

WFR 2018/3

Naar een bronbelasting op rente en royalty's: een stap verder dan het regeerakkoord

MR. DR. J. VLEGGERT EN PROF. DR. H. VORDING¹

1 Inleiding

Uit het regeerakkoord² komt naar voren dat Nederland een bronheffing gaat invoeren op rente en royalty's op uitgaande stromen naar landen met lage belastingen. Dit voorstel komt niet uit de lucht vallen. Recent zijn in diverse internationale gremia voorstellen gedaan waarmee wordt beoogd bronheffingen op rente en royalty's in te zetten tegen belastingontwijking door multinationals. Zo bevat het VS-Modelverdrag³ sinds 2016 een bepaling die bronheffingen in stelling brengt tegen "special tax regimes". Een vergelijkbaar voorstel is neergelegd in het OECD, Action 6 Final Report 2015 – Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances (hierna: Action 6 Final Report 2015).⁴ Dit voorstel is in aangepaste vorm overgenomen als optionele bepaling in de 2017 concept update van het OESO-Commentaar.⁵ Verder staat het onderwerp op de agenda van de Europese Unie zoals blijkt uit de gesprekken over het opnemen van een zogenaemde "minimum effective tax clause" (hierna: MET clause) in de rente- en royaltyrichtlijn.⁶ De MET clause zou de vrijstelling

van bronheffing afhankelijk maken van de effectieve belasting over de rente en de royalty's bij de uiteindelijke gerechtigde. Eerder hebben wij in het *Bulletin for International Taxation* de invoering van een conditionele bronheffing op rente en royalty's bepleit.⁷ Ons voorstel behelst de invoering van een bronbelasting van 15% op rente en royalty's die worden betaald aan verbonden vennootschappen. Binnen de EU en in verdragsituaties zal de bronbelasting alleen worden geheven als de ontvanger van de rente en de royalty's daarover onvoldoende wordt belast. Deze voorwaarde maakt de bronbelasting "conditional". In ons voorstel wordt deze conditionaliteit neergelegd in de rente- en royaltyrichtlijn en de belastingverdragen. De conditionele bronheffing is naar onze mening geschikt om Base Erosion and Profit Shifting (hierna: BEPS) tegen te gaan. Bovendien heeft de conditionele bronheffing de potentie om een einde te maken aan de race to the bottom op het vlak van de winstbelastingtarieven.

Hierna gaan wij achtereenvolgens in op het voorstel dat is gedaan in het regeerakkoord (onderdeel 2),⁸ de initiatieven die zijn ontplooid door de VS, de OESO en de EU (onderdeel 3) en op ons eigen voorstel (onderdeel 4). In onderdeel 5 gaan wij na of de verschillende voorstellen geschikt zijn om BEPS tegen te gaan en verkennen wij hoe de voorstellen zich verhouden tot de belastingverdragen en het Europese recht. Wij sluiten af met een conclusie.

2 De voorstellen in het regeerakkoord

Het regeerakkoord stelt voorop dat Nederland een land moet zijn waar het voor ondernemingen aantrekkelijk is

1 Beide auteurs zijn verbonden aan de afdeling belastingrecht van de Universiteit Leiden.

2 *Vertrouwen in de toekomst, Regeerakkoord 2017-2021, 10 oktober 2017.*

3 *US Model Tax Convention on Income, preamble en art. 3(1) (l) en (m), 11(2)(c), 12(2)(a) en 21(2)(a) www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Preamble-US%20Model-2016.pdf.*

4 *OECD, Action 6 Final Report 2015 – Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances paras. 79-81 (OECD 2015), International Organizations' Documentation IBFD, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>.*

5 www.oecd.org/ctp/treaties/oecd-releases-draft-contents-2017-update-model-tax-convention.htm

6 *Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (PB EG 2003, L 157, p. 49).*

7 *J. Vleggeert & H. Vording, 'Conditional Withholding Tax: a Tax on Tax Planning', Bulletin August 2017, p. 452-464.*

