezen om interest- en royaltybetalingen te doen aan entiteiten gevestigd in een non-LTJ, maar wel een aantrekkelijk fiscaal klimaat hebben. Ook worden ondernemingen ontmoedigd tussenhoudsters gevestigd in een EU- of EER-lidstaat te gebruiken in hun structuren. Verder stelt het CPB dat met de invoering van de voorwaardelijke bronbelasting royalty- en rentestromen in plaats van via Nederland, via Luxemburg naar belastingparadijzen zullen gaan.²³⁶ Dit kan leiden tot een beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten.

4.6. Gevolgen voor het verdragennetwerk en toekomstige verdragsonderhandelingen

Wanneer er dubbele belastingheffing over interest- of royalty-inkomsten kan optreden, wordt er meestal een beroep gedaan op een belastingverdrag tussen de betreffende staten om deze dubbele heffing te voorkomen. De verdragspartners hebben echter nog geen rekening kunnen houden met de bronstaatheffing op interest- en royalties in het geval van een reeds bestaand verdrag. Nederland kan dan niet altijd de heffing van de bronbelasting effectueren. De betreffende situatie kan daar echter wel aanleiding toe geven. De verdeling van de heffingsbevoegdheid en de vormgeving van de antisimisbruikbepaling in het verdrag zijn echter niet in overeenstemming met de bronbelasting op interest en royalties en dit kan onwenselijke gevolgen hebben. Deze verdragen dienen dan

²³⁴ Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (pbEU 2016, C 262/1), punt 191.

²³⁵ Mededeling 262/2016 van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (pbEU 2016, C 262/1), punt 191.

²³⁶ Lejour, Möhlmann en van 't Riet, CPB policy brief - Doorsluisland NL doorgelicht, januari 2019, blz. 10.

aangepast te worden. Hiervoor is het van belang dat wanneer de bronheffing op interest en royalties is ingevoerd, deze heffing ook onder het bereik van de belastingverdragen zal vallen. Volgens art. 2 lid 1 OESO-Modelverdrag zal de bronbelasting onder het bereik van de belastingverdragen vallen, indien deze is te beschouwen als een belasting naar het inkomen. Hierbij wordt gedoeld op een belasting naar bestanddelen van het inkomen. Verder wordt in lid 4 van het desbetreffende artikel aangegeven dat ook een belasting die na de ondertekening van het verdrag is ingevoerd, onder de werking van het verdrag valt indien het een in wezen vergelijkbare belasting betreft. De bronstaatheffing op interest en royalties zal dus naar alle waarschijnlijkheid onder de werking van de verdragen vallen.

Het feit dat Nederland naar een conditioneel heffingsrecht voor de bronstaat met betrekking tot interest- en royaltystromen streeft, is een ommekeer in vergelijking tot het verleden. Nederland streefde er namelijk naar om in belastingverdragen een uitsluitende woonstaatheffing op te nemen met betrekking tot interest- en royalty-inkomsten. Indien de verdragspartner toch wenste vast te houden aan het heffen van een bronstaatheffing op interest of royalties, dan verzocht Nederland zoveel mogelijk uitzonderingen voor dit bronheffingsrecht op te nemen.²³⁷

In veruit de meeste belastingverdragen die Nederland heeft gesloten, evenals het OESO-modelverdrag, zijn de heffingsbevoegdheden over interest- en royalty-inkomsten geregeld in artikel 11 respectievelijk artikel 12. Volgens het eerste lid van deze artikelen wordt het heffingsrecht over interest- en royalty-inkomsten in eerste instantie toegekend aan de woonstaat. Met betrekking tot intereststromen krijgt de bronstaat echter een beperkt heffingsrecht onder bepaalde voorwaarde, wat meestal de 10% niet overstijgt.²³⁸ Mocht Nederland de heffing van de bronbelasting willen effectueren in verdragssituaties, moeten deze artikelen dusdanig worden heronderhandeld dat Nederland als bronstaat bevoegd is om minimaal 20,5%²³⁹ te heffen indien de bronbelasting van toepassing is.

De antimisbruikbepaling uit de bronstaatheffing op interest en royalties is, zoals besproken in paragraaf 4.3.2 van dit onderzoek, gebaseerd op de PPT uit het BEPS-actie 6 keuzemenu. De antimisbruikbepaling zal ook doorwerken in de verdragen via het Multilateraal Instrument (MLI).²⁴⁰

²³⁷ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, 11 februari 2011, paragraaf 2.7.1 en 2.8.1.

²³⁸ Art. 11 lid 2 OESO-Modelverdrag.

²³⁹ Als de plannen voor de geleidelijke afbouwen van vennootschapsbelastingtarief te verlagen doorgaan, wordt dit het tarief wanneer de bronbelasting op interest- en royalties wordt ingevoerd. Dit tarief wordt ook overgenomen voor de bronbelasting. Zie hiervoor Kamerstukken II, 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 16.

²⁴⁰ Het op 24 november 2016 te Parijs tot stand gekomen Multilateraal Verdrag ter implementatie van aan belastingverdragen gerelateerde maatregelen ter voorkoming van grondslaguitholling en winstverschuiving (Trb. 2017, 86, en Trb. 2017, 194).

Nederland heeft aangegeven vrijwel haar gehele verdragen netwerk onder de werking van het Multilateraal Verdrag te willen brengen. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2017/18, 34 853 (R2096), nr. 6, p. 3.

Dit heeft een positief effect op de werking van de antimisbruikbepaling uit de bronbelasting in internationaal verband.

Voor een doorwerking van de PPT in de door Nederland aangemelde belastingverdragen is het wel nodig dat ook de betreffende verdragspartner hiermee instemt door ratificatie van het MLI. Bovendien zal elk land een eigen voorkeur hebben voor (een combinatie van) de maatregelen die volstaan bij de implementatie van BEPS-actie 6.²⁴¹ Dit kan tot een ingewikkelde uitwerking leiden van de antimisbruikbepaling in internationale situaties, waarbij aanvullend bilateraal overleg vermoedelijk onontkoombaar is.²⁴²

Verder wil Nederland een specifieke antimisbruikbepaling opnemen in haar verdragen waarbij het reële bedrijfsleven moet worden ontzien van de bronbelasting op interest en royalties. Nederland zal hiervoor de verdragspartners die op de lijst worden opgenomen, benaderen om het verdrag aan te passen. De Nederlandse inzet zal hierbij zijn dat een exclusieve woonstaatheffing of een gereduceerd tarief van de bronstaatheffing van toepassing is, indien er sprake is van een reële investering in Nederland zonder belastingbesparingsmotief.²⁴³ Uit de internetconsultatie van de bronbelasting blijkt dat deze specifieke antimisbruikbepaling gaat gelden in aanvulling op de PPT.²⁴⁴ Vleggeert en Vording geven aan dat het enigszins vreemd is dat met deze specifieke antimisbruikbepaling Nederland gaat afzien van het heffen van bronbelasting, indien er sprake is van een reële aanwezigheid. In het voorstel van de bronbelasting wordt het namelijk niet van belang geacht of de entiteit die de interest- of royaltybetaling doet, een reële aanwezigheid in Nederland heeft of een reële investering in Nederland doet.²⁴⁵ Ik acht dit ook een vreemde beslissing, omdat met deze voorwaarde geen aansluiting wordt gezocht bij de criteria van de antimisbruikbepaling uit het voorstel van de bronbelasting. In paragraaf 3.3.2 van dit onderzoek heb ik het feit dat geen rekening wordt gehouden met een reële aanwezigheid of reële investering beschreven en pleit voor een maatregel om het reële bedrijfsleven te ontzien van de bronstaatheffing op interest en royalties. Indien het voorstel wordt uitgebreid met een dergelijke tegenbewijsregeling voor ondernemingen met een reële aanwezigheid in Nederland, wordt wel aansluiting gevonden bij deze specifieke antimisbruikbepaling die Nederland beoogt om in de verdragen op te nemen.

²⁴¹ De PPT, de LOB of een combinatie van beiden.

²⁴² Bender en Engelen, *WFR 2016/51*, onderdeel 8.

²⁴³ Kamerstukken II 35028, nr. 3, blz. 11/12.

²⁴⁴ 'Consultatie fiscaal verdragsbeleid en aanwijzing van laagbelastende staten' via: <http://www.allarts.nl/filelib/file/consultatiefiscaalverdragsbeleid-notitie25-09-2018.pdf>

²⁴⁵ Vleggeert en Vording, *WFR 2018/190*, onderdeel 4.

4.7 Verdergaande internationale samenwerking vereist

Bedrijven vinden steeds nieuwe en complexere routes voor belastingbesparingen. Het is inherent aan winst maximaliserende bedrijven dat de belastingafdracht als een kostenpost wordt gezien die men zoveel mogelijk wil beperken. Door betere internationale gegevensuitwisseling en meer coördinatie van beleid zal de aanpak van belastingontduiking effectiever zijn. Dit geldt ook voor de bronstaatheffing op interest en royalties.

Door het effectieve tarief te hanteren als maatstaf om vast te stellen of een staat als LTJ wordt aangemerkt, wordt belastingontwijking door middel van interest- en royaltystromen doeltreffender bestreden.²⁴⁶ Het vaststellen van het effectieve tarief dat de ontvangende entiteit van de interest- en royalty-inkomsten betaalt is echter veel complexer vast te stellen dan het statutaire tarief dat wordt gehanteerd in de staat waar de ontvangende entiteit is gevestigd. De Staatssecretaris van Financiën heeft dan ook aangegeven dat het uitermate complex is om op basis van objectieve criteria een lijst samen te stellen van landen met een laag effectief tarief.²⁴⁷ Internationale gegevensuitwisseling en meer coördinatie van het internationale fiscale beleid zijn daarvoor noodzakelijk.

Idealiter wordt er zelfs een minimumbronbelasting doorgevoerd voor de EU als geheel. Dit voorstel wordt ook gedaan in een policy brief van het CPB.²⁴⁸ In deze policy brief wordt aangegeven dat Luxemburg ook geen bronbelasting op interest en royalties heeft en dit land niet wordt aangemerkt als een LTJ,²⁴⁹ omdat het land een normaal (niet laag) tarief van de winstbelasting kent. Doorstromende rente en royalties zijn echter aftrekbaar en dit betekent dat rente en royalties onbelast door Luxemburg kunnen stromen. De effectieve belasting in Luxemburg is dan gering. Luxemburg staat met Nederland en de Verenigde Staten al jarenlang in de top drie, wereldwijd, wat betreft directe buitenlandse investeringen. Vooral bij de inkomende investeringen is het aandeel vanuit belastingparadijzen groot.²⁵⁰ De vraag is dan gerechtvaardigd of met de invoering van de voorwaardelijke Nederlandse bronbelasting, royalty- en rentestromen via Luxemburg naar belastingparadijzen zullen gaan. Het probleem, namelijk het bestrijden van belastingontwijking, wordt niet opgelost. Er vindt slechts een verschuiving van het probleem plaats.

²⁴⁶ Zoals besproken in paragraaf 3.3.2 van dit onderzoek.

²⁴⁷ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 26 november 2018, nr. 2018-0000195927, antwoorden Kamervragen.

²⁴⁸ Lejour, Möhlmann en van 't Riet, CPB policy brief - Doorsluisland NL doorgelicht, januari 2019, blz. 14.

²⁴⁹ Luxemburg komt niet voor op de lijst die in het volgende besluit is opgenomen: Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 31 december 2018, DB 2018/216528, Stcrt. 2018, 72064.

²⁵⁰ Zie Internationaal Monetair Fonds, 'Coordinated Direct Investment Survey'. via: <http://data.imf.org/?sk=40313609-F037-48C1-84B1-E1F1CE54D6D5&sld=1482247616261>. Bij de inkomende investeringen en uitgaande investeringen is Luxemburg in de top 3 terug te vinden.

4.8 Deelconclusie

Vroeger ging het in het internationale en Europese fiscale beleid hoofdzakelijk over het uitbannen van bronheffingen op onder andere interest- en royaltystromen. De afgelopen jaren is dit beeld sterk veranderd. Bronstaatheffingen worden namelijk gezien als middel om kunstmatige winstverschuivingen te bestrijden. Conditionaliteit is het opkomende thema op dit gebied.

Vanuit de OESO en de EU wordt al langere tijd druk uitgeoefend op staten om door middel van strengere fiscale wetgeving kunstmatige winstverschuivingen van ondernemingen tegen te gaan. Dit heeft onder andere geleid tot het BEPS-actieplan, ATAD1 en ATAD2. De bronbelasting op interest en royalties is in overeenstemming met de BEPS-actiepunten en kan zelfs een goede aanvulling vormen op het BEPS-plan om preferentiële fiscale regimes van staten tegen te gaan. De bronbelasting is ook hoofdzakelijk in overeenstemming met ATAD1. Een betere afstemming met de earningsstrippingregel is wel vereist. Ook een betere afstemming met ATAD2 is nodig, aangezien deze net als de bronbelasting belastingontwijking door middel van hybride entiteiten beoogt te bestrijden.

In relatie tot de Interest- en royaltyrichtlijn is het de antimisbruikbepaling die voor mogelijke strijdigheid met het EU-recht kan leiden. In deze antimisbruikbepaling is namelijk een kunstmatigheidsvereiste opgenomen, dat van minder belang wordt geacht naar aanleiding van recente rechtspraak van het HvJ EU.

De conditionele bronstaatheffing mag niet in strijd zijn met het verbod op staatssteun van art. 107 van het VWEU. Om te bepalen of er sprake is van verboden staatssteun, moet aan verschillende criteria worden getoetst. Met betrekking tot fiscale maatregelen komt vaak de beslissende betekenis toe aan het selectiviteitsvereiste om te bepalen of er sprake is van verboden staatssteun. Dit geldt ook voor de bronstaatheffing op interest en royalties. Er kan sprake zijn van een selectieve bevoordeling door de definiëring van een LTJ. Deze definiëring is namelijk niet coherent met het doel van de bronheffing, waardoor belastingplichtigen die eigenlijk onder bronbelasting moeten vallen de dans ontspringen.

