

Position paper 'Fiscale Constructies' ten behoeve van de expertmeeting met de Tweede Kamer der Staten Generaal

Prof. mr. Eric C.C.M. Kemmeren¹

1. Inleiding

Dit position paper geeft in het kort een aantal antwoorden op de bij de uitnodiging van 12 juli 2016 voorgelegde vragen. Daarbij wordt de volgorde van de vragen aanhouden, zoals die in de uitnodiging is opgenomen. Het bestek van dit position paper laat een uitgebreide en uitputtende beantwoording van die vragen niet toe. De antwoorden dienen dan ook te worden gezien als een opmaat tot een verdere discussie tijdens de expert meeting op 12 september 2016. Ik beperk mij tot de winstbelastingen, waarvan de vennootschapsbelasting in dit kader de belangrijkste is.

Ik hecht er aan te benadrukken dat voor mij als academicus mijn wetenschappelijke onafhankelijkheid mijn grootste goed is. De in mijn wetenschappelijke publicaties ingenomen posities berusten dan ook enkel op mijn persoonlijke visie als academicus. Dit geldt ook voor de in dit paper ingenomen stellingen.

2. Voorgelegde vragen

De hieronder opgenomen vragen zijn gesteld in het kader van het thema "BEPS gerelateerde fiscale constructies".²

In dit kader dient, volgens mij, voorafgaand aan de beantwoording van de concreet gestelde vragen eerst de vraag te worden beantwoord, waaraan wordt getoetst of er sprake is van BEPS. Er kan immers alleen sprake zijn van BEPS, indien door een staat een gerechtvaardigde fiscale claim op inkomen/winst kan worden gelegd. Deze essentiële voorvraag wordt in de internationale gremia zoals de OESO, de G-20 en de Europese Raad lang niet altijd gesteld en dus ook niet beantwoord.³ Indien de beantwoording van deze principiële vraag uit de weg wordt gegaan, moet worden gevreesd, dat de aangedragen oplossingen ook kwetsbaar blijven. Hieronder zal ik daarom eerst in het kort een toetskader schetsen, waaraan een heffing van vennootschapsbelasting, volgens mij, zou dienen te voldoen zodat een staat een gerechtvaardigde fiscale claim op inkomen/winst kan leggen. Daarna zal ik op de concrete vragen ingaan.

¹ Fulltime hoogleraar Internationaal Belastingrecht en Internationale Fiscale Economie aan het Fiscaal Instituut Tilburg van Tilburg University en tevens verbonden aan het European Tax College; daarnaast als wetenschappelijk adviseur verbonden aan EY Belastingadviseurs te Rotterdam en als raadsheerplaatsvervanger verbonden aan het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (belastingkamer). Zie voor meer informatie: <https://www.tilburguniversity.edu/webwijs/show/kemmeren-3.htm>.

² BEPS staat voor: Base Erosion and Profit Shifting. Deze term is door de OESO geïntroduceerd.

³ Binnen de Europese Unie kan worden gewezen op de aanpassing van de moeder-dochterrichtlijn betreffende hybride leningen. Zie Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten. Het gaat hier om een hybrid mismatch. Een deelnemingsvrijstelling mag niet worden verleend en de winstuitkering moet worden belast "voor zover die winst aftrekbaar is bij de dochteronderneming van de moedermaatschappij". De aftrekmogelijkheid van de vergoeding bij de dochtermaatschappij bepaalt dus de belastbaarheid van de vergoeding bij de moedermaatschappij in haar woonstaat. De discussie of de woonstaat ook een gerechtvaardigde fiscale claim op de vergoeding kan leggen, is niet echt gevoerd. De belastingheffing in de woonstaat is ingegeven door de wens om dubbele niet-heffing te bestrijden; niet om te komen tot een principieel gerechtvaardigde allocatie van heffingsrechten. Het motto is ook hier: als er maar ergens wordt geheven. Zie onder overwegingen 2 en 3 van de Richtlijn 2014/86/EU.

2.1 Toetskader voor het heffen van vennootschapsbelasting in internationaal perspectief
Dit position paper laat slechts toe om een toetskader op hoofdlijnen te schetsen.⁴ Het gaat hierbij niet allen om een fiscaal-juridisch, maar ook om economisch toetskader.

2.1.1 Fiscaal-juridisch toetskader

Een vennootschapsbelasting wordt geheven van lichamen. Met de rechtsgrondslag van deze belasting wordt sinds haar bestaan geworsteld.⁵ Naar mijn idee is een vennootschapsbelasting het logische gevolg van de erkenning in ons rechtstelsel van lichamen naast natuurlijke personen.