8 *Zie hierover ook F.P.G. Pötgens, 'Het regeerakkoord en het vestigingsklimaat', WFR 2017/227, onderdeel 4.*

om zich te vestigen en van waaruit Nederlandse bedrijven handel kunnen drijven over de hele wereld. Om dat zo te houden zijn volgens het nieuwe kabinet in een steeds verder globaliserende wereld maatregelen nodig. Daarbij maakt het nieuwe kabinet een onderscheid tussen ondernemingen die “echt een toegevoegde waarde hebben” in termen van werkgelegenheid en innovatie en “bedrijven die Nederland alleen als postbus gebruiken”. Die laatste categorie behoort niet tot de doelgroep van het te voeren fiscale beleid; sterker nog, zij zijn niet langer gewenst: “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 royalty’s op uitgaande stromen naar landen met zeer lage belastingen (low tax jurisdictions).”⁹ Het voornemen om belasting te gaan heffen “om brievenbusconstructies tegen te gaan”¹⁰ wekt de suggestie dat de bronbelasting alleen van toepassing zal zijn op rente en royalty’s die worden betaald door brievenbusmaatschappijen. Dit roept de vraag op hoe brievenbusmaatschappijen kunnen worden onderscheiden van andere vennootschapsbelastingplichtigen. Het nieuwe kabinet zou hier inspiratie kunnen putten uit de definitie van het begrip “houdstercoöperatie” in het wetsvoorstel Wet inhoudingsplicht houdstercoöperaties en uitbreiding inhoudingsvrijstelling.¹¹ Een vennootschap zou dan als brievenbusmaatschappij kwalificeren indien deze niet over relevante substance beschikt en de feitelijke werkzaamheid hoofdzakelijk bestaat uit het houden van deelnemingen, het financieren van verbonden lichamen of het ter beschikking stellen van immateriële activa aan verbonden lichamen.¹² Het begrip “relevante substance” zou conform het genoemde wetsvoorstel ingevuld kunnen worden.¹³

De introductie van een bronheffing op rente en royalty’s houdt blijkens het regeerakkoord verband met het afschaffen van de dividendbelasting.¹⁴ Het nieuwe kabinet motiveert de afschaffing van de dividendbelasting en de eveneens aangekondigde verlaging van de vennootschapsbelasting door erop te wijzen dat bedrijven hierdoor gemakkelijker eigen kapitaal uit het buitenland kunnen aantrekken en minder kwetsbaar worden voor

vijandige overnames.¹⁵ Tegelijkertijd wordt een bronheffing op dividenden in misbruiksituaties en naar “low tax jurisdictions” aangekondigd.¹⁶ Bovendien blijkt het bestrijden van belastingontwijking méér te vergen dan alleen bronheffingen: “Om belastingontwijking aan te pakken pleiten we daarnaast voor het opstellen van een zogenaamde zwarte lijst met niet-coöperatieve jurisdicties op het gebied van belastingen en een verplichting voor multinationals om per EU-land en per land op de zwarte lijst te rapporteren over hun activiteiten.”¹⁷

Het regeerakkoord vereist enige interpretatie. Wat helpt is dat de voorstellen duidelijk leunen op het rapport van de werkgroep Fiscaliteit dat in de zomer van 2016 werd gepubliceerd als bijlage bij het op verzoek van de Minister van Economische Zaken uitgebrachte advies van de Studiegroep Duurzame Groei.¹⁸ Nu daarin meer inhoud en context wordt geboden, gebruiken wij het rapport om de voorstellen uit het regeerakkoord nader te interpreteren. In dit rapport wordt een aantal varianten voor een beter belastingstelsel gepresenteerd, waarvan voor bronheffingen op rente en royalty’s vooral variant 2 relevant is. Variant 2 beoogt het minder aantrekkelijk te maken voor bedrijven om Nederland op te nemen als schakel in fiscale constructies om belastingheffing te ontwijken. Deze variant behelst onder meer een bronbelasting op uitgaande rente en royalty’s naar “low tax jurisdictions”. Volgens de werkgroep zijn de budgettaire en economische gevolgen van deze maatregel onduidelijk: “Aannemelijk is dat een aanzienlijk deel van de rente- en royaltystromen verlegd zal worden. Gevolg hiervan is echter ook dat de opbrengst voor Nederland van de belastingheffing over de zakelijke marge verdwijnt. (...) Overigens raken bronheffingen op rente en royalty’s ook bedrijven die in Nederland reële activiteiten ontplooiën en winsten laten neerslaan in een low tax jurisdiction.”¹⁹ Deze passage suggereert dat de voorgestelde bronheffing niet alleen betrekking zal hebben op brievenbusmaatschappijen.

Variant 2 wordt uitgewerkt in de fiches 9 tot en met 12 die onderdeel zijn van bijlage 5 van het rapport van de werkgroep.²⁰ In de fiches 11 en 12 wordt een invulling van het begrip “low tax jurisdiction” gegeven: “Low tax jurisdictions worden gedefinieerd als landen met een statutair vpb-tarief onder de 10%. Dat is in lijn met de

9 Regeerakkoord, p. 35.

10 Regeerakkoord, p. 36.

11 Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 2.