In de huidige verdragen hebben Nederland en haar verdragspartners nog geen rekening kunnen houden met de bronbelasting. De bestaande verdragen dienen dus te worden aangepast, zodat Nederland door middel van de verdeling van het heffingsrecht in de verdragen de heffing van de bronstaatheffing daadwerkelijke kan effectueren. Deze aanpassing vormt een ommekeer ten opzichte van het Nederlands verdragsbeleid in het verleden. Nederland streefde er namelijk altijd naar om in belastingverdragen een uitsluitende woonstaatheffing op te nemen met betrekking tot interest- en royalty-inkomsten.

De antimisbruikbepaling uit de bronbelasting op interest en royalties is gebaseerd op de PPT en werkt door in de verdragen door middel van het MLI. Het is hierbij van belang dat ook de betreffende verdragspartner hiermee instemt door ratificatie van het MLI.

Verder wil Nederland naast de PPT een specifieke antimisbruikbepaling opnemen in haar verdragen waarbij het reële bedrijfsleven moet worden ontzien. De criteria van deze specifieke antimisbruikbepaling wijken echter af van de criteria van de antimisbruikbepaling uit het voorstel van de bronbelasting. Een betere afstemming hiertussen is wenselijk.

Ten slotte zijn internationale gegevensuitwisseling en meer coördinatie van het internationale fiscale beleid noodzakelijk om de bronbelasting te laten slagen. Idealiter wordt er zelfs een minimumbronbelasting op interest en royalties voor de EU als geheel ingevoerd. Wanneer niet iedere lidstaat een bronstaatheffing op interest en royalties gaat invoeren, wordt het probleem van belastingontwijking door middel van royalty- en intereststromen slechts verschoven en niet geheel voorkomen.

De volgende tabel geeft een volledig overzicht van alle toetsingscriteria en de scores van het conceptvoorstel op deze criteria.

Toetscriterium	Conceptvoorstel
Doeltreffendheid en evenredigheid	+
Rechtszekerheid	++
Uitvoerbaarheid	0
Doelmatigheid	- -
Internationale en Europese inpasbaarheid	-

Hoofdstuk 5: Alternatieven voor het conceptvoorstel

5.1 Inleiding

Uit de voorgaande hoofdstukken is gebleken dat het conceptvoorstel met betrekking tot de conditionele bronbelasting op interest en royalties de nodige tekortkomingen kent. Het voorstel is beoordeeld aan de hand van verschillende toetsingscriteria en op basis van deze analyse kom ik tot de conclusie dat het wetsvoorstel nog geen sluitend geheel vormt. Met betrekking tot de doeltreffendheid en evenredigheid worden belangrijke knelpunten geconstateerd. Zo wordt het reële bedrijfsleven niet geheel ontzien door de bronstaatheffing op interest en royalties. Dit leidt er niet alleen toe dat het doel van de bronbelasting niet verwezenlijkt wordt, maar ook het Nederlandse vestigingsklimaat onnodig wordt geschaad. Verder kan er op meerdere fronten strijdigheid met het EU-recht ontstaan en is voor verschillende bepalingen uit het BEPS-actieplan en ATAD een betere afstemming wenselijk. De doeltreffendheid, evenredigheid en Europese en internationale inpasbaarheid zijn juist noodzakelijke criteria voor de totstandkoming van een deugdelijke wetgeving.

In dit hoofdstuk worden alternatieven geboden voor het conceptvoorstel. Hierbij heb ik gekozen om twee alternatieven uit te werken: een conditionele bronbelasting waarbij wijzigingen zijn aangebracht aan het conceptvoorstel en een tweede alternatief dat een volwaardige bronheffing op interest en een conditionele bronheffing op royalties betreft. De gewijzigde conditionele bronbelasting is gebaseerd op het in de voorgaande hoofdstukken besproken voorstel, maar er zijn een aantal wijzigingen aangebracht om de besproken knelpunten te verhelpen. Het tweede alternatief vereist ingrijpende veranderingen van het belastingstelsel. Voor de volwaardige bronbelasting op interest wordt de dividendbelasting als uitgangspunt genomen. De dividendbelasting is per slot van rekening ook een volwaardige bronstaatheffing. Deze zou worden afgeschaft, maar op deze afschaffing is de Staatssecretaris van Financiën later teruggekomen.²⁵¹

Beide alternatieven worden aan de hand van het toetsingskader vergeleken met het conceptvoorstel van de bronbelasting. De bespreking van het toetsingskader met betrekking tot de alternatieven zal dan ook gericht zijn op de verschillen met het conceptvoorstel.

5.2 Alternatief 1: een wijziging van het conceptvoorstel

5.2.1 De wijzigingen

In de voorgaande hoofdstukken is een conditionele bronstaatheffing op interest en royalties geanalyseerd aan de hand van een toetsingskader. Hierbij is de Wet bronbelasting 2020 als

²⁵¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 16.

uitgangspunt genomen voor de analyse. Een aantal knelpunten is hierbij duidelijk geworden. Hieronder worden verschillende wijzingen besproken om deze knelpunten te verhelpen en wordt aangegeven waar deze wijzigingen in het conceptvoorstel tot uitdrukking moeten komen.

Aansluiten bij het effectieve tarief

In het conceptvoorstel wordt aan de hand van het statutaire tarief van een staat bepaald of deze staat als LTJ wordt aangemerkt. De conditionele bronstaatheffing zal een doeltreffendere werking hebben indien aansluiting wordt gezocht bij het effectieve tarief in plaats van het statutaire tarief. Een relatief hoog statutair tarief in combinatie met grondslagafwijkingen kan namelijk een lage effectieve heffing tot gevolg hebben. Toch zou een entiteit in deze situatie de dans ontspringen. Door aansluiting te zoeken bij het effectieve tarief kan de bronbelasting ook van toepassing zijn op interest- en royaltybetalingen tussen entiteiten die beiden in een EU-lidstaat zijn gevestigd. Op dit moment wordt er geen EU-lidstaat als LTJ aangemerkt volgens de lijst met LTJ's die de Staatssecretaris van Financiën heeft gepubliceerd.²⁵² Deze lijst is gebaseerd op de statutaire tarieven van landen en volgens een rapport van het CPB waarin de doeltreffendheid van de voorgestelde conditionele bronheffing wordt besproken, is deze lijst niet toereikend.²⁵³ Deze lijst zal niet meer relevant zijn wanneer het effectieve tarief als uitgangspunt wordt genomen voor de toepassing van de bronbelasting op interest en royalties. Per geval wordt dan bekeken of de interest- of royaltybetaling in de staat van de ontvangende vennootschap wordt belast tegen een effectief tarief dat onder de 9% ligt.

Deze aanpassing moet worden gemaakt in art. 1.2 lid 1 onderdeel e van het conceptvoorstel²⁵⁴, waar bij onderdeel 1 het tarief van 7% wordt vervangen door een effectief tarief van 9% en onderdeel 2 komt te vervallen. De lijst met non-coöperatieve rechtsgebieden komt namelijk te vervallen.

Aanpassing van de antimisbruikbepaling

De antimisbruikbepaling uit het voorstel van de bronbelasting dient aangepast te worden. In paragraaf 4.4 van dit onderzoek is vastgesteld dat het HvJ EU bij het vaststellen van een misbruiksituatie in relatie tot de interest- en royaltyrichtlijn niet meer spreekt van een volstrekt kunstmatige constructie. In plaats daarvan wordt een ruimere invulling van het begrip 'misbruik' gehanteerd, waarbij het woord 'volstrekt' niet meer wordt genoemd. Om misbruik te constateren moet worden beoordeeld of in strijd met doel en strekking van de wet wordt gehandeld om een fiscaal voordeel te behalen.

²⁵² Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 31 december 2018, DB 2018/216528, Stcrt. 2018, 72064.

²⁵³ CPB, 'Doorsluisland NL doorgelicht', blz. 5. Zie ook paragraaf 2.3.2 van dit onderzoek, waarin ik meer aandacht heb besteed aan verschillende lijsten met belastingparadijzen.

²⁵⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 2, blz. 2.

Het criterium van volstreekte kunstmatigheid is echter wel opgenomen in de objectieve toets van de antimisbruikbepaling van conceptvoorstel betreffende de conditionele bronbelasting en dient dus te worden aangepast naar kunstmatigheid om mogelijke strijdigheid met het EU-recht te voorkomen. Deze aanpassing dient in art. 2.1 lid c van het conceptvoorstel²⁵⁵ te worden gemaakt. In deze bepaling moet tot uitdrukking komen dat sprake is van misbruik indien in strijd met doel en strekking van de wettelijke bepaling wordt gehandeld om een fiscaal voordeel te behalen. Volstreekte kunstmatigheid is hierbij geen vereiste om een misbruiksituatie te constateren. Dientengevolge zal het voorstel dan in lijn zijn met hetgeen is geoordeeld in de recente arresten over misbruiksituaties in relatie tot de Interest- en royaltyrichtlijn.²⁵⁶

Vrijstelling bronbelasting indien de earningsstrippingmaatregel toepassing vindt

Indien op een interestbetaling zowel de earningsstrippingmaatregel²⁵⁷ van toepassing is als bronbelasting wordt geheven, zou er een vrijstelling voor bronbelasting moeten gelden. De interestbetaling wordt immers al op grond van de earningsstrippingmaatregel (gedeeltelijk) uitgesloten van aftrek. Het is dan overbodig om ook nog bronbelasting over dezelfde interestbetaling te heffen. De earningsstrippingmaatregel zou naar mijn mening voorrang moeten verkrijgen boven de bronbelasting, omdat deze sterk wettelijk is ingekaderd door de opname in ATAD1. Verder is het van belang dat de Nederlandse belastingwetgeving in overeenstemming is met deze Europese richtlijn.

Een dergelijke vrijstelling kan worden verwerkt in een inhoudingsvrijstelling van de bronbelasting op interest en royalties. Deze vrijstelling moet worden opgenomen in de bepaling die op de grondslag van de bronbelasting ziet. Dit betreft art. 3.3 van het conceptvoorstel.²⁵⁸

Vrijstelling voor het reële bedrijfsleven

In paragraaf 3.3.2 van dit onderzoek is opgemerkt dat het reële bedrijfsleven ook mogelijk wordt geraakt door de conditionele bronbelasting, wat afbreuk doet aan de evenredigheid van de maatregel. Het doel van de bronstaatheffing op interest en royalties is namelijk het bestrijden van belastingontwijkende structuren en de maatregel schiet haar doel voorbij indien ook entiteiten waarin reële bedrijfseconomische activiteiten worden verricht, rekening moeten houden met een mogelijke belastingplicht voor de conditionele bronstaatheffing.

²⁵⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 2, blz. 3.

²⁵⁶ HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (X-, C-, Z-Denmark en N Luxemburg). Dit arrest is uitgebreid in paragraaf 4.4 van dit onderzoek besproken.

²⁵⁷ Deze algemene renteaftrekbeperking is terug te vinden in art. 4 ATAD1 en is in de Nederlandse wet geïmplementeerd door middel van art. 15b Wet Vpb 1969.

²⁵⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 2, blz. 4.

Verder is in de arresten *Deister Holding en Juhler Holding*²⁵⁹ geoordeeld dat niet op basis van vooraf vastgestelde criteria mag worden beoordeeld of sprake is van een kunstmatige constructie. Alle betrokken aspecten van de desbetreffende situatie moeten worden onderzocht. Hier heeft de wetgever getracht rekening mee te houden door in de memorie van toelichting op het conceptvoorstel op te nemen dat indien een tussenhoudster is gevestigd in de EU/EER, op andere wijze aannemelijk kan worden gemaakt dat toch sprake is van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.²⁶⁰ In het conceptvoorstel zie ik echter geen concrete bepaling terug die de belastingplichtige de mogelijkheid biedt om aan te tonen dat reële economische activiteiten op het niveau van de tussenhoudster worden verricht. Een dergelijke tegenbewijsregeling moet naar mijn mening worden opgenomen in het wetsvoorstel met betrekking tot de bronbelasting op interest en royalties. Hier moeten in de EU of EER gevestigde tussenhoudster zich op kunnen beroepen. Verder moet dan worden aangetoond dat aan de interest- of royaltybetaling geldige zakelijke redenen ten grondslag liggen die de economische realiteit weerspiegelen. De bronbelasting zal zo in overeenstemming met het EU-recht zijn en de evenredigheid van de bepaling zal verbeteren.

Een dergelijke tegenbewijsregeling kan in artikel 2.1 van het conceptvoorstel in een extra lid worden opgenomen.²⁶¹ In dit extra lid wordt dan geregeld dat lid 1 onderdeel c niet van toepassing is indien de belastingplichtige kan aantonen dat sprake is van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.

5.2.2 Analyse op basis van het toetsingskader

Nu de wijzigingen zijn besproken die de knelpunten met betrekking tot het conceptvoorstel van de bronbelasting beogen te verhelpen, wordt het gewijzigde voorstel hierna geanalyseerd aan de hand van het toetsingskader. Hierdoor kan het oorspronkelijke voorstel worden vergeleken met het aangepaste voorstel.

Doeltreffendheid en evenredigheid

De bronbelasting wordt doeltreffender door aan te sluiten bij het effectieve tarief in plaats van bij het statutaire tarief. Door grondslag-verminderende maatregelen in de staat waar de ontvangende vennootschap van de interest- of royaltybetaling is gevestigd, kan belastingontwijking worden gefaciliteerd. Een conditionele bronbelasting die is gebaseerd op het effectieve tarief leidt ertoe dat ook in deze situaties er bronbelasting wordt geheven. Dit heeft een minder willekeurige wetgeving tot gevolg.

²⁵⁹ HvJ EU 20 december 2017, *C-504/16 en C-613/16* (*Deister Holding en Juhler Holding*).

²⁶⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 15.

²⁶¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 2, blz. 3.

Ook de evenredigheid van het conceptvoorstel wordt bevorderd door de wijzingen, omdat het reële bedrijfsleven wordt ontzien. Het doel van de bronbelasting op interest en royalties is immers het bestrijden van belastingontwijkende structuren en het reële bedrijfsleven mag daardoor nadelen ondervinden van deze maatregel. De tegenbewijsregeling voor het reële bedrijfsleven zorgt ervoor dat de bronbelasting zijn doel niet voorbijschiet.