Uitgaande van deze gelijkstelling, beide zijn zelfstandige dragers van rechten en verplichtingen, zijn zij beide ook bekleed met draagkracht.⁶ Daarbij versta ik onder draagkracht: het vermogen van een persoon dat hem capaciteit verschaft om belasting te betalen. Zowel een natuurlijke persoon die als een lichaam dat winst uit onderneming genereert, vergroot zijn vermogen en heeft daarmee ook individueel capaciteit om belasting te betalen.

Op basis van het profijtbeginsel dient degene, die bij de in een staat gedane overheidsuitgaven is gebaat, ook aan die uitgaven bij te dragen. Dit betekent dat een persoon, die inkomen (inclusief vermogenswinsten) in een staat produceert, dat wil zeggen zijn individuele draagkracht aldaar vergroot, voordeel geniet van die overheidsuitgaven. Die overheidsuitgaven bieden hem de mogelijkheid om inkomen te produceren. Dientengevolge dient hij ook aan de overheidsuitgaven van die staat bij te dragen.

Het oorsprongsbeginsel rechtvaardigt de toedeling van belastingjurisdictie aan een staat op grond van het feit dat het inkomen binnen het territorium van een staat is gecreëerd, dat wil zeggen dat de oorzaak van het inkomen binnen het territorium van die staat is gelegen. De oorsprong van inkomen ligt daar waar het intellectuele element (tussen de vermogensbestanddelen) wordt aangetroffen. Dit intellectuele element wordt geleverd door de activiteiten van individuele mensen. Alleen natuurlijke personen kunnen inkomen creëren, dingen op zichzelf kunnen dit niet. De allocatie van belastingjurisdictie over inkomen op basis van het oorsprongsbeginsel dient te worden beperkt tot een substantiële inkomensproducerende activiteit in de desbetreffende staat. Een inkomensproducerende activiteit dient als 'substantieel' te worden aangemerkt indien een activiteit een essentieel en belangrijk onderdeel vormt van de activiteit als geheel.⁷

Belastingjurisdictie betreffende inkomen zou dienen te worden gebaseerd op de economische band met de desbetreffende staat. Daarbij geldt als uitgangspunt dat inkomen slechts wordt geproduceerd, indien een natuurlijke persoon de productiefactor arbeid aanwendt, al dan niet aangevuld met de productiefactor kapitaal.

⁴ Zie uitgebreider, bijvoorbeeld, Eric. C.C.M. Kemmeren, Principle of Origin in Tax Conventions, A Rethinking of Models, PhD thesis Tilburg University, Eric C.C.M. Kemmeren/Pijnenburg vormgevers-uitgevers, The Netherlands, Dongen 2001, pp. 11-115, en E.C.C.M. Kemmeren, BEPS en renteaftrek en andere financiële betalingen: de verkeerde route, Weekblad Fiscaal Recht, 2015/7113, pp. 1108-1111.

⁵ Zie, bijvoorbeeld, J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Hand- en Studieboeken, Kluwer, Deventer, 2000, blz. 1-15 en J.A.G. van der Geld, bewerkt door F.J. Elswier en S.A. Stevens, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, FED fiscale studieserie, no. 31, Kluwer, Deventer 2014, blz. 5-25.

⁶ Daar wordt ook anders over gedacht. Zie, bijvoorbeeld, J.A.G. van der Geld bewerkt door F.J. Elswier en S.A. Stevens, t.a.p., blz. 8, 17 en 222.

⁷ Er zijn concrete invullingen van het begrip 'substantieel' aan te geven die zouden kunnen worden ingevoerd mocht dit functioneel worden geacht. Om praktische redenen zou kunnen worden overwogen om ratio's als veilige havens te introduceren.

Aangezien het oorsprongsbeginsel het sterkst is verbonden met een belasting gebaseerd op *wirtschaftliche Zugehörigkeit*,⁸ economische verbondenheid, en de in het kader van het draagkrachtbeginsel te onderscheiden productiezijde van vermogen, zou dit beginsel het primaire, zo niet het enige, beginsel dienen te zijn waarop de verdeling van belastingjurisdictie betreffende inkomen wordt gebaseerd.

Het territorialiteitsbeginsel is een beperktere toepassing van het territoirbeginsel. Het houdt in dat de omvang van de heffingsrechten van een staat slechts wordt bepaald door het inkomen verdiend in die staat. In tegenstelling tot het universaliteitsbeginsel, waarbij het belastingniveau van de woonstaat prevaleert, is bij het territorialiteitsbeginsel het belastingniveau van de oorsprongsstaat beslissend. Exclusieve belastingheffing door de oorsprongsstaat impliceert een heffingsgrondslagvrijstelling in de woonstaat van de inkomensgenieter. Daarmee wordt dus dubbele belasting voorkomen. Het profijtbeginsel is het sterkste argument om aan de heffingsgrondslagvrijstelling en het territorialiteitsbeginsel voorrang te verlenen.⁹

Het fiscaal-juridisch toetskader dient, volgens mij, dus te worden gevormd door de afzonderlijke rechtspersoon-benadering, het draagkrachtbeginsel, het profijtbeginsel, het oorsprongsbeginsel, de economische verbondenheid van het inkomen met een staat, en het territorialiteitsbeginsel.