12 Vergelijk het voorgestelde art. 2 lid 8 Wet op de dividendbelasting 1965.

13 Zie Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 19/20.

14 Regeerakkoord, p. 67.

15 Regeerakkoord, p. 35.

16 Regeerakkoord, p. 68.

17 Regeerakkoord, p. 36.

18 Zie www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/07/06/advies-studiegroep-duurzame-groei.

19 Rapport werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei, juli 2016, p. 61.

20 Rapport werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei, juli 2016, p. 101-110.

achterliggende regels van de deelnemingsvrijstelling”.²¹ Hiermee wordt gerefereerd aan de “naar Nederlandse begrippen reële heffing” van art. 13 lid 11 onderdeel a Wet VPB 1969. In het kader van deze bepaling moet als eerste stap worden nagegaan of sprake is van een nominaal tarief van ten minste 10%. Indien dat het geval is, moet vervolgens worden getoetst of sprake is van stelselafwijkingen. Als de term “low tax jurisdictions” conform de reële heffingstoets van de deelnemingsvrijstelling moet worden uitgelegd, dan gaat de voorgestelde bronheffing dus niet alleen gelden voor betalingen aan tax havens maar ook voor betalingen aan ontvangers die worden belast volgens een preferentieel regime.²² Voor een dergelijke brede reikwijdte zijn meer aanwijzingen te vinden. Zo wordt door de werkgroep opgemerkt dat binnen de EU wordt gesproken over het opstellen van een landenlijst met daarop zogenoemde “non-cooperative jurisdictions”. De werkgroep signaleert dat één van de criteria voor opname op deze lijst het gebrek aan transparantie is en merkt vervolgens op: “Dit gaat meer over belastingparadijzen, waarbij wel een flinke overlap bestaat met low tax jurisdictions.”²³ En ook de observatie van de werkgroep dat een bronbelasting op uitgaande rente en royalty’s niet altijd geëffectueerd zou kunnen worden in verband met de rente- en royaltyrichtlijn en de belastingverdragen wijst op een ruime invulling van de term “low tax jurisdictions”.²⁴

Het voorstel voor bronheffingen op interest en royalty’s zal dus op twee punten nadere invulling moeten krijgen. Het is nog niet geheel duidelijk of alle belastingplichtigen, dan wel slechts “brievenbusmaatschappijen” in de heffing zullen worden betrokken. En evenmin is duidelijk wat met “low tax jurisdictions” wordt bedoeld: jurisdicties met een laag statutair belastingtarief, met een laag effectief belastingtarief en/of jurisdicties op een zwarte lijst.

3 Internationale ontwikkelingen rond conditionele bronheffingen

3.1 Het VS-Modelverdrag

Het VS-Modelverdrag bevat sinds 2016 een bepaling die verdragsvoordelen onthoudt aan de betaling van interest en royalty’s aan verbonden personen, indien die

personen met betrekking tot die betalingen een “special tax regime” benutten.²⁵ Deze bepaling zal een rol gaan spelen bij heronderhandelingen van belastingverdragen door de VS. Het doel van de regeling is “to mitigate instances of double non-taxation whereby a taxpayer uses provisions in the tax treaty, combined with special tax regimes, to pay no or very low tax in either treaty country”.²⁶ Een regime is een “special tax regime” als het leidt tot een belastingtarief dat lager is dan 15% en bovendien lager is dan 60% van het algemene tarief van de winstbelasting van de bronstaat.²⁷ Aanvankelijk was het de bedoeling om alleen het 15%-criterium te hanteren. Volgens Christians en Ezenagu ging daar de suggestie vanuit dat de VS niet langer bereid zouden zijn om algemene belastingverdragen te sluiten met landen waar het algemene tarief van de inkomstenbelasting of de winstbelasting lager is dan 15%.²⁸ De voorziene fricties met verdragspartners als Ierland met een tarief van 12,5% hebben de VS kennelijk op andere gedachten gebracht. Op grond van de aangepaste definitie is pas sprake van een “special tax regime” in bijvoorbeeld Ierland indien het effectieve tarief op interest of royalty’s lager is dan 60% van 12,5% zijnde 7,5%. Er is echter geen sprake van een “special tax regime” als royalty’s lager worden belast op grond van een faciliteit die van toepassing is op onderzoek en ontwikkeling mits deze activiteiten plaatsvinden in de faciliterende staat. Bovendien gelden uitzonderingen voor pensioenfondsen en bepaalde charitatieve instellingen en beleggingsinstellingen.

