

dr. F.P.J. Snel*

De Europese anti-belastingontwikpingsrichtlijn en deelnemingsvrijstelling

opinie

Dit stuk gaat eigenlijk nergens over. Of toch niet.

In het persbericht¹ van 21 juni 2016 over de Europese anti-belastingontwikpingsrichtlijn (de 'Richtlijn') wordt de Nederlandse deelnemingsvrijstelling niet genoemd. Bij eerste lezing zou je denken dat de Richtlijn niet tot veranderingen van de deelnemingsvrijstelling leidt.

De deelnemingsvrijstelling is een van de hoofdelementen van de Nederlandse internationale fiscale politiek. Een richtlijn die beoogt internationale belastingontwikping tegen te gaan, zal daarom bijna onvermijdelijk van invloed zijn op de Nederlandse deelnemingsvrijstelling.

Hoofdpijnen

De Richtlijn is aangenomen door de Raad. De tekst van de Richtlijn die de Raad heeft vastgesteld, wijkt af van de tekst die door het Europese Parlement is vastgesteld. Op het terrein van directe belastingen is instemming van het Europese Parlement niet vereist. Het Europese Parlement hoeft alleen maar geraadpleegd te worden.

De Richtlijn kent vijf soorten maatregelen: (1) beperking renteaftrek; (2) exit heffingen; (3) algemene anti-misbruik-regeling; (4) CFC-regels en (5) maatregelen tegen hybride mismatches. Twee daarvan zijn relevant voor de deelnemingsvrijstelling, te weten de CFC-regels en de maatregelen tegen hybride mismatches. De in eerste instantie voorgestelde Switch-over-bepaling is (op het laatste moment) uit de Richtlijn gehaald. De Switch-over-bepaling zou direct relevant geweest zijn voor de deelnemingsvrijstelling.

CFC

Naar mijn mening voorziet een CFC-regeling in een zwaardere sanctie dan de Switch-over-bepaling. Het is dan mijns inziens logisch dat de voorwaarden voor CFC 'strenger' zijn dan de voorwaarden voor het niet toepassen van de deelnemingsvrijstelling. Zo zit de Nederlandse wet ook in elkaar. De Nederlandse CFC, art. 13a VPB 1969, komt pas aan de orde bij een niet kwalificerende beleggingsdeelneming.

De Richtlijn heeft geen helder systeem. In artikel 7 (de CFC-bepaling) zit geen verwijzing naar de Switch-over-bepaling (ook niet toen de Switch-over-bepaling nog wel in de Richtlijn stond). Ook is de bewoording van de voorwaarden verschillend. Ik geef twee voorbeelden. Switch-over-bepaling: 'active business'; artikel 7 'substantive economic activity supported by staff, equipment, assets and premises'. En: Switch-over-bepaling zegt 'a corporate statutory tax rate'; artikel 7 heeft het over 'the actual corporate tax paid'.

Ook is het object verschillend. In de Switch-over-bepaling was het object het inkomen van de moedermaatschappij. Dat inkomen moet dan door de lidstaat belast worden. In de CFC-bepaling is het object het 'passieve inkomen' van de dochtermaatschappij. Dat inkomen moet bij de moedermaatschappij belast worden.

Ik denk daarom dat het systeem van de Richtlijn anders is dan het systeem van de VPB. De CFC-bepaling komt niet pas in beeld nadat de Switch-over-bepaling (of uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling op grond van de nationale wet) zou zijn toegepast, maar wordt parallel toegepast. Dus, ook als de Switch-over-bepaling (of de bestaande nationale wet) niet zou leiden tot uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling, kan de CFC-bepaling toch leiden tot belastingheffing bij de moedermaatschappij over 'passief inkomen' van de dochtermaatschappij. In dat geval is een dividenduitkering van de dochtermaatschappij uit 'actief inkomen' alsnog vrijgesteld bij de moedermaatschappij.

De Nederlandse regeling van art. 13a VPB 1969 ziet niet alleen op passief inkomen van de dochtermaatschappij, maar ziet ook op een waardestijging van de dochtermaatschappij. In theorie kan dat leiden tot zowel meer als minder bij de moedermaatschappij te belasten winst, afhankelijk van de vraag of er ook 'actief inkomen' is en of dat winst of verlies is.