2.1.2 Economisch toetskader

De efficiëntie van de wereldeconomie zou worden gemaximaliseerd, indien de productiefactoren zouden worden gealloceerd daar waar zij de hoogste opbrengst opleveren. Op deze manier neemt de wereldwijde welvaart, wellicht zelfs welzijn toe. In het kader van die efficiëntie dient op open markten zo veel mogelijk belastingneutraliteit te heersen, dat wil zeggen dat belastingen niet onbedoeld een efficiënte allocatie van de productiefactoren arbeid en kapitaal mogen tegenwerken. Economische overwegingen andere dan fiscale motieven zouden het gedrag van de economische actoren zo veel mogelijk dienen te bepalen. Volledige neutraliteit is niet mogelijk en ook niet altijd wenselijk, maar vanuit het perspectief van efficiëntie dient een zo hoog mogelijk niveau van neutraliteit te worden nagestreefd.¹⁰

Een efficiënte allocatie van productiefactoren kan, volgens mij, het beste worden bereikt met een economische politiek van kapitaal- en arbeidsimportneutraliteit (KAIN): arbeid en kapitaalfondsen die hun oorsprong vinden in verschillende staten dienen op gelijke voet te concurreren op de respectieve arbeid- en kapitaalmarkten van iedere staat ongeacht de woonplaats van de arbeider of de investeerder. In het kader van directe investeringen creëert een belasting gebaseerd op het universaliteitsbeginsel een niet-neutraal en dientengevolge een inefficiënt systeem vanwege de verschillen in de woonstaatbelastingen van de concurrenten op de relevante markt. Ondernemingen concurreren met ondernemingen; niet-eigenaren met eigenaren. De toedeling van belastingjurisdictie op grond van het territorialiteitsbeginsel

⁸ Zie ook, bijvoorbeeld, Georg Schanz, Zur Frage der Steuerpflicht, Finanzarchiv: Zeitschrift für das gesamte Finanzwesen, Mohr, Stuttgart, IX, Jahrg. 1892, blz. 372-380.

⁹ In het kader van een vennootschapsbelasting, houdt dit ook in dat, indien een land een belastingplichtige in staat heeft gesteld om 'negatief' inkomen te produceren, deze vermindering van het vermogen, de draagkracht, ten laste van dit land zou moeten komen. Dit is de consequentie van het profijtbeginsel dat hier als een min aan de dag treedt. Dit land zou de belastingplichtige moeten compenseren door middel van een negatieve belasting (een negatieve aanslag).

¹⁰ Belastingconcurrentie kan gezond zijn, mits er maar sprake is van maatregelen, die gericht zijn op het vergroten van de 'economische koek' die dan kan worden verdeeld en niet op het lokken van activiteiten uitgevoerd bij de burens, waardoor er alleen economische activiteiten worden verplaatst en de 'koek' op zichzelf genomen niet groter wordt.

zou dienen te worden gestimuleerd. Op deze wijze worden ondernemingen in de gelegenheid gesteld om met elkaar op voet van gelijkheid te concurreren, omdat alle concurrenten veronderstellenderwijze voor de belastingen op dezelfde wijze worden behandeld (gelijk speelveld).

Het economische toetskader dient, volgens mij, dus te worden gevormd door het efficiëntiebeginsel, open markten, een zo hoog mogelijke belastingneutraliteit, KAIN, het territorialiteitsbeginsel en een gelijk speelveld voor concurrenten.

Het fiscaal-juridische en het economische toetskader verstevigen elkaar. Zij leiden tot het heffen van vennootschapsbelasting door de staat waar waarde door ondernemingsactiviteiten van natuurlijke personen wordt toegevoegd, dus door de staat waar de vennootschapswinst zijn oorsprong vindt.

2.2 Antwoorden op voorgelegde vragen

1. *De leden van de commissie willen graag meer inzicht krijgen van wat zich in de praktijk afspeelt. Kunt u uw belangrijkste ervaringen met de commissie delen?*

Winstbelastingen in brede zin (dat wil zeggen niet alleen vennootschapsbelastingen, maar ook (bron)belastingen op dividend, rente en royalty's) vormen enerzijds een kostenpost voor bedrijven en anderzijds een instrument voor overheden om (investerings)beleid mee te maken. Dit betekent in de praktijk dat er ten minste op twee niveaus belastingconcurrentie bestaat: op het niveau van het individuele bedrijf en op het niveau van de staten.