Rechtszekerheid

Met betrekking tot de rechtszekerheid concludeer ik dat er geen significant verschil ontstaat tussen het oorspronkelijke voorstel en het gewijzigde voorstel. Ook bij alternatief 1 zullen belastingplichtigen een hoge mate van zekerheid verkrijgen over de fiscale gevolgen van handelingen die worden verricht in Nederland. De antimisbruikbepaling komt in grote mate overeen met die van het conceptvoorstel en dus ook met de PPT uit de BEPs-minimumstandaarden van de OECD. De tegenbewijsregeling die bij alternatief 2 wordt geïmplementeerd, betreft een open norm en kent dus een minder objectieve vormgeving. Daarentegen doet deze tegenbewijsregeling naar mijn mening niet af aan de rechtszekerheid van het eerste alternatief, omdat er duidelijke indicaties voor substance bekend zijn.²⁶²

Uitvoerbaarheid

De Staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven dat er onder andere voor is gekozen om het statutaire tarief te hanteren voor de identificatie van een LTJ, omdat de uitvoering van de maatregel zeer complex wordt indien het effectieve tarief wordt gehanteerd als voorwaarde voor de toepassing van de conditionele bronbelasting.²⁶³ Bij iedere rente- en royaltybetaling aan een gelieerd lichaam zou de betaler moeten nagaan of deze betaling in voldoende mate wordt belast bij de ontvanger en zou de Belastingdienst op al deze betalingen toezicht moeten houden. Vleggeert en Vording verbazen zich over deze uitslating, aangezien in de renteaftrekbepaling ter voorkoming van winstdrainage en de onderworpenheidstoets in de deelnemingsvrijstelling ook de effectieve belastingdruk als voorwaarde wordt gehanteerd.²⁶⁴ Als het bij deze bepalingen niet bezwaarlijk is om uit te gaan van het effectieve tarief, waarom zou dit dan wel een obstakel moeten vormen voor de uitvoering van de bronbelasting op interest en royalties?

Ik kan mij vinden in de mening van Vleggeert en Vording; de bronbelasting moet ook uitvoerbaar zijn wanneer het effectieve tarief wordt gehanteerd als voorwaarde voor de toepassing van de conditionele bronheffing. Desalniettemin zal de Belastingdienst voor een adequate uitvoering van de maatregel meer mankracht moeten inzetten. De hoogte van het effectieve tarief waartegen de

²⁶² Hierbij valt onder andere te denken aan omzet, personeel, een bedrijfsruimte en organisatorische kenmerken van een onderneming.

²⁶³ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 26 november 2018, nr. 2018-0000195927, antwoorden Kamervragen.

²⁶⁴ Vleggeert en Vording, *WFR* 2019/41, onderdeel 5.

ontvangen interest- of royaltybetaling wordt belast, moet dan immers per geval worden vastgesteld en beoordeeld. Deze benadering per geval zal ten koste gaan van de uitvoerbaarheid van het tweede alternatief.

Doelmatigheid

De doelmatigheid van het oorspronkelijke voorstel zal gelijk zijn aan het aangepaste voorstel. Het eerste alternatief betreft ook een conditionele belasting die een afschrikkende werking beoogt te hebben. De opbrengst voor de staatskas van zowel de bronbelasting uit het oorspronkelijke conceptvoorstel als het aangepaste voorstel zal nihil zijn. Daartegenover moeten er kosten worden gemaakt om de maatregel te kunnen uitvoeren, wat per saldo een derving van de staatskas tot gevolg heeft.

Internationale en Europese inpasbaarheid

Doordat het aangepaste voorstel uitgaat van het effectieve tarief in plaats van het statutaire tarief, zal het risico op verboden staatssteun verminderen. Het hanteren van het statutaire tarief voor de identificatie van een LTJ, kan leiden tot een selectieve bevoordeling van een groep belastingplichtigen. Deze groep belastingplichtigen betreffen de ontvangers van interest- en royaltybetalingen die tegen een laag statutair, maar een hoog effectief tarief worden belast. Deze groep belastingplichtigen zal niet onder de reikwijdte van de bronbelasting vallen, maar behoort er echter wel onder te vallen.²⁶⁵ Door het effectieve tarief te hanteren als voorwaarde voor de conditionele bronheffing, zullen ook interest- en royaltybetalingen van deze groep belastingplichtigen belast worden met bronbelasting.

Wanneer de bronbelasting gaat aanknopen bij het effectieve tarief over de rente en royalties bij de ontvanger, kunnen in beginsel ook betalingen van rente en royalties aan ontvangers in EU-lidstaten worden getroffen. Er moet dan worden gezien of een dergelijke maatregel waarbij het effectieve tarief wordt gehanteerd om een LTJ te identificeren, in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging.²⁶⁶ De bepaling maakt dan immers onderscheid tussen ontvangende entiteiten van rente en royalties die niet voldoen aan de effectieve tariefseis en ontvangers die wel voldoende worden belast over deze inkomsten. Dit onderscheid kan een belemmering voor de vrijheid van vestiging vormen. In paragraaf 5.4.3 wordt dieper ingegaan op deze problematiek.

De antimisbruikbepaling zal in lijn zijn met de antimisbruikbepaling van de Interest- en royaltyrichtlijn.²⁶⁷ Deze bepaling is namelijk breed geformuleerd doordat het nationale en

²⁶⁵ Vleggeert en Vording, *WFR 2018/190*, onderdeel 3.

²⁶⁶ De bronbelasting is alleen van toepassing op betalingen van rente en royalties tussen groepsmaatschappijen. Hierdoor valt de bronbelasting onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging en niet onder de reikwijdte van de vrijheid van kapitaalverkeer. Zie hiervoor HvJ EU 13 november 2012, *C-35/11* (Test Claimants in the FII Group Litigation (II)), r.o. 98.

²⁶⁷ Art. 5 Richtlijn 2003/49/EG.

verdragsrechtelijke antimisbruikbepalingen laat prevaleren. Daarnaast kent deze bepaling uit de richtlijn nog een eigen antimisbruikbepaling die alleen bestaat uit het motiefvereiste. Door deze brede formulering van de antimisbruikbepaling uit de richtlijn, zal de antimisbruikbepaling van het aangepaste conceptvoorstel net als de antimisbruikbepaling uit het originele conceptvoorstel niet strijdig zijn met de Europeesrechtelijke antimisbruikbepaling.

Het volgende schema weergeeft een overzicht van de scores op de verschillende toetsingscriteria met betrekking tot het conceptvoorstel en alternatief 1:

Toetscriterium	Conceptvoorstel	Alternatief 1
Doeltreffendheid en evenredigheid	+	++
Rechtszekerheid	++	++
Uitvoerbaarheid	0	-
Doelmatigheid	- -	- -
Internationale en Europese inpasbaarheid	-	-

5.3 Optimale verdeling van heffingsrechten

5.3.1 Algemeen

In hoofdstuk 2 van dit onderzoek is de fair share-gedachte uitgebreid besproken. Hierbij kwam uit de analyse van de literatuur duidelijk naar voren dat belastingontwijking vaak geassocieerd wordt met het niet betalen van een fair share door ondernemingen. Nu is het zelfs in een wereld zonder belastingontwijking nog maar de vraag of ondernemingen hun fair share in een bepaalde staat betalen. De beginselen waaraan heffingsrechten worden ontleend, moeten namelijk tot een effectieve verdeling van de belastingheffing over verschillende landen leiden. De verdeling van de belastingheffing moet hierbij de economische nexus van een onderneming in verschillende landen weerspiegelen.²⁶⁸

Voordat ik het tweede alternatief voor het conceptvoorstel bespreek, acht ik het van belang om aandacht te besteden aan een effectieve verdeling van heffingsrechten tussen staten met betrekking tot royalty- en interestinkomsten. Hierna wordt eerst de huidige verdeling van heffingsrechten tussen

²⁶⁸ Stevens, *TFO 2014/131.2*, onderdeel 2.

staten besproken. Vervolgens wordt een belastingheffing op grond van het oorsprongsbeginsel uiteengezet. Aan de hand van een fiscaal-economische analyse wordt vervolgens een optimale verdeling van heffingsrechten met betrekking tot royalty- en in interestinkomsten uiteengezet en beoordeeld of een bronstaat-, dan wel een woonstaatheffing op interest en royalties fiscaal-economisch gezien optimaler is. Hierbij moet niet uit het oog worden verloren dat een bronstaatheffing op interest en royalties effectief werkt tegen belastingontwijkende structuren, zoals eerder in dit onderzoek is aangetoond.²⁶⁹

5.3.2 Huidige verdeling van heffingsrechten

Binnen het internationale belastingrecht zijn de belangrijkste staten waaraan heffingsrechten worden toegekend de woonstaat of plaats van inwonerschap en de bronstaat. De meeste actieve inkomsten worden aan de bronstaat toegekend, waarbij een bepaalde (minimum) nexus met het bronland wordt geëist. Voorbeelden van een dergelijke nexus zijn de aanwezigheid van een vaste inrichting, vaste vertegenwoordiger of een bepaalde verblijfsduur voor het verrichten van arbeid. Het heffingsrecht over passieve inkomsten zoals rente, dividend en royalties komt primair toe aan het woon- of vestigingsland. Vaak wordt er over dergelijke inkomsten ook een beperkt heffingsrecht aan het bronland toegekend. Deze verdeling van heffingsrechten komt terug in het systeem van bilaterale belastingverdragen, welke vooral zijn afgeleid van het OESO-modelverdrag. Verder kent deze verdeling ook een basis in de Moeder-dochterrichtlijn en de Interest- en royaltyrichtlijn. Het bronland moet op grond van het OESO-modelverdrag en de Europese richtlijnen afzien van de heffing van een bronstaatheffingen bij intragroep betalingen van dividend, rente en royalties.²⁷⁰

5.3.3 Heffing op basis van het oorsprongsbeginsel

Bij het oorsprongsbeginsel wordt belasting geheven in het land waar het inkomen wordt gerealiseerd. Het oorsprongsbeginsel kent de grootste betekenis toe aan de plaats waar de activiteiten plaatsvinden waarmee het inkomen wordt verdiend en de plaats waar de bron van het inkomen ligt, is hieraan ondergeschikt.²⁷¹ Volgens het oorsprongsbeginsel zal het heffingsrecht worden toegekend aan het land waar de activiteiten worden verricht die tot de winst leiden. Dit kan het land zijn waar de betalende vennootschap is gevestigd, maar dat hoeft niet zo te zijn. Neem bijvoorbeeld rente. Deze wordt verdiend in het land waar de crediteur ondernemingsactiviteiten verricht om de rentebetaling te kunnen voldoen. Dit is vaak gelijk aan de plaats waar de (intellectuele) arbeid wordt verricht. De activiteiten die tot de winst leiden waarmee de rentebetaling wordt gefinancierd, hoeven namelijk niet per se te worden verricht in het land waar de rentebetaling wordt gedaan. Indien de betalende vennootschap activiteiten uitvoert in een ander land en voornoemde

²⁶⁹ Zie paragraaf 3.3.2 van dit onderzoek.

²⁷⁰ Stevens, *TFO 2014/131.2*, onderdeel 2.

²⁷¹ Stevens, *TFO 2014/131.2*, onderdeel 3.3.

inkomsten toerekenbaar zijn aan de activiteiten in dat land, zal het heffingsrecht op basis van het oorsprongsbeginsel ook toekomen aan dat land.

Een belastingheffing die is gebaseerd op het oorsprongsbeginsel doet ook recht aan het profijtbeginsel. Op basis van het profijtbeginsel dient degene die gebaat is bij een overheidsuitgave ook bij te dragen aan de kosten van de desbetreffende overheidsuitgave. Overheidsuitgaven stellen een belastingplichtige namelijk in staat om inkomen te produceren.²⁷² Het is de crediteur bij een rentebetaling en de ontvanger van een royaltybetaling die profijt heeft van de rente- respectievelijk royalty-inkomsten. Zijn individuele draagkracht wordt verhoogd en hij geniet een voordeel van de overheidsuitgaven die de betaler in staat stellen om inkomen te genereren en de interest- of royaltybetaling te doen. Dientengevolge moet de ontvanger van een rente- of royaltybetaling volgens het profijtbeginsel als belastingplichtige worden aangemerkt. De ontvanger is gebaat bij de overheidsuitgaven van de staat waarin de betaler van de interest- of royaltybetaling is gevestigd en moet dus een bijdrage leveren aan de staatskas van deze staat. Deze staat betreft de oorsprongsstaat. Nu kan met betrekking tot het profijtbeginsel ook de redenering worden gevolgd dat het heffingsrecht over een interest- of royaltybetaling aan de woonstaat van de crediteur/ontvanger moet toekomen. De crediteur of ontvanger wordt namelijk als belastingplichtige aangemerkt, maar woont niet in de staat waar de oorsprong van het inkomensbestanddeel ligt en in deze staat wordt dus geen gebruik gemaakt van de publieke voorzieningen. De crediteur of ontvanger maakt namelijk gebruik van de publieke voorzieningen in zijn woonstaat. Deze visie hanteren onder andere Pötgens en Sleurink.²⁷³ Ik kan mij echter beter vinden in de visie van Kemmeren, die het profijtbeginsel uitlegt in het verlengde van het oorsprongsbeginsel. Hierbij wordt namelijk aansluiting gezocht bij de productiezijde van het vermogen. De crediteur zou de belasting moeten afdragen aan de oorsprongsstaat, omdat hier gebruik is gemaakt van de publieke voorzieningen om inkomen te generen.²⁷⁴ Uit dit inkomen is de interest- of royaltybetaling gedaan die de draagkracht van de crediteur heeft verhoogd en het is dus de crediteur die profijt heeft van de overheidsuitgaven die in de bronstaat zijn gedaan.