Het lijkt mij dat Nederland niet zonder meer haar huidige systeem van art. 13 en art. 13a VPB 1969 kan aanpassen. Ik denk dat Nederland art. 13a VPB 1969 moet schrappen en

* Dr. F.P.J. Snel is als belastingadviseur verbonden aan Snel Corporate Tax & Law in Amsterdam.

1 <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2016/06/21/eu-landenpakken-belastingontwikping-aan>.

2 Ik baseer mij op de volgende online gepubliceerde versie: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10426-2016-INIT/en/pdf>.

een echte CFC-regeling moet invoeren. Dus een regeling die niet binnen de regeling van de deelnemingsvrijstelling werkt maar die onafhankelijk daarvan van toepassing is.

Op één punt is art. 13a VPB 1969 veel strenger. De grens ligt bij een 25%-belang. De Richtlijn legt de grens bij een 50%-belang. Dit nog even los van de verschillen in de wijze waarop 'belang' geformuleerd is. En, de CFC-bepaling ziet alleen op 'passief inkomen' van de directe dochtermaatschappij. Passief inkomen van kleindochters telt pas mee als het wordt uitgekeerd aan de dochtermaatschappij en/of de kleindochter verkocht wordt. Dit maakt de CFC-bepaling een papieren tijger. Echter, lidstaten mogen verder gaan. De Richtlijn bevat geen verbod om meer inkomen (alvast) bij de moedermaatschappij te belasten.

Er lijken twee dubbelstellingen in de CFC-bepalingen te zitten. Geheel zeker is dat echter niet, de tekst van de Richtlijn is voor tweeërlei uitleg vatbaar. Waar het om gaat of 'passief inkomen' van (achter)kleindochtermaatschappijen ook moet worden toegerekend aan de moedermaatschappij.

Waarom is de tekst van de Richtlijn voor tweeërlei uitleg vatbaar? De Richtlijn zegt in art. 8, lid 3: 'in proportion to the taxpayer's participation in the entity as defined in point (a) in paragraph 1 of Article 7'. Art. 7, lid 1, sub a zegt: 'in the case of an entity, the taxpayer by itself, or together with its associated enterprises holds a direct or indirect participation of more than 50 percent of the voting rights, or owns directly or indirectly more than 50 percent of capital or is entitled to receive more than 50 percent of the profits of that entity.' Naar mijn mening is een logische uitleg dat 'as defined in point (a) in paragraph 1 of Article 7' enkel verwijst naar 'the entity'. In dat geval moet alleen op basis van de directe deelname van de moedermaatschappij het inkomen van de dochtermaatschappij worden toegerekend. Echter, naar mijn mening kan 'as defined in point (a) in paragraph 1 of Article 7' ook verwijzen naar 'the taxpayer's participation in the entity'. In dat geval moet op basis van de directe en indirecte deelname van de moedermaatschappij het inkomen van de dochtermaatschappij worden toegerekend. Ik heb ook de Duitse³, Franse⁴, Italiaanse⁵, Nederlandse⁶, Portugese⁷ en Spaanse⁸ taalversies erbij genomen. Op basis daarvan durf ik geen definitief uitsluitel te geven, maar de Duitse taalversie lijkt erop te duiden dat de tweede lezing bedoeld zou zijn, omdat daar staat 'vom Steuerpflichtigen an dem Unternehmen gehaltenen Beteiligung im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a berechnen'.

Als de tweede lezing de juiste is, dan zijn dubbel- en meerstellingen mogelijk. In de tweede lezing moet ook 'passief inkomen' van (achter)kleindochters worden toegerekend aan de moeder. Echter, als die (achter)kleindochter haar winst uitdeelt als dividend, dan is dat dividend weer 'passief inkomen' van de (klein)dochter en moet opnieuw bij de moedermaatschappij worden toegerekend. Daarnaast, als

de directe dochtermaatschappij gevestigd is in een EU-lidstaat en de kleindochter een 'CFC-dochter' is, moet zowel de grootmoeder als de directe moedermaatschappij het 'passieve inkomen' bij hun belastbare winst optellen. Deze dubbel- en meerstellingen lijken mij ongewenst. Uit de overwegingen bij de Richtlijn maak ik ook niet op dat deze bedoeld zijn. Er is aandacht gevraagd voor dit punt, onder andere in het NOB-commentaar.⁹ Echter, er lijkt door de Nederlandse regering niets gedaan met dit punt.