Een individueel bedrijf zal om een betere positie ten opzichte van zijn concurrenten te verkrijgen zijn kosten zo laag mogelijk proberen te houden. Dit geldt dus ook voor de kostenpost 'winstbelasting'. Aan de andere kant proberen staten investeringen van bedrijven in hun territoir aan te trekken, zowel van binnenlandse als buitenlandse bedrijven. Daarvoor worden ook winstbelastingen ingezet. Elke staat is gerechtigd om zijn eigen regels vast te stellen, ook zijn fiscale regels. Dit betekent ook dat er verschillende regels in verschillende staten gelden. Daardoor ontstaan er dispariteiten. Die ontstaan niet alleen per toeval, maar in een aantal gevallen ook doelbewust. Individuele bedrijven maken gebruik van die verschillende regels in de diverse staten, bijvoorbeeld leidend tot een meervoudige aftrek van een enkelvoudige kostenpost, het niet opnemen van inkomen terwijl er wel een aftrek tegenover staat, een aftrek tegen een hoog tarief en een daar tegenoverstaande belastingheffing tegen een la(a)ger tarief (tariefarbitrage). Daardoor kan de kostenpost winstbelasting worden gereduceerd. Hierdoor kan de kostprijs van een product worden gereduceerd en kan het bedrijf zijn product goedkoper aanbieden. Daarmee kan een concurrentievoordeel worden gehaald. Met behulp van belastingen als beleidsinstrument, dat wil zeggen een verlaagde belastinglast in een staat, kan een staat proberen zich ten opzichte van andere staten in een aantrekkelijker positie te manoeuvreren om zo voorgenomen investeringen aan zich te binden. Daardoor ontstaat belastingconcurrentie tussen staten. Daarbij dient onderscheid te worden gemaakt tussen schadelijke en gezonde belasting concurrentie. Bij gezonde belastingconcurrentie zal het fiscale beleidsinstrument leiden tot nieuwe activiteiten die de welvaart/het welzijn zullen vergroten. Bij schadelijke belastingconcurrentie zullen in het algemeen slechts activiteiten van de ene staat naar de andere staat worden verplaatst vanwege lagere fiscale lasten. Dan is er in het algemeen geen sprake van een bijdrage aan een efficiënte allocatie van productiefactoren. Vanwege de met de verplaatsing gemoeide transactiekosten zal eerder sprake van welvaarts-/welzijnsverlies.

Bedacht dient echter wel te worden dat belastingen maar één van de factoren is die een rol spelen voor de beantwoording van de vragen waar en hoe te investeren. Het belang van belastingen moet niet worden overtrokken. Dat lijkt in de huidige BEPS-discussie wel eens uit het oog te worden verloren. Andere

factoren zoals, infrastructuur, arbeidsproductiviteit, arbeidsrust, politieke stabiliteit, rechtszekerheid en overheidsdienstverlening spelen zeker ook een belangrijke rol. Deze factoren zijn wellicht nog belangrijker dan belastingen. Bovendien dient ook te worden bedacht dat binnen de factor belastingen, de winstbelastingen maar weer een deelfactor is. Kortom, de impact van verlaagde winstbelastingen moet niet worden overdreven. Dit is zeker het geval indien lage winstbelastingen worden gecompenseerd door andere belastingen, bijvoorbeeld, door hoge belastingen op arbeid. Dan heeft een arbeidsintensief bedrijf wellicht weinig aan lage winstbelastingen, indien de hoge arbeidsbelastingen op het bedrijf kunnen worden afgewenteld.

In het kader van het reduceren van winstbelastingen/belastingconcurrentie kan, onder andere, aan het volgende worden gedacht: tariefarbitrage, de keuze tussen financiering met vreemd of eigen vermogen, de keuze voor een bepaalde rechtsvorm, de keuze tussen een vaste inrichting of een dochtervennootschap, het benutten van de marges van transfer pricing, het inzetten van hybride entiteiten, het financieren door middel van hybride financiële instrumenten, het voorkomen of juist het vestigen van een vaste inrichting, het verkopen door middel van commissionaire structuren, het voorkomen van de heffing van dividendbelasting, het benutten van bijzondere belastingregimes zoals de innovatiebox, het tussenschakelen van een groepsvennootschap, het verplaatsen van een vennootschap, het verleggen van inkomensstromen, het bieden van rechtszekerheid door middel van advance pricing agreements (APA's) en advance tax rulings (ATR's), tax treaty shopping en tax treaty rule shopping.