Verder komt het inkomen waarvan de interestbetaling wordt betaald, meestal op in het territoir van de staat waar de debiteur dit inkomen verdient. Door middel van een toewijzing van heffingsrechten aan de oorsprongsstaat wordt ook recht gedaan aan het territorialiteitsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat de omvang van de heffingsrechten van een staat louter wordt bepaald door het inkomen dat in de desbetreffende staat wordt verdiend. Zo is ook bij het territorialiteitsbeginsel het belastingniveau

²⁷² Kemmeren, *WFR 2009/401*, onderdeel 2.1.

²⁷³ Deze invalshoek met betrekking tot het profijtbeginsel hanteren Pötgens en Sleurink voor hun fiscaal-juridische analyse van de dividendbelasting. Zie hiervoor Pötgens en Sleurink, *WFR 2018/163*, onderdeel 4.

²⁷⁴ Kemmeren, *WFR 2015/1107*, onderdeel 3.1.

van de oorsprongsstaat leidend.²⁷⁵ Er moet immers sprake zijn van een causale relatie tussen het territoir en het inkomen.

Kemmeren acht het oorsprongsbeginsel het belangrijkste beginsel om de verdeling van belastingheffing over jurisdicties op te baseren. Het oorsprongsbeginsel is namelijk het sterkst verbonden met een belasting die gebaseerd is op economische verbondenheid. Bovendien wordt er met een belastingheffing gebaseerd op het oorsprongsbeginsel aansluiting gevonden bij de in het kader van het draagkrachtbeginsel te onderscheiden productiezijde van het vermogen.²⁷⁶ Ook Stevens pleit voor een verdeling van heffingsrechten gebaseerd op het oorsprongsbeginsel.²⁷⁷ Hij beargumenteert dat inkomen niet spontaan ontstaat; (intellectuele) arbeid is essentieel voor de realisatie ervan. Dientengevolge zou het heffingsrecht moeten toekomen aan de staat waar de oorsprong van deze (intellectuele) arbeid zich bevindt.

Aangezien het oorsprongsbeginsel grote betekenis toekent aan de plaats waar de activiteiten plaatsvinden waarmee het inkomen wordt verdiend, wordt naar mijn mening ook de meest optimale verdeling van heffingsrechten tussen staten gerealiseerd wanneer deze verdeling op het oorsprongsbeginsel wordt gebaseerd. Verder bewerkstelligt een verdeling van heffingsrechten gebaseerd op het oorsprongsbeginsel dat ondernemingen hun fair share betalen in de landen waarin zij activiteiten verrichten. Het heffingsrecht komt dan namelijk toe aan de staat waar de oorsprong van die activiteiten ligt.

5.3.4 Optimale verdeling van heffingsrechten over interest en royalties

Nu het oorsprongsbeginsel uitvoerig is besproken, is het interessant te bekijken hoe dit beginsel zich verhoudt tot een effectieve verdeling van heffingsrechten met betrekking tot interest en royalties. Hieronder wordt voor interest- en royalty-inkomsten respectievelijk besproken of het heffingsrecht over deze inkomsten moet toekomen aan de woonstaat of de bronstaat. Het oorsprongsbeginsel wordt hierbij als uitgangspunt genomen. Er is gekozen om een verdeling van de heffingsrechten tussen de bronstaat en de woonstaat te maken, omdat in het huidige internationale fiscale beleid de heffingsrechten ook worden verdeeld tussen de woonstaat en de bronstaat.²⁷⁸

²⁷⁵ Kemmeren, *WFR 2015/1107*, onderdeel 3.1.

²⁷⁶ Kemmeren, *WFR 2009/401*, onderdeel 2.1.

²⁷⁷ Stevens, *TFO 2014/131.2*, onderdeel 3.3.

²⁷⁸ De verdeling van verschillende inkomstenbronnen, waaronder interest- en royaltystromen die met name van belang zijn voor dit onderzoek, vindt plaats tussen de bronstaat en de woonstaat volgens het OESO-modelverdrag. Het overgrote deel van de door Nederland gesloten belastingverdragen is gebaseerd op dit modelverdrag.

5.3.4.1 Interest

Binnen het huidige internationale fiscale beleid wordt het heffingsrecht over rentestromen hoofdzakelijk toegekend aan de woonstaat.²⁷⁹ Met betrekking tot de verstrekking van vreemd vermogen zal de crediteur in deze staat zijn gevestigd. De debiteur verdient echter in de oorsprongsstaat het inkomen waarmee de interestbetalingen verdiend worden. Het zijn de activiteiten van de debiteur die de toegevoegde waarde creëren en deze activiteiten vormen de oorsprong van de rente-inkomsten die de crediteur ontvangt. Deze inkomsten hoeven niet per se in de bronstaat op te komen, maar vaak zal dit wel het geval zijn. De woonstaat valt in ieder geval uit te sluiten als jurisdictie waar de oorsprong van het inkomen ligt.

Een heffing gebaseerd op het oorsprongsbeginsel over rentestromen is het meest zuiver. Desalniettemin gaat mijn voorkeur uit naar een heffing op interest die toekomt aan de bronstaat. Het is namelijk in de praktijk vaak gecompliceerd om exact te bepalen waar de oorsprong van een rentebetaling zich bevindt. Het is daarentegen relatief eenvoudig te bepalen waar de debiteur zich bevindt. Bovendien wordt bij de invoering van een belasting op basis van het oorsprongsbeginsel de huidige verdeling van heffingsbevoegdheden in het internationaal fiscaal beleid volledig veranderd. Door middel van een bronstaatheffing wordt er nauw aangesloten bij het oorsprongsbeginsel. Debiteuren wenden aangetrokken financiering veelal in het bronland aan, waardoor de oorsprong en de bron vaak overeenkomen. Voor veel landen die een bronstaatheffing op interest hebben, is aansluiting bij de economische activiteit dan ook een reden voor het hanteren van een dergelijke bronbelasting.²⁸⁰

Ook Kemmeren - die pleit voor een belastingheffing gebaseerd op het oorsprongsbeginsel - geeft bij zijn optimale verdeling van heffingsrechten aan dat het heffingsrecht over een intereststroom aan de bronstaat moet toekomen indien er geen oorsprongsstaat kan worden vastgesteld. Er wordt dan teruggevallen op de veronderstelling dat de staat waarvan de debiteur de rentebetaling heeft gedaan voor de toedeling van heffingsrechten onder het verdrag de oorsprongsstaat is.²⁸¹

Verder is een bronstaatheffing op interest een robuuste manier om profit shifting te voorkomen. Voor de heffing wordt namelijk aansluiting gezocht bij de plaats waar de feitelijke economische activiteiten van de onderneming plaatsvinden. Bij de beslissing voor deze locatie spelen fiscale overwegingen een minder belangrijke rol en zijn andere vestigingsfactoren juist van groter belang. Kunstmatige vormen van winstverschuivingen waaraan fiscale overwegingen ten grondslag liggen, worden zo effectief bestreden.²⁸² Op basis hiervan concludeer ik dat Nederland als bronstaat zich het heffingsrecht over intereststromen moet toe-eigenen.

²⁷⁹ Zie paragraaf 4.2 van dit onderzoek.

²⁸⁰ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7, p. 47.

²⁸¹ E.C.C.M. Kemmeren, *Principle of origin in tax conventions: a rethinking of models*, Dongen, Pijnenburg uitgevers, Proefschrift Universiteit van Tilburg, 2001, blz. 589.

²⁸² Stevens, *TFO 2014/131.2*, onderdeel 3.3.

5.3.4.2 Royalties

Waar het met betrekking tot rentebetalingen duidelijk is dat deze effectiever worden belast in de bronstaat dan in de woonstaat, is dit lastiger te bepalen voor royalties. Dit zijn complexere inkomsten, wat ook blijkt uit de uitgebreide definitie van royalties zoals opgenomen in het commentaar bij het VN-Modelverdrag:

*'Royalties zijn betalingen voor het gebruik van, of het recht op gebruik van, intellectuele eigendom, apparatuur of knowhow (informatie over industriële, commerciële of wetenschappelijke ervaring). Royalties omvatten de overdracht van het gebruik van, of het recht op gebruik van eigendom of knowhow.'*²⁸³

Een royaltybetaling kan worden uitgesplitst in vergoedingen voor verschillende componenten. Dit zijn meestal vergoedingen voor de ontwikkelingskosten, het risico dat wordt gelopen, de onderhoudskosten/doorontwikkelingskosten en een rentecomponent.²⁸⁴ Wanneer deze componenten hun oorsprong in verschillende landen vinden, zal de heffingsbevoegdheid over de royalty-inkomsten op grond van het oorsprongsbeginsel ook worden verdeeld over deze landen. De interestvergoeding moet worden toegerekend aan het land waar het intellectual property recht (IP-recht) wordt gebruikt, omdat daar de rente immers wordt verdiend. Op basis van de argumentatie die hiervoor met betrekking tot de verdeling van het heffingsrecht over interest is toegelicht, zou het heffingsrecht over de interestcomponent aan de bronstaat moeten toekomen. De overige componenten hebben voornamelijk verband met de (door)ontwikkeling van het IP-recht, welke activiteiten meestal plaatsvinden in het land waar de ontvanger van de royaltybetalingen is gevestigd. In deze staat is de intellectuele arbeid verricht en ligt het economisch risico. Verder is in deze staat gebruik gemaakt van de publieke voorzieningen om het IP-recht te ontwikkelen en binnen het territoir van deze staat is het IP-recht ontwikkeld. Het land waar het IP-recht is ontwikkeld, zal eerder de woonstaat dan de bronstaat zijn.

Er bestaat de nodige onduidelijkheid over de omvang van de interestcomponent die in royalty-inkomsten zit. Zo geeft Kemmeren bij zijn optimale verdeling van heffingsrechten aan dat deze omvang bilateraal moet worden overeengekomen. De LIBOR kan hierbij als indicatie dienen voor de hoogte van de interestcomponent.²⁸⁵ Het VN-Modelverdrag kent, in tegenstelling tot het OESO-Modelverdrag, een heffingsrecht toe aan de bronstaat over royalty-inkomsten.²⁸⁶ Daarin wordt echter

²⁸³ Commentaar bij art. 12 VN-modelverdrag, blz. 319.

²⁸⁴ E.C.C.M. Kemmeren, Principle of origin in tax conventions: a rethinking of models, Dongen, Pijnenburg uitgevers, Proefschrift Universiteit van Tilburg, 2001, blz. 453.

²⁸⁵ E.C.C.M. Kemmeren, Principle of origin in tax conventions: a rethinking of models, Dongen, Pijnenburg uitgevers, Proefschrift Universiteit van Tilburg, 2001, blz. 453.

²⁸⁶ Zie art. 12 lid 2 VN-Modelverdrag.

ook geen indicatie gegeven voor de hoogte van het bronstaattarief. Verder wordt in het commentaar bij het royalty-artikel aangegeven dat het complex is om het juiste tarief voor het bronland te bepalen en dat dit tarief door middel van bilateraal overleg moet worden overeengekomen.²⁸⁷ Het is dus een erg complexe aangelegenheid om per geval te oordelen over de grootte van de interestcomponent binnen de volledige waarde van de royaltybetaling en vrijwel niet uitvoerbaar om deze vervolgens separaat in de bronstaat te belasten.

Verder is er na de 2017-update van het VN-Modelverdrag een artikel 12A toegevoegd dat ziet op de inkomsten uit technische diensten. De heffing over de bruto-betaling wordt op basis van het desbetreffende artikel aan de bronstaat toegewezen.²⁸⁸ Het VN-modelverdrag komt op de meeste punten overeen met het OESO-modelverdrag, waardoor eenheid en gelijkkluidendheid wordt nagestreefd. Hetzelfde geldt voor het commentaar. Een verschil met het OESO-modelverdrag betreft het feit dat het VN-modelverdrag de positie van ontwikkelingslanden benadrukt en dit modelverdrag kent in het algemeen meer heffingsrecht toe aan de bronlanden. Nederland volgt echter het OESO-modelverdrag voor haar verdragsbeleid en de Staatssecretaris van Financiën ziet ook geen aanleiding om het VN-modelverdrag te gaan hanteren in plaats van het OESO-modelverdrag.²⁸⁹ Een dergelijk artikel met een bronstaatheffing op technische diensten zal dus naar alle waarschijnlijkheid niet in de Nederlandse verdragen worden ingevoerd binnen afzienbare tijd.

Een fiscaal juridische grondslag voor een toewijzing van de heffingsechten aan de bronstaat ontbreekt en met een toewijzing van de heffingsrechten over royalty-inkomsten aan de woonstaat wordt meer recht gedaan aan het oorsprongsbeginsel. Een woonstaatheffing op royalty-inkomsten is echter kwetsbaar voor belastingontwijking. Na de ontwikkeling van het IP-recht kan dit recht immers worden overgedragen aan een vennootschap die gevestigd is in een belastingparadijs. De belastbare winst die bij deze overdracht wordt gerealiseerd, wordt op grond van het oorsprongsbeginsel en door middel van een woonstaatheffing ook toegerekend aan het land waar het IP-recht is ontwikkeld. Het oorsprongsbeginsel gaat echter niet zover dat deze overdracht wordt genegeerd. Na de overdracht zijn de inkomsten belastbaar in het land waar de vennootschap is gevestigd die het eigendom van het IP-recht houdt. Het risico van belastingontwijking heeft dus voornamelijk betrekking op waardeinstijgingen van het IP-recht na de overdracht.

Nu is eerder in dit onderzoek gebleken dat belastingontwijking door middel van royaltybetalingen aan gelieerde entiteiten gevestigd in LTJ's effectief kan worden bestreden met een bronstaatheffing

²⁸⁷ Commentaar bij het VN-Modelverdrag, blz. 295 en 299.

²⁸⁸ Zie art. 12A lid 1 VN-Modelverdrag.

²⁸⁹ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 13 december 2018, nr. 2018-0000218836.

op royaltystromen.²⁹⁰ Uit een onderzoek van het CPB is verder gebleken dat een conditionele bronstaatheffing op royalties effectief een grote stroom aan royalty-inkomsten zal treffen die vanuit Nederland worden betaald aan entiteiten gevestigd in LTJ's. Het grootste deel van deze royalties stroomt naar Bermuda.²⁹¹ Hierdoor ben ik van mening dat de woonstaat in eerste instantie het heffingsrecht over royalty-inkomsten moet verkrijgen, aangezien dit fiscaal-economisch gezien wenselijk is. Verder moet Nederland als bronstaat ook conditioneel heffen over royaltystromen indien de royalty-inkomsten in de woonstaat bij de ontvanger niet voldoende worden belast.