3.2 De 2017 update van het OESO-Modelverdrag

In het Action 6 Final Report 2015 wordt een conceptvoorstel gedaan dat is gebaseerd op de “special tax regime”-clause in het VS-Modelverdrag.²⁹ Uit het Action 6 Final Report 2015 blijkt dat het de bedoeling was om het conceptvoorstel in de eerste helft van 2016 definitief te maken. Het definitieve voorstel had dan nog een rol kunnen spelen in de onderhandelingen over

²¹ Rapport werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei, juli 2016, p. 107 en 109.

²² In de fiche wordt tevens de mogelijkheid van een hogere ondergrens van 15% genoemd.

²³ Rapport werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei, juli 2016, p. 107 en 109.

²⁴ Rapport werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei, juli 2016, p. 107 en 109.

²⁵ US Model Tax Convention on Income, art. 3, par. 1, sub l en m, art. 11, par. 2, sub c, art. 12, par. 2, sub a en art. 21, par. 2, sub a.

²⁶ US Model Tax Convention on Income, preamble, p. 2.

²⁷ Zie ook F.A. Vega Borrego, ‘The Special Tax Regimes Clause in the 2016 U.S. Model Income Tax Convention’, (2017) 45 Intertax, Issue 4, p. 304.

²⁸ A. Christians & A. Ezenagu, ‘Kill-Switches in the U.S. Model Tax Treaty’, Brooklyn Journal of International Law, Vol. 41, 2016, p. 1077.

²⁹ Action 6 Final Report 2015, par. 79-81.

het multilaterale instrument (hierna: MLI).³⁰ In het in november 2016 gepubliceerde MLI is echter geen “special tax regime”-bepaling opgenomen. Wel is in de 2017 update van het OESO-Commentaar een bepaling opgenomen ten aanzien van “special tax regimes” die verdragsluitende staten over kunnen nemen.³¹ Deze bepaling is gebaseerd op de in het Action 6 Final Report 2015 opgenomen conceptbepaling, die is aangepast naar aanleiding van het publieke commentaar op het VS-Modelverdrag.³²

3.3 De rente- en royaltyrichtlijn

Op 17 juni 2015 deelde de Europese Commissie mee dat zij wilde nagaan of het mogelijk is om de rente- en royaltyrichtlijn zo te wijzigen dat de lidstaten niet langer verplicht zijn om de vrijstelling van bronheffing op rente en royalty's te verlenen “als er geen effectieve belastingheffing elders in de EU plaatsvindt”.³³ Daarop volgden discussies over het opnemen van een “minimum effective tax”-bepaling in de richtlijn. Er is gesproken over een effectief tarief van ten minste 10% over de rente en de royalty's maar overeenstemming is daarover tot op heden niet bereikt.³⁴ Ook bestaat verschil van mening over de vraag welke uitzonderingen zouden moeten gaan gelden waarbij bijvoorbeeld gedacht kan worden aan een uitzondering voor patentboxen die in overeenstemming zijn met de modified nexus approach. Verder hebben de lidstaten verschillende opvattingen over de reikwijdte van de richtlijn, meer in het bijzonder ten aanzien van de vraag of die zich ook zou moeten uitstrekken tot royaltybetalingen aan derde landen.³⁵ Deze zogenoemde uitgaande betalingen staan ook

op het netvlies van de Groep gedragscode (belastingregeling ondernemingen):³⁶ “In een Duitse paper voor de vergadering van de groep van 20 juli en een paper van de Commissiediensten werd het volgende probleem aangekaart: zowel royalty's als dividenden kunnen belastingvrij tussen de EU-lidstaten worden overgedragen en bedrijven die hun royalty- of dividendinkomsten naar derde landen willen overhevelen, kunnen hiervan gebruik maken om dergelijke inkomsten over te dragen aan ‘doorstroomentiteiten’ in lidstaten met lage of geen bronbelastingen op voor dergelijke derde landen bestemde betalingen. De royalty's of dividenden kunnen vervolgens van die lidstaten worden overgedragen aan ontvangers in derde landen waarbij er nauwelijks of geen bronbelasting wordt betaald. Dit betekent dat belastingplichtigen de mogelijkheid hebben belastingheffing op dergelijke betalingen gedeeltelijk of geheel te ontwijken. Indien deze betalingen worden overgedragen naar derde landen waar dergelijke betalingen belastingvrij zijn, is het eindresultaat dat op dit soort inkomsten geen belasting is betaald. Daarnaast kunnen de ‘doorstroomlichamen’ dankzij dergelijke structuren vennootschapsbelasting in de lidstaat van vestiging ontwijken, aangezien zij de aan de regeling verbonden kosten opvoeren om hun belastbare winsten te verminderen.”³⁷ In het kader van de aanpassing van de rente- en royaltyrichtlijn is eerder dit jaar gesproken over een voorstel “om betalingen binnen de EU in het vizier te nemen indien deze indirect worden overgeschreven naar een derde land op de uiteindelijke EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden”.³⁸ Ook over dit voorstel is vooralsnog geen overeenstemming bereikt.