2. *Wat wordt het effect van ATAD¹¹, in het bijzonder de renteaftrekbeperking?*

Ik zal mij hier beperken tot de renteaftrekbeperking. De invalshoek van de OESO/G-20 en in het verlengde daarvan van de EU ligt op de renteaftrek en de daarmee samenhangende aftrek van andere financiële betalingen.¹² Naar mijn mening ligt daar echter niet het probleem.¹³ Het probleem ligt bij het niet-belasten van de rente bij de crediteur door de staat waar de debiteur zijn inkomensproducerende activiteiten uitoefent (hierna ook: staat van de debiteur). Er is, volgens mij, namelijk sprake van een weeffout, waar veel staten, die een vennootschapsbelasting heffen, tegenaan lopen. Dat men nu gezamenlijke actie probeert te ondernemen is vanuit dit perspectief alleen maar toe te juichen. De gecoördineerde actie dient dan wel to-the-point te zijn. Men kan betwijfelen of daarvan sprake is. Tot nu toe probeert men de weeffout vrijwel uitsluitend met allerlei lapmiddelen aan de aftrekkant te repareren. Daarop zijn ook de opties van de OESO/G-20 en de EU, ook in de ATAD, in het kader van bestrijding van BEPS gebaseerd. Volgens mij kunnen de, vaak zeer gecompliceerde, renteaftrek beperkende regelingen worden gemist, omdat zij een probleem bestrijden dat er in wezen niet is, mits de rente maar bij de crediteur wordt belast door het staat waar de rente ook wordt verdiend, zijn oorsprong vindt. Dat is dus het staat waar de debiteur zijn ondernemingsactiviteiten uitoefent. Dit geldt ook voor eventuele vermogenswinsten dan wel vermogensverliezen op de betreffende schulden die de crediteur geniet respectievelijk lijdt. Dit is niet anders voor vergoedingen die economisch gelijkwaardig zijn aan rente of die met vermogenswinsten of -verliezen op één lijn zijn te zetten, zoals, bijvoorbeeld, bedragen betaald op islamitische financiering of valutaresultaten.

¹¹ ATAD staat voor: Anti-Tax Avoidance Directive (Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt)

¹² Zie, bijvoorbeeld, OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, pp. 15-22.

¹³ Zie uitgebreider, bijvoorbeeld, E.C.C.M. Kemmeren, Renteaftrek is niet het probleem in de vennootschapsbelasting; wel het niet-belasten van rente!, WFR, 2009/6806, t.a.p., pp. 401-411 en E.C.C.M. Kemmeren, BEPS en renteaftrek en andere financiële betalingen: de verkeerde route, Weekblad Fiscaal Recht, 2015/7113, pp. 1108-1111.

De debiteur verarmt als er rente verschuldigd is. Diens draagkracht neemt daardoor af. Betaalde rente en winst die de debiteur maakt, kunnen dan ook niet op één hoop worden gegooid, zoals bij fiscale renteaftrekbeperkingen bij een debiteur in het algemeen wel gebeurt. Dit komt omdat de door de debiteur betaalde rente en de eigen winst van de debiteur een wezenlijk verschillend karakter hebben. Die winst is namelijk zijn inkomen, vergroot zijn vermogen, zijn draagkracht. De verschuldigde rente vermindert juist zijn draagkracht en daarom is een renteaftrek ook gerechtvaardigd. Het is juist het vermogen van de crediteur, diens draagkracht, dat door de ontvangen rente wordt vergroot. Het zij benadrukt dat het hierbij, volgens mij, niet uitmaakt of het gaat om een groepsdebiteur en groepscrediteur of niet. Indien, bijvoorbeeld, de aftrek van rente op een groepslening wordt geweigerd en daarmee de kostenpost belastingen wordt verhoogd, dan komt hij uiteindelijk ten laste van het vermogen van de debiteur en niet ten laste van het vermogen van de crediteur. Het faillissement van de debiteur werkt hierbij als de lakmoesproef. Laten we eenvoudigweg aannemen dat het faillissement van de debiteur enkel wordt veroorzaakt door de verschuldigde vennootschapsbelasting, die bij voorrang ten opzichte van andere crediteuren wordt voldaan. In dat geval wordt de kostenpost van de verhoogde vennootschapsbelasting als gevolg van de renteaftrekbeperking gedragen door alle crediteuren, die niet volledig hun vordering op de failliete debiteur voldaan krijgen. Zij draaien dan deels op voor de betaalde vennootschapsbelasting. De belasting wordt dan niet volledig gedragen door de groepscrediteur, hoewel alleen zijn vermogen door de ontvangen rente, die beperkt in aftrek is toegelaten, is toegenomen. Als gevolg van de renteaftrekbeperking bij de debiteur wordt er dus van de verkeerde personen en in strijd met het draagkrachtbeginsel geheven. Dit zou anders zijn, indien de crediteur voor de ontvangen rente zou worden belast. Uit dit voorbeeld moge blijken, dat de keuze voor financiering met vreemd vermogen dan wel eigen vermogen binnen een groep niet alleen fiscaal-juridische gevolgen, maar ook civielrechtelijke en (bedrijfs)economische consequenties kan hebben.