5.4 Alternatief 2: een volwaardige bronbelasting op interest en een conditionele bronbelasting op royalties

5.4.1 Algemeen

Er is vastgesteld dat een bronstaatheffing op interest en royalties effectief belastingontwijkende structuren kan bestrijden. Verder is op basis van een fiscaal-economische analyse vastgesteld dat een verdeling van heffingsrechten gebaseerd op het oorsprongsbeginsel effectief kunstmatige winstverschuivingen tegen kan gaan. Het heffingsrecht over interest moet dan toekomen aan de bronstaat en het heffingsrecht over royalties moet dan in principe toekomen aan de woonstaat. Aangezien een woonstaatheffing op royaltystromen toch kwetsbaar blijft voor belastingontwijkende structuren, moet de bronstaat bij kunnen heffen indien de royaltybetaling niet voldoende in de woonstaat wordt belast. Om daadwerkelijk heffingsrechten in deze situaties te effectueren, moet er een bronbelasting op interest en royalties worden ingevoerd. Voor het tweede alternatief stel ik voor om in plaats van een conditionele bronbelasting, een volwaardige bronbelasting op interest en een conditionele bronbelasting op royalties in te voeren. Het tweede alternatief vereist meer ingrijpende veranderingen van het belastingstelsel dan het eerste alternatief. Hoe een dergelijke bronbelasting op interest- en royalties moet worden vormgegeven, wordt in het vervolg van deze paragraaf besproken. Hierbij wordt eerst besproken hoe een dergelijke bronbelasting in de nationale wet moet worden opgenomen en vervolgens komen de gevolgen voor de belastingverdragen en de Interest- en royaltyrichtlijn aan bod.

²⁹⁰ Zie paragraaf 5.2.2 van dit onderzoek. Met de nodige aanpassingen kan een wet gebaseerd op het conceptvoorstel een doeltreffende en evenredige werking hebben.

²⁹¹ Lejour, Möhlmann en van 't Riet, CPB policy brief - Doorsluisland NL doorgelicht, januari 2019, blz. 8.

5.4.2 Nationaalrechtelijke aspecten

5.4.2.1 Inhoudingsplicht en belastingplicht

Aangezien Nederland een volwaardige bronheffing op dividenden kent, wordt de dividendbelasting als uitgangspunt genomen voor de bronbelasting op interest. De bronbelasting wordt door inhouding geheven van de inkomstengerechtigde²⁹², maar het lichaam dat de rentebetaling verschuldigd is, wordt aangemerkt als inhoudingsplichtige.²⁹³ Verder zijn alle vennootschapsbelastingplichtige lichamen mogelijk inhoudingsplichtig voor de bronbelasting. Niet-ingezetene vennootschappen kunnen door bijvoorbeeld een vaste inrichting in Nederland ook inhoudingsplichtig zijn. Verder moeten de oprichtingsficties van art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 en art. 1 lid 3 Wet DB 1965 in de voorgestelde bronbelasting worden verwerkt. Hierdoor wordt voorkomen dat vennootschappen om louter fiscale redenen hun feitelijke leiding naar het buitenland verplaatsen.²⁹⁴

Een verschil met de dividendbelasting en de bronbelasting is het feit dat dividenduitkeringen niet kunnen plaatsvinden tussen een vaste inrichting en een in het buitenland gelegen hoofdhuis. Schuldfinanciering kan daarentegen wel tussen een vaste inrichting en een hoofdhuis plaatsvinden. De belastingplicht van de bronbelasting op interest moet hierdoor breder worden geformuleerd dan de belastingplicht van de huidige dividendbelasting, zodat er belastingplicht ontstaat wanneer er rentebetalingen worden ontvangen van een in Nederland gevestigde entiteit of vaste inrichting. Niet alleen entiteiten, maar ook vaste inrichtingen gaan zo onder de reikwijdte van de bronbelasting op interest vallen.

De belastingplicht voor de conditionele bronbelasting op royalties komt overeen met die van het aangepaste conceptvoorstel zoals bij alternatief 1 besproken. Dit betreffen dus lichamen gevestigd in een LTJ, vaste inrichtingen gevestigd in een LTJ, hybride entiteiten en tussenhoudsters in misbruiksituaties.

5.4.2.2 Grondslag

De bronbelasting op interest wordt geheven over alle rente die ontvangen is van lichamen die de corresponderende rentelasten kunnen aftrekken van de Nederlandse grondslag voor de vennootschapsbelasting. Hierdoor wordt aansluiting gevonden bij het single tax principle. Vleggeert en Vording leggen het single tax principle zo uit dat inkomen altijd eenmaal effectief moet worden

²⁹² Gebaseerd op art. 1 lid 1 Wet DB 1965. Voor de heffing van dividendbelasting worden zowel natuurlijke personen als rechtspersonen als gerechtigd aangemerkt. De bronbelasting op interest en royalties is slechts van toepassing op betalingen tussen entiteiten.

²⁹³ Gebaseerd op art. 7 lid 2 Wet DB 1965.

²⁹⁴ Dit houdt in dat na een verplaatsing van de feitelijke leiding de vennootschap nog steeds geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd, indien de oprichting van het lichaam heeft plaatsgevonden naar Nederlands recht. Zie hiervoor Kamerstukken II 1965/66, 6000, nr. 16, p. 2.

belast, daarmee in het midden latend in welke staat dat gebeurt.²⁹⁵ De bronbelasting op rente zal niet verrekenbaar zijn met de vennootschapsbelasting, omdat de rentebetaling al aftrekbaar is van de grondslag voor de vennootschapsbelasting. Hierdoor wordt recht gedaan aan het single tax principle.

Met betrekking tot de begripsbepaling van een schuldvordering wordt aangesloten bij het begrip in de vennootschapsbelasting, zodat kwalificatieverschillen tussen de bronbelasting en de vennootschapsbelasting worden voorkomen.²⁹⁶ Rentebetalingen over vorderingen die fiscaal worden geherkwalificeerd naar eigen vermogen vallen dientengevolge buiten de grondslag van de bronbelasting.

Royaltybetalingen zullen onder de grondslag van de bronbelasting vallen indien ze aan een gelieerde entiteit worden uitbetaald. Voor het begrip 'gelieerdheid' wordt aangesloten bij de definitie van het wetsvoorstel Bronbelasting 2020. Er is sprake van geleerdheid bij een bezit van minimaal 50% van de stemrechten. Dan kunnen namelijk de activiteiten van de gelieerde vennootschap worden bepaald. Daarnaast is er nog sprake van gelieerdheid in twee andere situaties. Ten eerste wanneer een derde partij een kwalificerend belang heeft in zowel het ontvangende als het betalende lichaam. Ten tweede wanneer het ontvangende lichaam behoort tot een samenwerkende groep en deze samenwerkende groep gezamenlijk een kwalificerend belang heeft in het betalende lichaam. Belastingontwijking vindt namelijk meestal plaats in gelieerde situaties.²⁹⁷

Het criterium uit alternatief 1 op het conceptvoorstel dat de royaltybetaling bij de ontvanger tegen een minimaal effectief tarief van 9% moet worden belast, wordt echter niet in de nationale wet opgenomen. Dit criterium moet namelijk in de verdragen en de Interest- en royaltyrichtlijn worden opgenomen. De redenen hiervoor worden in paragraaf 5.4.3 besproken.

5.4.2.3 Tarief

Het tarief van de volwaardige bronbelasting op interest en royalties is gelijk aan het tarief van de vennootschapsbelasting. Stevens geeft ook aan dat het tarief gelijk moet zijn aan het vennootschapsbelastingtarief om rente effectief in de bronstaat te kunnen belasten.²⁹⁸ Het is immers de bedoeling dat verdragsrechtelijk wordt geregeld dat de woonstaat geheel afziet van heffing over de rente-inkomsten bij de ontvanger. Verder vindt er aftrek van de betalingen in de bronstaat plaats tegen het tarief van de vennootschapsbelasting.

Met betrekking tot de heffing op royalty-inkomsten acht ik hetzelfde tarief adequaat, omdat deze conditionele belasting een afschrikkende werking moet hebben. In paragraaf 3.3.2 heb ik dan ook

²⁹⁵ Vleggeert en Vording, *WFR 2019/41*, onderdeel 3.

²⁹⁶ Hier wordt bedoeld op de schijnlening, de bodemloze putlening en de deelnemerschapslening van art. 10 lid 1 onderdeel d Wet Vpb 1969.

²⁹⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 10.

²⁹⁸ Stevens, *TFO 2014/131.2*, onderdeel 3.3.

beargumenteerde dat een tarief dat aansluit bij de vennootschapsbelasting de doeltreffendheid van de belasting ten goede komt. In combinatie met de buitenlandse belastingplicht in de vennootschapsbelasting kan er een erg hoog cumulatief tarief op royaltybetalingen worden geheven. In de praktijk zullen belastingplichtigen deze cumulatieve heffing zoveel mogelijk voorkomen. De opbrengsten voor de staatskas van een dergelijke belasting zijn dan ook begroot op nihil.²⁹⁹ Verder is het van belang dat binnen de EU en de OESO overeenstemming wordt bereikt over een minimumtarief om belastingconcurrentie te beperken.³⁰⁰

5.4.3 Verdragsrechtelijke en Europese aspecten

Om de correcte verdeling van heffingsrechten over interest en royalties te realiseren, moet het verdragsbeleid van Nederland met betrekking tot deze inkomsten worden gewijzigd. Het heffingsrecht over interest moet volledig toekomen aan de bronstaat. De verdragen moeten hiervoor aangepast worden. Verder moet de conditionaliteit van de bronbelasting op royalties ook in de verdragen en de Interest- en royaltyrichtlijn worden vastgelegd. Wanneer deze conditionaliteit met betrekking tot het effectieve tarief in de nationale wetgeving wordt geregeld, kan er namelijk strijdigheid met het EU-recht ontstaan. Dit wordt aan de hand van Europeesrechtelijke jurisprudentie hierna uitgewerkt.

Indien aansluiting wordt gevonden bij het effectieve tarief om te bepalen of er een bronheffing op royalties wordt ingehouden, kan de bronstaatheffing ook van toepassing zijn op betalingen binnen de EU. Er wordt dan een onderscheid gemaakt tussen ontvangende entiteiten die wel voldoende worden belast en ontvangende entiteiten die niet voldoende worden belast. Een dergelijk onderscheid tussen grensoverschrijdende gevallen kan strijdigheid met de vrijheid van vestiging tot gevolg hebben. De bepaling zal niet strijdig zijn met de vrijheid van vestiging indien er een rechtvaardigingsgrond voor dit onderscheid kan worden aangevoerd. Hier speelt het arrest Eurowings een belangrijke rol.³⁰¹ In dit arrest mocht een betaling fiscaal niet ongunstiger worden behandeld, omdat de ontvanger (gevestigd in een andere lidstaat) een fiscaal voordeel verkreeg.³⁰² Een dergelijke situatie is ook aan de orde met een conditioneel geheven bronbelasting over royaltystromen die bij de ontvanger niet voldoende worden belast. Hiermee valt het doek voor een conditionele bronbelasting op royalties die in de nationale wetgeving is vastgelegd.

Ook wanneer de conditionaliteit wordt vastgelegd in de belastingverdragen, wordt er een onderscheid tussen twee grensoverschrijdende gevallen gemaakt. In tegenstelling tot de situatie bij

²⁹⁹ Kamerstukken II 2017/18, 34 700, nr. 49, blz. 39. Zie ook aant. Redactie van Vakstudie Nieuws, V-N 2017/50.3.

³⁰⁰ Vleggeert en Vording, *WFR* 2018/3, onderdeel 4.

³⁰¹ HvJ EG 26 oktober 1999, nr. C-294/97 (Eurowings).

³⁰² HvJ EG 26 oktober 1999, nr. C-294/97 (Eurowings), r.o. 43 t/m 45.

Eurowings, leidt een nationaalrechtelijke bepaling niet tot dit onderscheid. Dit blijkt uit het D-arrest.³⁰³ Hierin werden twee grensoverschrijdende gevallen niet vergelijkbaar beschouwd volgens het HvJ EG. De verschillende behandeling kwam voort uit de verdeling van heffingsrechten op basis van een verdragsrechtelijke bepaling. Een dergelijke bepaling kan niet worden beschouwd als een voordeel dat kan worden losgekoppeld van de rest van de overeenkomst (het verdrag), maar maakt daarvan integrerend deel uit en draagt bij tot het algehele evenwicht ervan.³⁰⁴ Hieruit kunnen we concluderen dat er geen strijdigheid met het EU-recht ontstaat indien de conditionaliteit met betrekking tot de bronbelasting op royalties wordt vastgelegd in de belastingverdragen.

Naast de belastingverdragen dient de Interest- en royaltyrichtlijn ook te worden aangepast. Hier is nu een vrijstelling van bronbelasting in opgenomen voor gelieerde situaties. Deze vrijstelling moet onder de voorwaarde dat bij de ontvanger over de royalty-inkomsten niet effectief voldoende belasting wordt geheven, worden ontnomen. Verder moet deze richtlijn dusdanig worden veranderd dat deze richtlijn het heffingsrecht over interest geheel aan de bronstaat toekent. Met betrekking tot royalties dient de antimisbruikbepaling in de richtlijn³⁰⁵ te worden aangepast, zodat de bronstaat een heffingsrecht gelijk aan het tarief van de vennootschapsbelasting verkrijgt indien de royalty-inkomsten in de ontvangststaat niet tegen een effectief tarief van minimaal 9% worden belast.