4 Ons voorstel voor een conditional withholding tax

Wij stellen voor een bronbelasting in te voeren van 15% op rente en royalty's die worden betaald aan verbonden vennootschappen. Van verbondenheid is in ons voorstel sprake bij een belang van ten minste 50%. De bronbelasting is in beginsel alleen van toepassing op rente en royalty's. Om te voorkomen dat de bronbelasting wordt ontweken door rente en royalty's te vermommen als andersoortige betalingen,³⁹ kan echter

³⁰ OECD Multilateral Convention to Implement Tax Treaty

Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm.

³¹ Zie par. 85-100 bij het voorgestelde commentaar op art. 1 OESO-Commentaar in de Draft contents of the 2017 update to the OECD Model Tax Convention.

³² Zie p. 2 van de Draft contents of the 2017 update to the OECD Model Tax Convention.

³³ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad: Een eerlijk en doeltreffend vennootschapsbelastingstelsel in de Europese Unie: vijf belangrijke actiegebieden, Brussel, 17.6.2015, COM(2015) 302 final, p. 11.

³⁴ Verslag van de Raad (Ecofin) aan de Europese Raad over belastingaangelegenheden, Brussel, 9 december 2015, 15187/15, p. 7. Room Documents 2/3, Working Party on Tax Questions – Direct Taxation Interest and Royalties Directive, 16 February 2016, p.5.

³⁵ Verslag van de Raad (Ecofin) aan de Europese Raad over belastingaangelegenheden, Brussels, 12 June 2017, 10046/17, p. 10.

³⁶ www.consilium.europa.eu/nl/council-eu/preparatory-bodies/code-conduct-group/

³⁷ Verslag van de Raad (Ecofin) aan de Europese Raad over belastingaangelegenheden, Brussel, 12 december 2016, 15254/16, p. 21.

³⁸ Verslag van de Raad (Ecofin) aan de Europese Raad over belastingaangelegenheden, Brussels, 12 June 2017, 10046/17, p. 11.

³⁹ Te denken valt aan “guarantee fees”, zie het restartikel van het VS-Modelverdrag.

overwogen worden om het bereik van de bronbelasting te verruimen. Wij stellen vooralsnog een tarief voor van 15%. Vooralsnog, want het is van belang dat binnen de OESO of de EU overeenstemming wordt bereikt over het minimumtarief.

Het doel van ons voorstel is om overheveling van winst tegen te gaan die plaatsvindt binnen een concern door middel van betalingen van rente en royalty's door groepsmaatschappijen in hoogbelaste jurisdicties aan groepsmaatschappijen in laagbelaste jurisdicties. Wij stellen daarom voor om de rente- en royaltyrichtlijn en de belastingverdragen zo aan te passen dat de daarin opgenomen vrijstellingen en tariefreducties van bronheffingen op rente en royalty's niet gelden als de uiteindelijk gerechtigde daarover onvoldoende wordt belast. Daarvan is in ons voorstel sprake als de rente en de royalty's bij de uiteindelijke gerechtigde worden belast naar een effectief tarief dat lager is dan 15%. Het effectieve tarief is de resultante van het statutaire tarief en de grondslag. Als het statutaire tarief hoger is dan 15% kunnen grondslagafwijkingen daarom leiden tot een effectief tarief dat lager is dan 15%. Hier doenmen lastige kwesties op zoals de vraag hoe moet worden omgegaan met patentboxen die zijn gebaseerd op de modified nexus approach. Een ander probleem betreft de toerekening van kosten aan de ontvangen rente en royalty's in situaties waarin de uiteindelijk gerechtigde daarnaast winst geniet uit andere bronnen. In dat geval worden alleen de kosten toegerekend die direct verband houden met de ontvangen rente en royalty's. Om te bepalen wat direct toerekenbare kosten zijn, zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de richtlijnen die het Hof van Justitie EU hierover heeft gegeven in *Brisal*.⁴⁰