Het is de debiteur die de oorzaak is van het rente-inkomen, van de vergrote draagkracht van de crediteur. Door de ondernemingsactiviteiten van de debiteur wordt zijn rente-inkomen verdiend. De activiteiten van de debiteur produceren zelfs eerst het inkomen van de crediteur en pas daarna zijn eigen inkomen. De oorzaak van beide inkomens, rente en winst, zijn dus de ondernemingsactiviteiten van de debiteur; niet de activiteiten van de crediteur. Zonder de activiteiten van de debiteur zal op zijn best slechts de hoofdsom, de geldlening, kunnen worden terugbetaald. Het zijn de activiteiten van de debiteur die de toegevoegde waarde, de rente, creëren. Zij zijn de oorsprong van de rente-inkomsten. Daartoe wordt gebruik gemaakt van de infrastructuur van de staat, waarin de debiteur zijn ondernemingsactiviteiten uitoefent. Het is dan ook mede op basis van het profijtbeginsel dat de staat, waarin de debiteur zijn onderneming uitoefent, het heffingsrecht over de rente ontvangen door de crediteur zou dienen te hebben.

Een belastingheffing van rente zal slechts dan neutraal zijn, indien zij de marktomstandigheden, waaronder de debiteur opereert, niet wijzigt. Aannemende dat de crediteur zijn belastingdruk afwentelt op de debiteur,¹⁴ zullen de verschillen in belastingheffing door de staten, waarin de diverse (potentiële) crediteuren zijn gevestigd, de marktomstandigheden beïnvloeden waaronder de debiteur opereert. Dit leidt tot de conclusie dat een systeem gebaseerd op het universaliteitsbeginsel niet neutraal is en dat het niet alleen de positie van de debiteur beïnvloedt, maar ook het functioneren van de kapitaalmarkten. Een systeem gebaseerd op het territorialiteits- en oorsprongsbeginsel zal echter wel neutraal zijn met betrekking tot de positie van de debiteur, omdat over de rente slechts door de staat van de debiteur belasting zal worden geheven. Op deze manier is het ook mogelijk om belastingneutraliteit te bereiken tussen financiering met eigen en met vreemd vermogen. Dit kan door op het inkomen uit beide

¹⁴ Of dit in het individuele geval daadwerkelijk mogelijk is, zal altijd afhangen van de concrete marktomstandigheden.

vermogenssoorten eenzelfde effectieve belasting te laten drukken. Dit betekent dat de belastingheffing op vergoedingen voor investeringen met vreemd vermogen (rente) dient te worden afgestemd op de belastingheffing op vergoedingen voor investeringen met eigen vermogen (winst en dividend). Dan vervalt de huidige fiscale stimulans om met vreemd in plaats van eigen vermogen te financieren.¹⁵ Dit heeft, onder andere, als gevolg dat het opzadelen van overgenomen ondernemingen met torenhoge leningen niet langer fiscaal wordt gestimuleerd.¹⁶ Daarmee zal de keuze voor financiering met eigen dan wel vreemd vermogen van een reorganisatie of een overname door elke buiten de staat van de debiteur gevestigde overnemer, of het nu gaat om een regulier concern, een hedge fund, een private equity fund of een andere partij, (meer) worden gebaseerd op het afwegen van reële economische risico's zonder dat de fiscaliteit daarin verstoring werkt. De economische infrastructuur van de staat van de debiteur zal daardoor kunnen worden verstevigd, omdat, naar mag worden aangenomen, reorganisaties en overnames minder vaak met geldleningen zullen worden gefinancierd. Daardoor zullen bij economische tegenwind bedrijven minder snel omvallen als gevolg van een faillissement.

Indien de lijn van de renteaftrekbeperkingen zoals neergelegd in art. 4 van de ATAD wordt doorgetrokken, dan zal de Nederlandse vennootschapsbelasting op tal van plaatsten moeten worden aangepast,¹⁷ onder andere, om het begrip 'andere kosten die economisch gelijkwaardig zijn aan rente' af te dekken en de huidige schuld-gerelateerde regelingen om te vormen tot rentkosten-gerelateerde netto aftrekbeperkingen. Er zullen ook keuzes moeten worden gemaakt, bijvoorbeeld, moet art. 10a Vpb wel worden gehandhaafd? Daarbij gaat deze bepaling betreffende bepaalde besmette handelingen enerzijds verder dan art. 4 ATAD (geen enkele renteaftrek in plaats van een maximale aftrek van 30% van de EBITDA)¹⁸ en anderzijds minder ver (volledige renteaftrek indien aan de tegenbewijsregeling van art. 10a, lid 3 Vpb wordt voldaan). Verder dient te worden opgemerkt dat de richtlijn een grote hoeveelheid opties biedt, waardoor een eenduidige en coherente regeling in alle EU-lidstaten uitgesloten lijkt. Er zal een lappendeken van regelingen ontstaan. Door het gebrek aan onderlinge afstemming zal economische dubbele belasting gemakkelijk kunnen ontstaan. Daarmee is een efficiënte allocatie van productiemiddelen niet gediend. Daardoor kan ook gemakkelijk welvaarts-/welzijnsverlies optreden.