Overigens, art. 9, lid 5 en 6 van de Richtlijn zorgen ervoor dat 'passief inkomen' van de dochtermaatschappij niet twee keer bij de moedermaatschappij belast wordt. Dividenden en of vermogenswinsten die daarmee samenhangen moeten ('shall') worden vrijgesteld. En, uiteraard, is er een credit voor onderliggende belasting voor het inkomen dat bij de moedermaatschappij belast wordt.

Moet ook art. 13 VPB 1969 worden aangepast? Op het eerste gezicht lijkt dat logisch. Toch hoeft het niet per se. Als onder de CFC-bepaling (een deel van) het inkomen van de dochtermaatschappij als inkomen bij de moedermaatschappij in aanmerking moet worden opgenomen, dan mag het dividend worden vrijgesteld. Toch lijkt het mij voor de hand liggen dat de deelnemingsvrijstelling wel wordt aangepast. Want door de CFC-deelneming nog niet gerealiseerde stille reserves zouden via een verkoop zonder heffing van vennootschapsbelasting gerealiseerd kunnen worden. Ik verwacht daarom dat de deelnemingsvrijstelling zodanig zal worden aangepast dat voor een CFC-deelneming de deelnemingsvrijstelling niet geldt.

In mijn proefschrift pleitte ik ervoor dat de vrijstellingsmethode de standaard is en dat onder voorwaarden de dochtermaatschappij als transparant moet worden aangemerkt.¹⁰ Naar mijn mening biedt de Richtlijn de ruimte om zo'n systeem in te voeren. Dus, alle (klein)dochtermaatschappijen waarvoor de deelnemingsvrijstelling niet geldt als transparant beschouwen (d.w.z. inkomsten, kosten, bezittingen, schulden en activiteiten toerekenen aan de moedermaatschappij). En dan voor zover de winst van die dochtermaatschappij uit actief inkomen en/of vastgoedinkomen bestaat, daarvoor een vrijstelling geven conform de vrijstelling voor vaste inrichtingen. Dividenden die door (klein)dochteren worden ontvangen uit CFC-deelnemingen zouden dan wegvallen (geen dubbelstelling) omdat ze door de transparantie fiscaal niet meer bestaan.

Hybride mismatches

Nederland heeft in de deelnemingsvrijstelling sinds 1 januari 2016 al een nieuwe regeling voor hybride mismatches, op grond van de aanpassing van de Moeder-dochterrichtlijn¹¹: art. 13, lid 17, VPB 1969.

3 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10426-2016-INT/de/pdf>.

4 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10426-2016-INT/fr/pdf>.

5 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10426-2016-INT/it/pdf>.

6 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10426-2016-INT/nl/pdf>.

7 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10426-2016-INT/pt/pdf>.

8 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10426-2016-INT/es/pdf>.

9 http://www.nob.net/sites/default/files/content/article/uploads/nob_commentaar_anti-beps_richtlijn.pdf, p. 12.

10 F.P.J. Snel, *Van moeders en dochters* (dissertatie UvA Amsterdam), Sdu Uitgevers, Amersfoort 2005, p. 203 - 205.

11 Richtlijn 2014/86/EU van 8 juli 2014.

Echter, gelet op art. 9 van de Richtlijn, zou Nederland deze bepaling weer kunnen intrekken met betrekking tot deelnemingen in EU-dochtermaatschappijen. In Nederland wordt de deelnemingsvrijstelling niet toegepast op een aftrekbaar betaling. Echter, art. 9 van de Richtlijn voorziet er juist in dat de betaling als niet-aftrekbaar wordt aangemerkt. Mij lijkt het meer voor de hand te liggen dat de betaling als niet-aftrekbaar wordt aangemerkt bij de dochtermaatschappij (conform de Richtlijn) dan dat ze belast worden bij de moedermaatschappij (conform de Moeder-dochterrichtlijn). Dit gezien het streven 'winst te belasten in het land waar die gemaakt wordt'. Overigens is het een slechte zaak dat de Richtlijn geen regels geeft voor de samenloop van de Richtlijn en de Moeder-dochterrichtlijn.

Ik zie bovendien niet in waarom Nederland hybride instrumenten met dochtermaatschappijen in derde landen niet gewoon dezelfde behandeling kan geven als voor 2016. Naar mijn mening is het aan het land van de dochtermaatschappij om iets te doen aan de aftrekbaarheid van de betaling. En ik vind het principieel onjuist dat de Nederlandse belasting afhangt van de fiscale kwalificatie in een ander land. De Moeder-dochterrichtlijn laat Nederland deze ruimte.