In onderdeel 3.3. is gewezen op de problematiek van de doorstroomtiteiten. Zelfs wanneer een "minimum effective tax"-bepaling wordt opgenomen in de rente- en royaltyrichtlijn en de belastingverdragen, is een bronheffing op rente en royalty's simpel te ontgaan. Deze geldstromen kunnen immers eenvoudig worden omgeleid via een groepsvennootschap die is gevestigd in een land dat geen bronheffing op rente en royalty's kent. Als het nominale tarief van de winstbelasting in dat land boven de 15% ligt, zal de marge tussen de in- en uitgaande betalingen van rente en royalty's normaliter worden belast naar een effectief tarief dat hoger is dan 15%. Er zou dan nog steeds een beroep kunnen worden gedaan op de vrijstelling van bronheffing die is opgenomen in het belastingverdrag tussen het land van de doorstroomvennootschap en het land van de betaler van de rente en de royalty's en dat is niet de bedoeling. In ons voorstel komen de rente en royalty's die de tussengeschakelde groepsvennootschap in dit voorbeeld be-

taalt, niet in aftrek bij de berekening van het effectieve tarief. Als gevolg daarvan zal het effectieve tarief ver onder de 15% komen te liggen. Het heffingsrecht van het land van de betaler van de rente en royalty's wordt dan niet langer door het eerdergenoemde verdrag beperkt. Wij bereiken deze uitkomst door middel van een aanpassing van de "minimum effective tax"-bepaling. Deze aanpassing heeft betrekking op situaties waarin het land waarin de ontvangende vennootschap is gevestigd geen conditionele bronheffing op rente en royalty's kent. In dergelijke gevallen komen betalingen van rente en royalty's door de tussengeschakelde vennootschap aan verbonden vennootschappen niet in aftrek bij het berekenen van het effectieve tarief.

De EU en de OESO spelen een essentiële rol in de implementatie van de conditionele bronheffing. Alle lidstaten van de EU zouden in de rente- en royaltyrichtlijn moeten worden verplicht om een bronbelasting in te voeren op intra-concernbetalingen van rente en royalty's. Deze verplichting zal vooral de groep lidstaten raken die thans geen bronheffing kent op interest (Cyprus, Duitsland, Estland, Finland, Hongarije, Nederland, Oostenrijk en Zweden) of op royalty's (Cyprus, Hongarije, Luxemburg en Nederland). Bovendien moet een "minimum effective tax"-bepaling in de richtlijn worden opgenomen. De introductie van een dergelijke bepaling in de belastingverdragen zou via een update van het MLI dienen te geschieden. Nederland zou zich in moeten zetten om binnen de EU en de OESO overeenstemming te bereiken over de introductie van een "minimum effective tax"-bepaling in de rente- en royaltyrichtlijn respectievelijk de belastingverdragen.

5 Zijn bronheffingen geschikt om BEPS tegen te gaan?

5.1 De bronheffing die wordt voorgesteld in het regeerakkoord

Het nieuwe kabinet beoogt met de voorgestelde bronheffing om brievenbusconstructies in Nederland tegen te gaan. Dat is een doelstelling die aanzienlijk beperkter is dan het tegengaan van BEPS. Maar ook ten aanzien van deze beperkte doelstelling rijst de vraag of zij wel zal worden bereikt. Het lijkt immers relatief eenvoudig om de bronbelasting te vermijden door een vennootschap tussen te schakelen in een andere lidstaat van de EU die geen bronheffing op uitgaande rente of royalty's kent. Ook derde landen zonder bronheffing waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten dat voorziet in een exclusieve woonstaatheffing kunnen met dit doel worden tussengeschakeld. In de rente- en royaltyrichtlijn is vooralsnog geen Principal Purpose Test (hierna: PPT) opgenomen. Ook de eis dat de tussengeschakelde vennootschap de uiteindelijk gerechtig-

⁴⁰ HvJ EU 13 juli 2016, nr. C-18/15 (*Brisal*), punt 46-48.