Vleggeert en Vording geven bij hun voorstel voor een conditionele bronheffing op interest en royalties ook aan dat de conditionaliteit van een dergelijke belasting in de belastingverdragen en de Interest- en royaltyrichtlijn moet worden vastgelegd.³⁰⁶

5.5 Analyse op basis van het toetsingskader

5.5.1 Doeltreffendheid en evenredigheid

Heffing op basis van het oorsprongsbeginsel wordt gezien als een robuuste manier om profit shifting te voorkomen. Voor de heffing wordt namelijk aansluiting gezocht bij de plaats waar de feitelijke economische activiteiten van de onderneming plaatsvinden. Bij de beslissing voor deze locatie spelen fiscale overwegingen een minder belangrijke rol en zijn andere vestigingsfactoren juist van groter belang. Kunstmatige vormen van winstverschuivingen waaraan fiscale overwegingen ten grondslag liggen, worden zo effectief bestreden. Een bronstaatheffing op interest sluit aan bij een belastingheffing gebaseerd op het oorsprongsbeginsel en diensgevolge werkt een dergelijke belasting doeltreffend om belastingontwijking te bestrijden.

³⁰³ HvJ EG 5 juli 2005, *nr. C-376/03* (D).

³⁰⁴ HvJ EG 5 juli 2005, *nr. C-376/03* (D), r.o. 60 t/m 62.

³⁰⁵ Art. 5 Richtlijn 2003/49/EG.

³⁰⁶ Vleggeert en Vording, *WFR 2019/41*, onderdeel 4.

Een woonstaatheffing op royalties is gevoeliger voor belastingontwijkende structuren. Vandaar dat de bronbelasting op royalties ook toepassing vindt wanneer de royalty-inkomsten bij de ontvanger niet voldoende worden belast. Dit spoort deze landen ook aan om hun winstbelastingtarief te verhogen. Verder is de conditionele bronstaatheffing op royalties grotendeels gebaseerd op de conditionele bronbelasting van alternatief 1 en bevat deze dus ook een tegenbewijsregeling, waardoor het reële bedrijfsleven niet wordt geschaad door deze bepaling.

De doeltreffendheid en evenredigheid van het tweede alternatief acht ik hierdoor beter dan de doeltreffendheid en evenredigheid van het conceptvoorstel en net zo goed als die van alternatief 1.

5.5.2 Rechtszekerheid

De rechtszekerheid van het conceptvoorstel is ruim voldoende en het tweede alternatief doet hier geen afbreuk aan. Ook de antimisbruikbepaling van de conditionele bronstaatheffing op royalties van alternatief 2 is gebaseerd op het BEPS-actieplan van de OESO en ATAD1 van de EU, wat de rechtszekerheid van de bronbelasting ten goede komt. Op dit punt vindt geen significante verandering plaats. De antimisbruikbepaling bevat namelijk zowel een subjectieve als een objectieve toets, net als de PPT.³⁰⁷ Aan de objectieve toets wordt een concrete invulling gegeven door een aantal bij ministeriële regeling te stellen voorwaarden waaraan de tussenhoudster cumulatief moet voldoen.³⁰⁸ Verder wordt de volwaardige bronbelasting op interest gebaseerd op de dividendbelasting en is deze dus ook juridisch sterk ingekaderd.

5.5.3 Uitvoerbaarheid

Aangezien rente bij de berekening van de fiscale winst voor de vennootschapsbelasting in aftrek wordt gebracht, is het in het algemeen eenvoudig te controleren voor de Belastingdienst of er bronbelasting ingehouden moet worden.³⁰⁹

De bronbelasting op royalties vereist meer mankracht om correct uitgevoerd te worden. Voor de heffing van deze belasting moet namelijk per situatie het effectieve tarief bij de ontvanger van de royaltybetaling worden vastgesteld. Hiervoor is een hooggekwalificeerde toezichtcapaciteit vereist. Verder zal het aanpassen van de door Nederland gesloten belastingverdragen om de conditionaliteit hierin vast te leggen, een grote operatie zijn. Deze verdragen moeten namelijk dusdanig worden aangepast dat de bronstaat het heffingsrecht over intereststromen verkrijgt. Verder is een aanpassing van de Interest- en royaltyrichtlijn moeilijk te realiseren. Dit is echter noodzakelijk voor

³⁰⁷ In paragraaf 3.2.5 van dit onderzoek worden de objectieve toets en de subjectieve toets van de antimisbruikbepaling uitvoerig besproken.

³⁰⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, blz. 44.

³⁰⁹ Stevens, *TFO 2014/131.2*, onderdeel 3.3.

de uitvoering van het tweede alternatief. Dit betreft een fiscale maatregel en voor fiscale aangelegenheden is een stemming van de lidstaten met unanimiteit noodzakelijk.³¹⁰

Het tweede alternatief is hierdoor minder goed uitvoerbaar dan het conceptvoorstel en het eerste alternatief.

5.5.4 Doelmatigheid

Door de implementatie van alternatief 2 zal Nederland niet slechts bronbelasting op interest in belastingontwijkende structuren en misbruiksituaties heffen. De opbrengst van een volwaardige bronbelasting op interest zal dus niet nihil zijn. Voor de conditionele bronbelasting op royalties wordt daarentegen wel een verwaarloosbare opbrengst verwacht. Deze bronbelasting moet alleen een afschrikkende werking hebben en daardoor verwacht ik dat heffing van deze conditionele bronbelasting (nagenoeg) niet zal voorkomen.

De doelmatigheid verbetert hierdoor in vergelijking tot het conceptvoorstel en alternatief 1.

5.5.5 Internationale en Europese inpasbaarheid

Alternatief 2 maakt een grote stap voorwaarts in vergelijking tot het eerste alternatief en het conceptvoorstel met betrekking tot de internationale en Europese inpasbaarheid. Door aan te sluiten bij het effectieve tarief is er geen risico op staatssteun, wat een knelpunt bij het oorspronkelijke conceptvoorstel is. De conditionaliteit wordt in de verdragen en de Interest- en royaltyrichtlijn opgenomen, waardoor de bronbelasting op royalties niet strijdig zal zijn met de vrijheid van vestiging. Verder komt de antimisbruikbepaling van de conditionele bronbelasting op royalties overeen met de antimisbruikbepaling van de aangepaste conditionele bronbelasting op interest en royalties (alternatief 1) en deze bepaling zal dus ook niet tot strijdigheid met het EU-recht leiden.

De volwaardige bronbelasting op interest zal niet verrekenbaar zijn met de vennootschapsbelasting. Dit geldt voor zowel binnenlandse als buitenlandse belastingplichtigen, en voor zowel aanmerkelijkbelanghouders als beleggers. Door het ontbreken van een dergelijk onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse situaties, zal ook op dit punt geen strijd met de vrijheid van vestiging of kapitaal ontstaan.

Het volgende schema weergeeft een overzicht van de scores op de verschillende toetsingscriteria met betrekking tot het conceptvoorstel en alternatief 2:

³¹⁰ De Europese Commissie heeft echter discussie om af te stappen van fiscale unanimiteit. De Staatssecretaris van Financiën heeft echter als reactie hierop aangegeven dat hij het belangrijk vindt dat lidstaten uiteindelijk zelf beslissen over welke belasting zij heffen van ingezetenen. Besluitvorming met unanimiteit past daar het beste bij. Zie hiervoor de Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 16 april 2019, nr. 2019-0000063181.

Toetscriterium	Conceptvoorstel	Alternatief 2
Doeltreffendheid en evenredigheid	+	++
Rechtszekerheid	++	++
Uitvoerbaarheid	0	- -
Doelmatigheid	- -	-
Internationale en Europese inpasbaarheid	-	+

5.6 Deelconclusie

In de voorgaande hoofdstukken is het voorstel van de Wet Bronbelasting 2020 uitvoerig besproken. De bronstaatheffing op interest en royalties zal namelijk in grote mate overeenkomen met dit wetsvoorstel. De analyse werd uitgevoerd op basis van een toetsingskader en aan de hand hiervan werden de nodige knelpunten met betrekking tot het conceptvoorstel vastgesteld. In dit hoofdstuk zijn daarom twee alternatieven voor het conceptvoorstel besproken.

Alternatief 1 betreft een aanpassing van het originele voorstel om de nodige knelpunten te verhelpen. Zo wordt er niet langer bij het statutaire tarief, maar het effectieve tarief aangesloten om te bepalen of de interest- of royalty-inkomsten bij de ontvanger voldoende worden belast. Verder wordt de antisimisbruikbepaling voor de belastingplicht van tussenhoudsters aangepast, zodat op dit geen gevaar op staatssteun meer zal bestaan. De antisimisbruikbepaling wordt uitgebreid met een tegenbewijsregeling en de samenloop met de earningsstrippingbepaling uit ATAD1 wordt beter geregeld door een vrijstelling voor de bronbelasting op te nemen wanneer desbetreffende renteaftrekbepaling toepassing vindt.

Uit de analyse van dit alternatief op basis van het toetsingskader blijkt dat de bronbelasting een doeltreffendere en evenredigere werking krijgt. Alternatief 1 blijkt alleen complexer in de uitvoering in vergelijking tot het originele conceptvoorstel. Met betrekking tot de rechtszekerheid, doelmatigheid en de internationale en Europese inpasbaarheid zullen er geen significante verschillen optreden.

Vervolgens is een optimale verdeling van heffingsrechten met betrekking tot interest en royalty-inkomsten gemaakt. Deze verdeling is gebaseerd op het oorsprongsbeginsel. Een belastingheffing gebaseerd op het oorsprongsbeginsel kan in de praktijk erg gecompliceerd uitwerken. Een heffing gebaseerd op het bronbeginsel is beter uitvoerbaar. Hieruit blijkt dat de heffingsrechten over interest

aan de bronstaat moet toekomen. De heffingsrechten over royalties moeten aan de woonstaat toekomen. Een bronstaatheffing op royalties kan echter belastingontwijkende structuren effectief bestrijden en hierdoor wordt voorgesteld om een conditioneel heffingsrecht toe te kennen aan de bronstaat. Er moet namelijk een belastingheffing ontstaan die waarborgt dat royaltystromen voldoende worden belast en ondernemingen diensgevolge hun fair share bijdragen in de landen waarin zij actief zijn.

Alternatief 2 is mede gebaseerd op de analyse met betrekking tot een optimale verdeling van heffingsrechten en betreft een volwaardige bronheffing op interest en een conditionele bronheffing op royalties. De volwaardige bronbelasting op interest zal conform de dividendbelasting worden vormgegeven. De conditionele bronbelasting op royalties zal binnen de EU en in verdragssituaties alleen worden geheven als de ontvanger van de royalties daarover onvoldoende wordt belast. Deze conditionaliteit wordt neergelegd in de belastingverdragen en de Interest- en royaltyrichtlijn.

Op basis van het toetsingskader leidt een volwaardige bronstaatheffing op interest en een conditionele bronstaatheffing op royalties ertoe dat ondernemingen hun fair share gaan betalen in de landen waarin ze actief zijn. Het leidt tot de meest optimale verdeling van heffingsrechten over interest- en royaltystromen tussen staten. Bovendien is deze belasting doelmatiger en is een dergelijke belasting internationaal en Europees inpasbaar. Het tweede alternatief is echter relatief moeilijk te realiseren.

Het onderstaande schema geeft een overzicht van de verschillende toetsingscriteria en de scores van het conceptvoorstel, alternatief 1 en alternatief 2 op deze criteria.

Toetscriterium	Conceptvoorstel	Alternatief 1	Alternatief 2
Doeltreffendheid en evenredigheid	+	++	++
Rechtszekerheid	++	++	++
Uitvoerbaarheid	0	0	- -
Doelmatigheid	- -	- -	-
Internationale en Europese inpasbaarheid	-	-	+

Hoofdstuk 6: Eindconclusie

6.1 Inleiding

De strijd tegen belastingontwijking heeft zich de afgelopen jaren in een sneltreinvaart ontwikkeld. Internationale instanties als de EU en de OESO hebben maatregelen getroffen om (multinationale) ondernemingen hun fair share aan belasting te laten betalen in de landen waarin zij ondernemingsactiviteiten verrichten. Staten worden gedwongen en aanbevolen om deze maatregelen in hun nationale wetgeving te implementeren, maar deze implementatie is niet altijd succesvol. Maatschappelijke discussies over ondernemingen die door middel van fiscale structuren belasting ontwijken, zijn het gevolg. Nederland wordt in deze discussies vaak aangewezen als doorsluisland, dat ondernemingen faciliteert om belasting te ontwijken. Het kabinet is daarom voornemens om een conditionele bronbelasting op interest- en royaltystromen in te voeren. Deze conditionele bronbelasting op interest en royalties heeft aanleiding gegeven tot het onderzoek dat in deze scriptie centraal staat. Bij het invoeren van een dergelijke belasting moet namelijk een aantal factoren in acht worden genomen. De belasting moet natuurlijk een doeltreffende en evenredige werking hebben, zodat het Nederlandse vestigingsklimaat niet onnodig wordt geschaad. Verder moet een dergelijke maatregel in overeenstemming zijn met het EU-recht en geen verboden staatssteun opleveren. Aan de hand van verschillende deelonderwerpen is de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

In hoeverre is een bronstaatheffing op interest en royalties noodzakelijk om kunstmatige winstverschuivingen van multinationale ondernemingen op basis van fiscale motieven tegen te gaan en hoe kan een dergelijke belastingwet zo optimaal mogelijk worden vormgegeven?

Aan de hand van acht deelvragen is in dit onderzoek een sluitend antwoord gegeven op deze hoofdvraag. In dit hoofdstuk worden eerst de bevindingen uit het onderzoek per deelvraag besproken. Daarna volgt een slot met aanbevelingen.

6.2 Deelvragen

Wat zijn de motieven voor ondernemingen om hun fair share aan belasting te betalen en hoe kan worden afgedwongen dat ondernemingen hun fair share betalen in de landen waar zij ondernemingsactiviteiten verrichten?

Winstmaximalisatie is een veel voorkomend motief voor ondernemingen om belasting te ontwijken en dientengevolge de fair share niet te betalen. Deze winstmaximalisatie is het gevolg van een afweging die wordt gemaakt tussen de kosten van de belastingdruk en de opbrengsten van de

publieke voorzieningen die bekostigd worden met de belastinginkomsten in het land van vestiging. Daarentegen kunnen ondernemingen ook intern en extern gemotiveerd worden om hun fair share aan belastingen wel af te dragen. Externe motivatie ontstaat vaak door druk van stakeholders en internationale instanties als de OESO en de EU. Interne motivatie is vaak het gevolg van maatschappelijk verantwoord ondernemen.