Mogelijke acties lidstaten

Niet alle lidstaten hebben de Richtlijn met evenveel enthousiasme begroet, zo maakte ik op uit diverse nieuwsberichten. Zeker na de Brexit en de daaruit voortvloeiende angst voor een nieuwe recessie, verwacht ik dat veel lidstaten niet zitten te wachten op een flinke lastenverzwaring voor het bedrijfsleven. Ook blijft naar mijn mening de door Van Brunschot gepostuleerde 'wet van de fiscale jungle'¹² gelden. Daaruit volgt dat niet aan een territorium gebonden geldstromen niet in een land zullen neerslaan dat er (relatief) veel belasting over heft.

Ik verwacht daarom dat – vooral kleinere lidstaten – zullen zoeken naar mogelijkheden om de lastenverzwaring te temperen en wellicht ook een (groter) deel van de internationale geldstromen naar zich toe te trekken.

Een voor de hand liggende gedachte is om het nationale belastingtarief te verlagen. In sommige landen is die al relatief laag. De CFC-bepalingen zullen dan niet alleen weinig toepassing vinden, maar ook als ze wel van toepassing zijn zal het effect beperkt zijn. De Richtlijn geeft geen minimum nationaal tarief. En als lidstaten hun tarieven verlagen,

kunnen andere lidstaten er haast niet onderuit om dat ook te doen om de verschillen te beperken. Als de Richtlijn in Nederland zou leiden tot een hogere belastinggrondslag en daardoor een hogere opbrengst, dan zou ook in Nederland overwogen moeten worden om het VPB-tarief als compensatie te verlagen.

Overigens, landen met een imputatiesysteem voor de samenhang tussen inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting kunnen relatief makkelijk hun tarief in de vennootschapsbelasting verlagen. Een deel van de verlaging van de vennootschapsbelasting komt dan weer terug als verhoging van de inkomstenbelasting. In Nederland zou gedacht kunnen worden aan een verlaging van het VPB-tarief naar 20% met een verhoging van het box 2-tarief naar 30%.¹³

Een andere gedachte is dat begrippen zoals 'substantive economic activity supported by staff, equipment, assets and premises' zeer soepel worden uitgelegd. Een eventuele procedure van de Commissie wegens het niet adequaat implementeren van de Richtlijn zal veel tijd vergen en in die tijd kan de lidstaat mogelijk profiteren van zijn extra goed concurrerende belastingstelsel.

Interessant is ook wat het Verenigd Koninkrijk gaat doen. Na de formalisering van de Brexit kunnen ze de Richtlijn naast zich neerleggen. Met een gunstig fiscaal klimaat voor houdster, financiering en andere internationale financiële operaties kunnen ze proberen de financiële industrie in de City te houden. Het lijkt erop dat het Verenigd Koninkrijk in ieder geval de belastingen voor ondernemingen zal verlagen.¹⁴

Afsluiting

De Europese anti-belastingontwikkelingsrichtlijn zoals die nu is aangenomen door de Raad van Ministers, gaat op het eerste gezicht niet over de deelnemingsvrijstelling. Nederland mag ook onder de Richtlijn een deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting hebben. Echter, het lijkt voor de hand te liggen dat op basis van de Richtlijn Nederland wel degelijk de deelnemingsvrijstelling zal herzien. In deze Opinie heb ik een overzicht willen geven wat er zou kunnen of moeten veranderen. Ik pleit daarbij voor een systeem waarbij de vrijstellingsmethode de standaard is en dat onder voorwaarden de (klein)dochtermaatschappij als transparant moet worden aangemerkt.

12 F.W.G.M. van Brunschot, inleiding, in: *Bespreking van het rapport van de commissie ter bestudering van het verschijnsel internationale belastingvlucht van lichamen, en van maatregelen daartegen* (Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no 198), Kluwer, Deventer 1995, p. 7.

13 Dat leidt tot een vrijwel gelijk druk van ongeveer 44% ($100 \cdot 0,8 \cdot 0,7 = 56$) voor dga's met IB-ondernemers ($100 \cdot (100 \cdot 0,86 \cdot 0,52) = 55,28$).

14 <http://www.telegraph.co.uk/business/2016/07/04/george-osborne-floats-plan-to-cut-uk-corporation-tax-to-15pc/>.