de van de rente en royalty's moet zijn, lijkt voorlopig geen serieuze horde te zijn.⁴¹ In veel Nederlandse belastingverdragen zal binnenkort door middel van het MLI wel een PPT worden opgenomen. In de toelichting op de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperaties en uitbreiding inhoudingsvrijstelling heeft de Staatssecretaris van Financiën aangegeven hoe Nederland als bronland de PPT gaat invullen. Hij merkt daar namelijk op dat de nieuwe antimisbruikbepaling in de voorgestelde inhoudingsvrijstelling in lijn is met de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn en de PPT uit het Action 6 Final Report 2015.⁴² Hieruit leiden wij af dat het tussenschakelen van een vennootschap zoals hierboven is omschreven geen kunstmatige constructie is en dus geen aanleiding geeft tot toepassing van de PPT als de tussengeschakelde vennootschap relevante substance heeft. Er is sprake van relevante substance als wordt voldaan aan de voorwaarden voor het in behandeling nemen van een ruling,⁴³ het loonkosten criterium en het eigen kantoorruimte criterium.⁴⁴ Het komt ons voor dat deze hindernis voor veel bedrijven overkomelijk zal zijn. Wil de voorgestelde bronheffing haar doel bereiken om brievenbusconstructies tegen te gaan, dan zijn daarvoor maatregelen nodig die verder gaan dan de PPT. Om de bronbelasting effectief te laten zijn, is het nodig om een "minimum effective tax"-bepaling op te nemen in de rente- en royaltyrichtlijn en de belastingverdragen. Een ander punt van zorg is naar onze mening de verhouding van de in te voeren bronbelasting tot de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer. De bronbelasting maakt immers een onderscheid naargelang rente en royalty's worden betaald aan "low tax jurisdictions" dan wel andere jurisdictions. Dat roept de vraag op hoe dit onderscheid kan worden gerechtvaardigd.

5.2 De "special tax regime"-bepalingen van de VS en de OESO en de "minimum effective tax"-bepaling van de EU

Het voornaamste bezwaar van de "special tax regime"-bepalingen van de VS en de OESO en de "minimum effective tax"-bepaling van de EU is dat zij geen rekening houden met het tussenschakelen van een groepsvennootschap in een land zonder bronheffing (zie onderdeel 3.3). Deze bepalingen zijn daarom naar onze mening onvoldoende geschikt om BEPS tegen te gaan.

5.3 Ons voorstel voor een conditional withholding tax

Ons voorstel gaat aanzienlijk verder dan de bronbelasting die het nieuwe kabinet wil invoeren. De conditional withholding tax richt zich namelijk niet alleen tegen brievenbusconstructies maar wil BEPS tegengaan die plaatsvindt binnen een concern door middel van betalingen van rente en royalty's door groepsmaatschappijen in hoogbelaste jurisdicties aan groepsmaatschappijen in laagbelaste jurisdicties. Reeds in Addressing Base Erosion and Profit Shifting⁴⁵ wees de OESO er op dat "low or no withholding tax at source" één van de vier basiskennmerken is van een structuur waarmee BEPS wordt beoogd.⁴⁶ Bronbelastingen zijn daarom uitermate geschikt om BEPS tegen te gaan. In het kader van het BEPS-project is vooralsnog niet gekozen voor een conditional withholding tax al zijn varianten daarvan wel besproken (zie onderdeel 3). De voorstellen die wel zijn gedaan om BEPS tegen te gaan, zijn een nuttige eerste stap om te komen tot een hervorming van het internationale belastingrecht. Tegelijkertijd constateren wij dat deze voorstellen onvoldoende ver gaan om BEPS effectief te kunnen bestrijden.⁴⁷ Een conditional withholding tax is daarom naar onze mening een noodzakelijke en nuttige aanvulling op de voorstellen die in het kader van het BEPS-project zijn gedaan.

41 In Room Documents 2/3, Working Party on Tax Questions – Direct Taxation Interest and Royalties Directive, 16 February 2016, p. 10 wordt over een vergelijkbaar voorbeeld opgemerkt dat de vrijstelling van bronheffing van de richtlijn in dit geval van toepassing zou zijn. Verder wordt het begrip "uiteindelijk gerechtigde" in HR 6 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217 nogal formalistisch uitgelegd. Overigens zijn in zaak C-682/16 prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU gesteld over de uitleg van dit begrip.

42 Zie Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 6. Zie ook p. 5.

43 Zie besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 12 juni 2014, nr. DGB 2014/3099 (Stcrt. 2014, 15956).

44 Zie Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 20.

45 OECD (2013), Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>.

46 Addressing Base Erosion and Profit Shifting, p. 44.

47 Zie Vleggeert, Vording (2017), p. 453/454.

De conditional withholding tax is bovendien geschikt om concurrentie op het vlak van de winstbelasting tussen landen tegen te gaan doordat een bodem wordt gelegd in de effectieve tarieven van de vennootschapsbelasting wereldwijd. Immers, zodra een aantal landen de conditional withholding tax heeft ingevoerd, bemerken landen met lage effectieve tarieven dat hun belastingplichtigen daarmee worden geconfronteerd. Gegeven die situatie kunnen de betrokken “low tax jurisdictions” dan net zo goed hun effectieve tarief van de vennootschapsbelasting verhogen; de aantrekkingskracht van een laag effectief tarief is dan immers ongedaan gemaakt.