Verder blijkt het gecompliceerd om bij ondernemingen af te dwingen dat zij hun fair share aan belasting betalen. De fair share-gedachte is namelijk te onbepaald om concreet te kunnen verwoorden in wettelijke bepalingen. Ook omvat de fair share-gedachte verschillende morele waarden en het rechtssysteem kan morele waarden niet uitputtend codificeren. Maatschappelijke discussies over ondernemingen die middels fiscale structuren belasting ontwijken zijn het gevolg van deze gebrekkige implementatie in de wetgeving.

Welke rol vervult het Nederlandse vestigingsklimaat in de discussie met betrekking tot belastingontwijking en welke maatregelen zijn al genomen om belastingontwijking tegen te gaan?

Uit verschillende onderzoeken blijkt dat Nederland een belangrijke rol vervult in het faciliteren van fiscale structuren van ondernemingen waarbij belastingontwijking beoogd wordt. Deze onderzoeken tonen aan dat Nederland een aantrekkelijk fiscaal klimaat heeft voor de vestiging van substance-arme houdstervennootschappen. Hierdoor stroomt er een grote hoeveelheid aan passieve inkomsten door ons land. Nederland wordt daarom vaak bestempeld als doorsluisland. De belangrijkste fiscale kenmerken van dit aantrekkelijke vestigingsklimaat zijn het verdragennetwerk, de deelnemingsvrijstelling, de rullingpraktijk en de afwezigheid van een bronstaatheffing op interest en royalties.

Mede door de druk van instanties als de OESO en de EU bestrijdt Nederland belastingontwijking en substance-loze houdstervennootschappen. De afgelopen jaren zijn er daarom antimisbruikbepalingen met substance-eisen in de door Nederland gesloten belastingverdragen ingevoerd. Ook in de Moeder-dochterrichtlijn is een algemene antimisbruikbepaling ingevoerd die in de Nederlandse wet is geïmplementeerd en er worden strengere eisen gesteld voor een onderneming om een rulling te krijgen. De invoering van een conditionele bronstaatheffing op interest en royalties is de volgende stap die Nederland neemt om belastingontwijking via laagbelastende jurisdicties te bestrijden.

Hoe ziet het conceptvoorstel met betrekking tot de conditionele bronbelasting op interest en royalties eruit en voldoet het conceptvoorstel aan de criteria uit het toetsingskader?

Naar verwachting gaat Nederland vanaf 2021 een bronbelasting op interest en royalties kennen. Hiermee wordt beoogd om laagbelastende landen te bestrijden door een passieve inkomensstroom van 22 miljard euro die naar deze staten stroomt tegen te gaan. De bronbelasting op interest en royalties zal een gelijksoortige vormgeving krijgen als het inmiddels ingetrokken voorstel voor de Wet Bronbelasting 2020. Dit voorstel wordt dan ook als uitgangspunt genomen voor het onderzoek. De bronbelasting krijgt een conditioneel karakter en wordt slechts geheven over interest- en royaltybetalingen aan gelieerde entiteiten gevestigd in laagbelastende jurisdicties en in misbruiksituaties. Het tarief van de conditionele bronheffing wordt gelijk aan het tarief van de vennootschapsbelasting.

Om te bepalen of het wetsvoorstel van de bronbelasting een sluitend geheel vormt, is getoetst aan de verschillende criteria uit het toetsingskader. Uit deze analyse blijkt dat de bronbelasting doeltreffend de passieve stroom aan rente- en royalty-inkomsten naar laagbelastende jurisdicties kan bestrijden, maar dat ook het reële bedrijfsleven getroffen kan worden door de bronheffing. Dit doet afbreuk aan de evenredigheid van de maatregel. Verder wordt het vestigingsklimaat van Nederland hierdoor onnodig geschaad. De bronbelasting biedt een hoge rechtszekerheid aan belastingplichtigen en is uitvoerbaar, maar de Belastingdienst zal wel de nodige menskracht moeten inzetten voor een adequate uitvoering. Verder is een goede samenwerking met andere EU-lidstaten en verdragspartners noodzakelijk voor de uitvoering van de bronbelasting. De opbrengst voor de staatskas wordt op nihil geschat en er moeten natuurlijk de nodige kosten worden gemaakt door de Belastingdienst voor de uitvoering van de bronbelasting, waardoor het conceptvoorstel slecht scoort op de doelmatigheid.

Hoe verhoudt het conceptvoorstel zich tot de maatregelen uit BEPS, ATAD en de Interest- en royaltyrichtlijn?

De bronbelasting op interest en royalties is in overeenstemming met de BEPS-actiepunten en kan zelfs een goede aanvulling vormen op het BEPS-plan om preferentiële fiscale regimes van staten tegen te gaan. De bronbelasting is ook hoofdzakelijk in overeenstemming met ATAD1. Een betere afstemming met de earningsstrippingregel uit deze richtlijn is wel vereist. Ook een betere afstemming met ATAD2 is nodig, aangezien deze net als de bronbelasting belastingontwijking door middel van hybride entiteiten beoogt te bestrijden.

In relatie tot de Interest- en royaltyrichtlijn is het de antimisbruikbepaling uit het conceptvoorstel die voor mogelijke strijdigheid met het EU-recht kan leiden. In deze antimisbruikbepaling is namelijk een volstrekt kunstmatigheidsvereiste opgenomen, waaraan minder belang wordt toegekend naar aanleiding van recente rechtspraak van het HvJ.

Leidt de conditionele bronstaatheffing op interest en royalties mogelijk tot verboden staatssteun in de zin van art. 107 VWEU?

De conditionele bronstaatheffing mag niet leiden tot een risico op verboden staatssteun in de zin van art. 107 VWEU. Om te bepalen of er sprake is van verboden staatssteun, moet aan verschillende criteria worden getoetst. Met betrekking tot fiscale maatregelen komt vaak de beslissende betekenis toe aan het selectiviteitsvereiste. Dit geldt ook voor de bronstaatheffing op interest en royalties. Er kan sprake zijn van een selectieve bevoordeling door de definiëring van een laagbelastende jurisdictie. Deze definiëring is namelijk niet coherent met het doel van de bronheffing, waardoor belastingplichtigen die eigenlijk onder de werking van de bronbelasting moeten vallen de kans ontspringen. Dit leidt tot een selectieve bevoordeling van een groep belastingplichtigen en tot een risico op verboden staatssteun.

Wat is de invloed van een bronstaatheffing op interest en royalties op het Nederlandse verdragenbeleid en de toekomstige verdragsonderhandelingen?

In de huidige verdragen hebben Nederland en haar verdragspartners nog geen rekening kunnen houden met de bronbelasting. De bestaande verdragen dienen dus te worden aangepast, zodat Nederland door middel van de verdeling van het heffingsrechten in de verdragen de heffing van de bronbelasting daadwerkelijke kan effectueren. Deze aanpassing vormt een ommekeer ten opzichte van het Nederlands verdragsbeleid in het verleden. Nederland streefde er namelijk altijd naar om in belastingverdragen een woonstaatheffing op te nemen met betrekking tot interest- en royalty-inkomsten.

De antimisbruikbepaling uit de bronbelasting op interest en royalties is gebaseerd op de PPT en werkt door in de verdragen door middel van het MLI. Het is hierbij van belang dat ook de betreffende verdragspartner hiermee instemt door ratificatie van het MLI.

Verder heeft de Staatssecretaris van Financiën aangegeven dat er naast de PPT een specifieke antimisbruikbepaling in de verdragen wordt opgenomen waarbij het reële bedrijfsleven moet worden ontzien. De criteria van deze specifieke antimisbruikbepaling wijken echter af van de criteria van de antimisbruikbepaling uit het conceptvoorstel. Een volledige afstemming hiertussen is wenselijk.

Wat is een fiscaal-economische optimale verdeling van heffingsrechten tussen de bronstaat en woonstaat met betrekking tot interest- en royalty-inkomsten?

Een optimale verdeling van heffingsrechten tussen de bronstaat en de woonstaat met betrekking tot interest- en royaltystromen is gebaseerd op het oorsprongsbeginsel. Een belastingheffing gebaseerd op het oorsprongsbeginsel betreft een robuuste manier om profit shifting te voorkomen.

Voor de heffing wordt namelijk aansluiting gezocht bij de plaats waar de feitelijke economische activiteiten van de onderneming plaatsvinden. Bij de beslissing voor deze locatie spelen fiscale overwegingen een minder belangrijke rol en zijn andere vestigingsfactoren juist van groter belang. Kunstmatige vormen van winstverschuivingen waaraan fiscale overwegingen ten grondslag liggen, worden zo effectief bestreden. Uit de fiscaal-economische analyse blijkt dat de heffingsrechten over interest aan de bronstaat moeten toekomen. De heffingsrechten over royalties moeten primair aan de woonstaat worden toegekend. Een woonstaatheffing op royalties is echter gevoelig voor belastingontwijking en een bronstaatheffing op royalties kan belastingontwijkende structuren effectief bestrijden. Daardoor moet de bronstaat ook conditioneel over royalties kunnen heffen.

Zijn er alternatieven voor het conceptvoorstel van de bronstaatheffing op interest en royalties en hoe scoren die op de criteria uit het toetsingskader?

In dit onderzoek zijn twee alternatieven gegeven voor het conceptvoorstel. Het eerste alternatief betreft een aangepast voorstel om de knelpunten die zijn vastgesteld aan de hand van de analyse op grond van het toetsingskader te verhelpen. Zo wordt er niet langer bij het statutaire tarief, maar het effectieve tarief aangesloten om te bepalen of de interest- of royalty-inkomsten bij de ontvanger voldoende worden belast. Hierdoor zal er geen risico op verboden staatssteun meer bestaan. De antimisbruikbepaling wordt uitgebreid met een tegenbewijsregeling voor het reële bedrijfsleven en de samenloop met de earningsstrippingbepaling uit ATAD1 wordt beter geregeld door het opnemen van een vrijstelling van de bronbelasting indien de desbetreffende renteaftrekbepaling toepassing vindt. Uit de analyse van dit alternatief op basis van het toetsingskader blijkt dat de bronbelasting een doeltreffendere en evenredigere werking krijgt. Alternatief 1 blijkt alleen complexer in de uitvoering in vergelijking tot het originele conceptvoorstel. Met betrekking tot de rechtszekerheid, doelmatigheid en de internationale en Europese inpasbaarheid zullen er geen significante verschillen optreden.

Het tweede alternatief betreft een volwaardige bronheffing op interest en een conditionele bronheffing op royalties. De volwaardige bronbelasting op interest zal conform de dividendbelasting worden vormgegeven, met de nodige aanpassingen waar nodig. De conditionele bronbelasting op royalties is gebaseerd op de conditionele heffing van het eerste alternatief en zal binnen de EU en in verdragssituaties alleen worden geheven als de ontvanger van de royalties daarover onvoldoende wordt belast. Deze conditionaliteit wordt neergelegd in de belastingverdragen en de Interest- en royaltyrichtlijn.

Op basis van het toetsingskader leidt een volwaardige bronstaatheffing op interest en een conditionele bronstaatheffing op royalties ertoe dat ondernemingen hun fair share gaan betalen in de landen waarin ze actief zijn. Het leidt tot de meest optimale verdeling van heffingsrechten over

interest- en royaltystromen tussen staten. Bovendien is deze belasting doelmatiger en is een dergelijke belasting internationaal en Europees inpasbaar. De implementatie van het tweede alternatief vereist echter ingrijpende veranderingen van het (internationale) fiscale beleid en is hierdoor moeilijk te realiseren.

6.3 Slot en aanbevelingen

Nederland dient zich proactief op te stellen ten aanzien van de internationale ontwikkelingen die belastingontwijking beogen te bestrijden en beogen af te dwingen dat ondernemingen hun fair share betalen. Door het in lijn brengen van haar nationale wetgeving met deze internationale ontwikkelingen toont Nederland aan betrokken te zijn bij de internationale discussie omtrent belastingontwijking. Het feit dat Nederland voornemens is om een bronstaatheffing op interest en royalties in te voeren, draagt hieraan bij.

Het is duidelijk dat de huidige fiscale behandeling van intereststromen en royaltystromen aan een aanpassing toe is: Nederland fungeert met betrekking tot deze inkomsten als doorsluisland naar laagbelastende landen, waardoor ondernemingen deze inkomsten (vrijwel) onbelast naar entiteiten gevestigd in dergelijke landen kunnen uitbetalen. Het voorstel van het kabinet om een bronstaatheffing op interest en royalties in te voeren is dus een stap in de goede richting om de reputatie van Nederland als doorsluisland te verbeteren. Hierbij is het echter van belang dat Nederland zich bewust is van haar positie ten opzichte van andere landen; Nederland moet als vestigingsland aantrekkelijk blijven voor buitenlandse investeerders. Handel met het buitenland blijft immers een belangrijke drijfveer voor de Nederlandse economie. De verwachte vormgeving van de conditionele bronstaatheffing vormt nog geen sluitend geheel. Zo kan het reële bedrijfsleven ook worden geschaad door de bronbelasting, wat negatieve gevolgen heeft voor het Nederlandse investeringsklimaat voor buitenlandse ondernemingen. De nodige aanpassingen op het conceptvoorstel zijn dus wenselijk.

Indien de regering bereid is om een ingrijpendere fiscale beleidsverandering door te voeren, kan een volwaardige bronbelasting op interest worden ingevoerd en daarnaast een conditionele bronbelasting op royalties. Hierdoor worden laagbelastende landen doeltreffend bestreden. Dit alternatief is echter erg gecompliceerd om te implementeren. Zo is hiervoor verdergaande internationale gegevensuitwisseling en meer coördinatie van het internationale fiscale beleid noodzakelijk. De start van deze verdergaande internationale samenwerking moet ergens worden gemaakt en ik zie hier een mooie kans voor Nederland om initiatief te tonen.