.....

“De conditional withholding tax is bovendien geschikt om concurrentie op het vlak van winstbelasting tussen landen tegen te gaan”

.....

De bronbelasting die wij voorstellen heeft niet alleen betrekking op betalingen van rente en royalty's door brievenbusmaatschappijen maar ziet op alle betalingen van rente aan royalty's door vennootschapsbelastingplichtigen aan verbonden lichamen. De conditional withholding tax is dus niet van toepassing op betalingen van rente en royalty's aan derden. De grondslaguitholling die door middel van met name betalingen van rente aan derden kan optreden, houdt namelijk geen verband met de fiscale behandeling van de rente bij de ontvanger. Deze vormen van grondslaguitholling zijn het gevolg van de excessieve allocatie van schulden aan derden aan hoogbelaste groepsmaatschappijen of het financieren van vrijgesteld inkomen met schulden aan derden en zullen bestreden moeten worden door middel van renteaftrekbeperkingen.

Het belangrijkste verschil tussen de “special tax regime”-bepalingen van de VS en de OESO en de “minimum effective tax”-bepaling van de EU enerzijds en ons voorstel anderzijds is dat wij wel rekening houden met het tussenschakelen van een groepsvennootschap in een land zonder bronheffing (zie onderdeel 4). Ten aanzien van de verkeersvrijheden merken wij op dat de vrijheid van kapitaalverkeer niet op de conditional withholding tax van toepassing is omdat door de ontvanger van de rente en royalty's “een zodanige invloed op de besluiten van de [betalende] vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden

bepaald.”⁴⁸ De vrijheid van vestiging is wel van toepassing maar het territoriale bereik van deze vrijheid is – zoals bekend – beperkt tot de EU. Voor een analyse van de verhouding van de conditional withholding tax tot de vrijheid van vestiging verwijzen wij naar ons artikel in het Bulletin.⁴⁹

6 Conclusie

Wij verwelkomen het voorstel dat in het regeerakkoord wordt gedaan om een bronbelasting van brievenbusmaatschappijen te gaan heffen op rente en royalty's naar landen met lage belastingen. Maar wij hebben ook kritiek omdat de reikwijdte van deze bronbelasting zoals wij deze op dit moment inschatten te beperkt is. Wij zouden het nieuwe kabinet daarom willen aanraden om de bronbelasting zo vorm te geven dat zij van toepassing is op alle rente- en royaltybetalingen door alle vennootschapsbelastingplichtigen (en dus niet alleen door brievenbusmaatschappijen) aan alle met hen verbonden vennootschappen (ongeacht of deze in een laagbelastend land zijn gevestigd).

Verder verwachten wij dat veel bedrijven de door het nieuwe kabinet voorgestelde bronheffing kunnen ontgaan. Om dit tegen te gaan, stellen wij voor om een “minimum effective tax”-bepaling op te nemen in de rente- en royaltyrichtlijn en, via een update van het MLI, in de belastingverdragen. Deze bepaling zou de vrijstelling of vermindering van bronheffing afhankelijk moeten maken van een effectieve belastingdruk van ten minste 15% op de rente en de royalty's bij de uiteindelijk gerechtigde.

Wil de “minimum effective tax”-bepaling effectief zijn, dan dient daarin een doorstroomtoets te worden opgenomen. Deze dient betrekking te hebben op situaties waarin het land waarin de ontvangende vennootschap is gevestigd geen conditionele bronheffing op rente en royalty's kent. In dergelijke gevallen komen betalingen van rente en royalty's door de tussengeschakelde vennootschap aan verbonden vennootschappen niet in aftrek bij het berekenen van het effectieve tarief.

Met behulp van deze maatregelen kan in de eerste plaats het doel van het regeerakkoord (dat wij eenvoudig vertalen als “minder brievenbusmaatschappijen in Nederland”) daadwerkelijk worden bereikt. Bovendien wordt hiermee BEPS tegengegaan die plaatsvindt binnen een concern door middel van betalingen van rente en royalty's door groepsmaatschappijen in hoogbelaste jurisdicties aan groepsmaatschappijen in laagbelaste jurisdicties.

⁴⁸ HvJ EU 13 november 2012, nr. C-35/11 (FII II), punt 98.

⁴⁹ Vleggeert, *Vording* (2017), p. 462-463.