Literatuurlijst

Artikelen

- Albregtse, D.A., De Panama Papers: veel opschudding, maar weinig nieuws (onder de zon)!, *WFR* 2017/8.
- Bender, T., Engelen, F.A., BEPS-actie 6: De maatregelen tegen treaty shopping – bedreiging en kans, *WFR* 2016/51.
- Bosman, R. A., Bestrijding van verdragsmisbruik in de 2017-update van het OESO-Modelverdrag, *MBB* 2018/6-09.
- Bossche, A. van den, Over de EU-grenzen aan fiscale concurrentie tussen lidstaten: interne markt, Unietrouw, staatssteun, *SEW* 2016, nr. 7/8.
- Engelen, F.A., De lotgevallen van Starbucks, Amazon en Google, *NTFR* 2013/158.
- Gooijer, J., Substance-eisen en de brievenbusmaatschappij, *NTFR* 2018/2345.
- Graham, J.R., Hanlon, M., Shevlin, T., en Shroff, N., Incentives for Tax Planning and Avoidance: Evidence from the Field, *The Accounting Review*, Vol. 89, No. 3, blz. 991-1023.
- Gribnau, J.L.M., Belastingen, ethiek en waarden. Een weerbarstig driespan, *WFR* 2017/660.
- Happé, H.R., Fiscale ethiek voor multinationals, *WFR* 2015/938.
- Hemels, S.J.C., Rompen, J.W., Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit? *WFR* 2010/1058.
- Hofman, A.W., De deelnemingsverrekening, *TFO* 2012/121.
- Kam, F.W.G., Invoering van een bronbelasting en afschaffing van de dividendbelasting alsmede wijziging van enige wetten in verband met enkele maatregelen voor het bedrijfsleven (Wet bronbelasting 2020), *NTFR* 2018/2248.
- Kavelaars, P., Exitheffingen en antimisbruikbepalingen onder ATAD1, *TFO* 2019/161.3.
- Kemmeren, E.C.C.M., Renteaftrek is niet het probleem in de vennootschapsbelasting; wel het niet-belasten van rente!, *WFR* 2009/401.
- Kemmeren, E.C.C.M., BEPS en renteaftrek en andere financiële betalingen: de verkeerde route, *WFR* 2015/1107.
- Lambooy, M.V., Het post-BEPS fiscale transparantieregime, *TFO* 2016/147.4.
- Lohuis, H., Antwoorden op Kamervragen van Leijten (SP) inzake de Nederlandse lijst van laagbelastende landen, *NTFR* 2019/289.
- Panayi, International Tax Law in the Post-BEPs World, Singapore Management University School of Accountancy, Research Paper n. 2016-S-47.
- Pötgens, F.P.G., Het regeerakkoord en het vestigingsklimaat, *WFR* 2017/227.
- Redactie Vakstudie Nieuws, Reactie Staatssecretaris van Financiën op 'Final Reports' van BEPS-actiepunten, *V-N* 2015/56.4.

Redactie Vakstudie Nieuws, Fiscale plannen nieuwe kabinet. Regeerakkoord 2017–2021, *V-N* 2017/50.3.

Redactie Vakstudie Nieuws, Lijst van niet-coöperatieve fiscale rechtsgebieden gepubliceerd, *V-N* 2018/2.13.

Redactie Vakstudie Nieuws, Notitie aanpak belastingontwijking en belastingontduiking, *V-N* 2018/14.2.

Redactie Vakstudie Nieuws, Zwarte lijst telt momenteel negen belastingparadijzen, *V-N* 2018/23.7.

Redactie Vakstudie Nieuws, Wet bronbelasting 2020. Memorie van toelichting Algemeen, *V-N* 2018/52.9.

Stevens, L., Fiscale ethiek voor iedereen, *WFR* 2015/1060.

Stevens, S.A., De fair share plicht van landen en ondernemingen, *TFO* 2014/131.2.

Tetlock, P. E., A value pluralism model of ideological reasoning, *Journal of personality and social psychology*, 50(4), 819.

Vegt, P.C. van der, Conceptuele dilemma's ten aanzien van het begrip "selectieve belastingvoordelen", *WFR* 2017/3.

Vleggeert, J., De implementatie van de BEPS-acties door Nederland: Kroonjuwelen versus "aggressive tax planning indicators", *WFR* 2016/47.

Vleggeert, J. en Vording, H., Bronbelasting 2020: een wassen neus, *WFR* 2018/190.

Vleggeert, J. en Vording, H., Is Nederland een belastingparadijs?, *NJB* 2018/139.

Vleggeert, J. en Vording, H., Naar een bronbelasting op rente en royalty's: een stap verder dan het regeerakkoord, *WFR* 2018/3.

Vleggeert, J. en Vording, H., Nederland doorsluisland: hoe nu verder?, *WFR* 2019/41.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1965/66, 6000, nr. 16.

Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7.

Kamerstukken II 2016/17, 25 087, nr. 148.

Kamerstukken II 2017/18, 34 700, nr. 49.

Kamerstukken II 2017/18, 34 853, nr. 6.

Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 2.

Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3.

Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 10.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2001, nr. AFP2001/920.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. IFZ/2017/717 U.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 22 mei 2013, nr. IFZ2013/216 U.

Ministerie van Financiën, Besluit van 12 juni 2014, nr. DGB 2014/3099.

Ministerie van Financiën, Besluit van 12 juni 2014, nr. DGB 2014/3101.
Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 19 november 2015, nr. IZV/2015/936 U.
Wet van 23 december 2015, Stb. 1015, nr. 543.
Brief van de staatssecretaris van Financiën van 28 oktober 2016, nr. 2016-0000167694
Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 23 maart 2018, nr. 2018-0000046222.
Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 2018, nr. 2018-0000175261.
Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 6 november 2018, nr. 2018-0000185778.
Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 9 november 2018, nr. 2018-0000188142.
Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 7 november 2018, nr. 2018-0000179288.
Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 22 november 2018, nr. 2018-0000185524.
Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 26 november 2018, nr. 2018-0000195927.
Antwoorden nav het wetsvoorstel Wet bronbelasting 2020, nr. 2018Z19275, bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 26 november 2018, nr. 2018-0000195927.
Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 13 december 2018, nr. 2018-0000218836.
Besluit Staatssecretaris van Financiën van 31 december 2018, DB 2018/216528, Stcrt. 2018, 72064.
Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 16 april 2019, nr. 2019-0000063181.

Verdragen

EVRM

OESO-Modelverdrag

VN-Modelverdrag

Boeken en proefschriften

Bolt, L.L.E., Verweij, M.F. en van Delden, J.J.M., 'Ethiek in praktijk', Assen: Van Gorcum 2010.

De Graaf, A.C.G.A.C., Kavelaars, P., en Stevens, A.J.A., 'Internationaal belastingrecht', Fiscale studiereeks, Deventer: Kluwer 2017.

E.C.C.M. Kemmeren, 'Principle of origin in tax conventions: a rethinking of models', Proefschrift Universiteit van Tilburg, Dongen: Pijnenburg uitgevers 2001.

Kupperman, J., 'Value ... And What Follows', New York/Oxford: Oxford University Press 1998.

Poelmann, E., Cursus Belastingrecht FBR.5.1.1. D (Formeel Belastingrecht), 2019.

Rosen, H.S. en Gayer, T., 'Public Finance', New York: Mc Graw Hill 2014.

Stiglitz, J., 'The Roaring Nineties', New York: W.W. Norton & Company, Cornell University Press 2003.

Rapporten en beleidspapers

Lejour, A., Möhlmann, J., en van 't Riet, M., CPB policy brief - Doorsluisland NL doorgelicht, januari 2019.

CPB, 'Macro Economische Verkenning 2019', september 2018.

CPB, 'Doorsluisland NL doorgelicht', januari 2019.

DNBulletin, 'Bijzondere financiële instellingen van beperkt belang voor Nederlandse economie', 25 oktober 2018.

EY, 'Nederland blijft overtuigen als investeringsland, Barometer Nederlands vestigingsklimaat 2018',

Hers, J. Witteman, J. en Rougoor, W., 'Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi's', oktober 2018, Amsterdam: SEO.

Gravelle, 'Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion', 15 januari 2015.

OESO, 'BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, peer review documents', mei 2017.

OESO, 'Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue', april 1998.

Oxfam Novib beleidspaper, 'Medicijn voor armoede', september 2018.

Oxfam Novib beleidspaper, 'Tax Battles', 12 december 2016.

PwC, 'Tax transparency and country by country reporting BEPS and beyond', juni 2016.

SEO, 'Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi's', oktober 2018.

SEO, 'Uit de schaduw van het bankwezen', juni 2013.

Trouw en Het Financieele Dagblad, 'De slager stalt zijn geld op de Bahama's', april 2016.

Overige stukken

Bender en Vleggeert, 'Dit moet je weten over belastingontwijking', Universiteit van Leiden, 6 november 2017.

Mededeling 384/03 van de Commissie op 10 december 1998 over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van directe belastingen op ondernemingen (pbEU 1998, C 384/3).

Groenewegen, J., 'Groeit Nederlandse economie onverminderd hoog: ook in 2018 meer dan drie procent', 19 maart 2018, Economisch Kwartaalbericht Rabobank.

Gravelle, 'Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion', 15 januari 2015.

R.H. Happé, 'Fair share: gebrekkige juridische regel of vergeten ethische kompas', 2013, Rijkers bundel, Universiteit van Tilburg.

Europese Commissie, '2018 European Semester: Assessment of progress on structural reforms, prevention and correction of macroeconomic imbalances, and results of in-depth reviews under Regulation (EU) No 1176/2011', 7 maart 2018.

Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011.

Regeerakkoord 2017: 'Vertrouwen in de toekomst', oktober 2017.

Rijksoverheid, 'Nederland stelt zelf lijst laagbelastende landen vast in strijd tegen belastingontwijking', 28 december 2018.

Vleggeert en Vording, 'A Tax on Aggressive Tax Planning', Universiteit van Leiden, 10 april 2017.

Jurisprudentie

HR 19 januari 1994, nr. 28 646, BNB 1994/87.

HvJ EG 26 oktober 1999, nr. C-294/97 (Eurowings).

HvJ EU 13 april 2000, nr. C-251/98 (Baars).

HvJ EG 5 juli 2005, nr. C-376/03 (D).

HvJ EG 10 januari 2006, nr. C-222/04 (Cassa Risparmio di Firenze).

HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax).

HvJ EU 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes).

HvJ EG 10 mei 2007, nr. C-492/04 (Lasertec Gesellschaft für Stanzformen mbH).

HvJ EU 23 oktober 2007, nr. C-112/05 (Commissie/Duitsland).

HvJ EU 13 november 2012, nr. C-35/11 (Test Claimants in the FII Group Litigation (II)).

HR 5 juni 2015, nr. 14/00343.

HvJ EU 20 december 2017, nr. C-504/16 en C-613/16 (Deister Holding en Juhler Holding).

HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-135/17 (X GmbH).

HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (X-, C-, Z- Denmark en N Luxemburg).

HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en C-117/16 (T en Y Denmark).

Digitale bronnen en nieuwsberichten

BEPS Monitorings groep, 'Overall Evaluation of the G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project', via: <https://bepsmonitoringgroup.files.wordpress.com/2015/10/general-evaluation.pdf>.

'Consultatie fiscaal verdragsbeleid en aanwijzing van laagbelastende staten' via:

<http://www.allarts.nl/filelib/file/consultatiefiscaalverdragsbeleid-notitie25-09-2018.pdf>.

Eikelenboom, S. en Kakebeeke, P., 'Topholdings kiezen Nederland'. Het Financieele Dagblad, 13 augustus 2013, via:

<https://fd.nl/cookiewall?target=%2Ffrontpage%2Fondernemen%2F37246%2Ftopholdings-kiezen-nederland>.

Europese Commissie, 'Common EU list of third country jurisdictions for tax purposes', via:
https://ec.europa.eu/taxation_customs/tax-common-eu-list_en.

Europese Commissie, 'Questions and Answers on the EU list of non-cooperative tax jurisdictions',
via: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-5122_en.htm.

Haegens, 'Multinationals betalen steeds minder belasting, terwijl burgers juist meer kwijt zijn', De
Volkskrant, 12 maart 2018 via: <https://www.volkskrant.nl/economie/multinationals-betalen-steeds-minder-belasting-terwijl-burgers-juist-meer-kwijt-zijn~bbde2fe1/?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>.

Internationaal Monetair Fonds, 'Coordinated Direct Investment Survey', via:
<http://data.imf.org/?sk=40313609-F037-48C1-84B1-E1F1CE54D6D5&slid=1482247616261>.

Koos Schwartz, 'Nederland scoort als belastingparadijs', Trouw 5 juli 2018, via:
<https://www.trouw.nl/home/nederland-scoort-als-belastingparadijs~afe338be/>.

Marc van den Eerenbeemt en Robert Giebels, 'Belastingparadijs in de polder: Amerikaanse
multinationals zijn dol op Nederland', De Volkskrant 20 oktober 2017, via:
<https://www.volkskrant.nl/economie/belastingparadijs-in-de-polder-amerikaanse-multinationals-zijn-dol-op-nederland~b0f83c07/?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.nl%2F>

NOS, 'Zo kunnen bedrijven nog belasting ontwijken, dankzij Nederland', 5 december 2017 via:
<https://nos.nl/artikel/2206108-zo-kunnen-bedrijven-nog-belasting-ontwijken-dankzij-nederland.html>.

PwC Worldwide Tax Summaries, via: [http://taxsummaries.pwc.com/ID/Withholding-tax-\(WHT\)-rates](http://taxsummaries.pwc.com/ID/Withholding-tax-(WHT)-rates).

Rijksoverheid, 'Rijksoverheid stimuleert maatschappelijk verantwoord ondernemen', via:
<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/duurzame-economie/maatschappelijk-verantwoord-ondernemen>.

Tom Wouda, 'Goh: Nederland is wél een belastingparadijs', Quote 4 juli 2018, via:
<https://www.quotenet.nl/financien/belasting/a216294/goh-nederland-is-wel-een-belastingparadijs-216294/>.