3. *Voldoen de transfer pricing regels nog, met name op het gebied van immateriële activa? Kunt u uw antwoord nader toelichten?*

Naar mijn idee kan met de huidige op het arm's length beginsel gebaseerde transfer pricing regels goed worden gewerkt om de waarde van immateriële activa te bepalen. Daarmee kunnen ook op een goede manier de winsten worden toegerekend aan de staten waarin zij zijn ontstaan. Die staten kunnen dan de binnen hun territorium toegevoegde waarde met vennootschapsbelasting belasten. Daarbij dient de nadruk te liggen op het identificeren en waarderen van de 'significant people functions'. Een dergelijke benadering is ook in overeenstemming met het hierboven geschetste toetskader, met name met het oorsprongsbeginsel. In dat kader zijn de activiteiten van natuurlijke personen bepalend: wie doet wat waar en welke waarde wordt daarmee toegevoegd. Voor zover immateriële activa moeilijk zijn te waarderen, zou kunnen worden gewerkt met prijsaanpassingen, die naar mag worden aangenomen, ook

¹⁵ Zie voor een uitgebreidere bespreking en referenties, bijvoorbeeld, Eric C.C.M. Kemmeren, Principle of Origin in Tax Conventions, A Rethinking of Models, dissertatie Universiteit van Tilburg, Pijnenburg vormgevers-uitgevers, Dongen 2001, pp. 11-115, en Eric C.C.M. Kemmeren, Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach, Bulletin for International Taxation, 2006/11, pp. 430-452.

¹⁶ Vergelijk, bijvoorbeeld, OECD, Public Discussion Draft, BEPS Action 4: Interest Deductions and Other Financial Payments, gepubliceerd op 18 december 2014, pp. 6-9.

¹⁷ Te denken valt aan art. 10, lid 1, onderdeel d, art. 10a, art. 10b, art. 13l, art. 15ad Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Vpb).

¹⁸ EBITDA staat voor: Earnings Before Interest Tax Depreciation and Amortization.

een rol spelen in contracten tussen derden indien de waarde van immateriële activa lastig is vast te stellen. Met het opnemen van prijsaanpassingsvoorwaarden in contracten tussen groepsvennootschappen kan worden aangesloten bij de economische realiteit en bij de daadwerkelijk met de immateriële activa gegeneerde opbrengsten. De Nederlandse jurisprudentie biedt daartoe ook goede mogelijkheden. Ik verwijs in dit verband met name op het arrest van de Hoge Raad van 17 augustus 1998, nr. 32.997, BNB 1998/385.¹⁹

4. *Kunt u een nadere toelichting geven over de voor- en nadelen van het huidige Nederlandse verdragsbeleid?*

Deze vraag is dermate ruim geformuleerd dat een afdoende beantwoording in het kader van dit position paper niet mogelijk is. In zijn algemeenheid ben ik van mening dat het Nederlandse belastingverdragsbeleid, net als dat van andere landen, onvoldoende is afgestemd op het oorsprongsbeginsel en te veel leunt op het woonplaatsbeginsel. Reeds in 2001 heb ik in een uitgebreide studie aangegeven dat een op het oorsprongsbeginsel gebaseerd systeem van belastingverdragen niet alleen zal leiden tot een rechtvaardigere verdeling van heffingsrechten en bijdragen tot een hogere welvaart, maar ook dat de kwetsbaarheid van belastingverdragen voor misbruik en tax planning aanzienlijk zal verminderen.²⁰ Veel van wat nu in het kader van de BEPS discussie als ontgaan van belastingen wordt aangemerkt, zou kunnen worden voorkomen indien belastingverdragen op het oorsprongsbeginsel zouden worden gebaseerd. Ter illustratie licht ik er een paar elementen uit die nauw met de BEPS-discussie zijn verbonden:

- a. Een niet-natuurlijke persoon zal slechts gerechtigd zijn om een door een staat gesloten belastingverdrag in te roepen indien:
 - (a) hij een substantiële inkomensproducerende economische activiteit binnen het territorium van die staat verricht of heeft verricht en
 - (b) het desbetreffende inkomen of vermogen op basis van een functionele analyse aan die activiteit moet worden toegerekend.Brievenbusmaatschappijen hebben dan geen recht op toepassing van belastingverdragen.
- b. Onder het oorsprongsbeginsel worden de concepten van vaste inrichting, vast middelpunt, of vaste vertegenwoordiger als onnodige voorwaarden aangemerkt. Het is voldoende als natuurlijke personen in desbetreffende staat substantiële activiteiten voor de onderneming verrichten. Een onderneming verricht substantiële ondernemingsactiviteiten in de andere verdragsluitende staat of heeft die verricht, indien deze ondernemingsactiviteit verricht door natuurlijke personen toerekenbaar aan de onderneming op zichzelf een essentieel en belangrijk onderdeel van de ondernemingsactiviteit als geheel vormt of heeft gevormd ('een filiaal'). Met een filiaal in Nederland zou ook toegang tot het belastingverdragsnetwerk van Nederland moeten worden verkregen.
- c. Een principiële bezinning op de functie en vormgeving van de dividendbelasting is ook dringend gewenst. Er bestaat wel zeker een rechtvaardiging voor het heffen van een dividendbelasting door Nederland in een internationale context. Indien de winsten binnen Nederland hun oorsprong vinden in daadwerkelijk in Nederland uitgeoefende substantiële ondernemingsactiviteiten, dan kan een dividendbelasting in het verlengde van een vennootschapsbelasting een eigen plaats hebben.

¹⁹ Zie ook, bijvoorbeeld, het Besluit van 14 november 2013 (Verrekenprijbesluit), BNB 2014/132. In HR BNB 1998/385 ging het om winstoverheveling naar onroerende zaak project BV's.

²⁰ Zie Eric. C.C.M. Kemmeren, Principle of Origin in Tax Conventions, A Rethinking of Models, PhD thesis Tilburg University, Eric C.C.M. Kemmeren/Pijnenburg vormgevers-uitgevers, The Netherlands, Dongen 2001, pp. 1-625. Te raadplegen op: http://webwijs.uvt.nl/publications/304239_ext.pdf.

- d. In het verlengde van wat hierboven is opgemerkt over de belastingheffing van rente zouden de heffingsrechten over rente in belastingverdragen geheel dienen te worden toegewezen aan de staat van de debiteur. De staat van de crediteur zou dan de rente dienen vrij te stellen.
- e. De staat waarin het immateriële activum is geproduceerd en niet waarin het wordt gebruikt, dient gerechtigd te zijn om het inkomen daaruit (een bedrag ineens of een periodieke betaling (royalty)) te belasten. Royalty's dienen in vier onderdelen te worden opgesplitst:
 - (1) een vergoeding voor afschrijvingen op basis van de originele marktwaarde van het desbetreffende immateriële goed;
 - (2) een vergoeding voor onderhoud van het immateriële goed;
 - (3) een vergoeding voor het dragen van risico's;
 - (4) een rentecomponent.

De eerste drie componenten dienen te worden toegewezen aan de staat waarin lessor zijn activiteiten verricht. Dit zal waarschijnlijk de plaats zijn waar de licentiegever zijn ondernemingsactiviteiten uitoefent. In overeenstemming met het op het oorsprongsbeginsel gebaseerde systeem voor rente zoals hierboven beschreven, wordt de rentecomponent toegewezen aan de staat waarin de licentienemer zijn activiteiten verricht, dat wil zeggen de staat waarin het immateriële activum wordt gebruikt. Dit betekent dat voor een simpele bronheffing op betaalde royalty's door de staat van de licentienemer geen ruimte is. De licentie is namelijk niet door hem geproduceerd, maar door de licentiegever. De licentienemer maakt gebruik van de licentie om nieuw inkomen (zijn winst) te produceren. De royalty is dan ook een kostenpost voor de licentienemer om nieuwe opbrengsten mee te produceren. Bijvoorbeeld, een onderneming betaalt een royalty om medicijnen te mogen produceren. Dan dient op de betaalde royalty geen bronheffing door de staat van pillenmaker te worden geheven.

5. *Kunt u toelichten hoe de bestaande (ook meer algemene) anti-misbruikmaatregelen (zoals onder meer ook "fraus legis") werken en hoe effectief deze zijn?*

In elk rechtssysteem zou een algemeen anti-misbruikmechanisme zoals *fraus legis* zijn werk moeten kunnen doen. Dit geldt zowel op het niveau van de nationale wetgeving, de belastingverdragen als het Europese recht. Met behulp van een dergelijk mechanisme kan de balans tussen rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, de twee pijlers van onze rechtsstaat, worden bewerkstelligt. Zowel op het niveau van de nationale wetgeving als op het niveau van het Europese recht is er sprake van een effectief werkend mechanisme. De Hoge Raad respectievelijk het Hof van Justitie van de Europese Unie hebben op deze gebieden effectieve anti-misbruikrechtspraak ontwikkeld. Op het gebied van de belastingverdragen is de Hoge Raad, naar mijn idee, te terughoudend bij het inzetten van algemeen anti-misbruikrecht zoals *fraus legis* dan wel *fraus conventionis*.²¹ Verder zij ook opgemerkt dat de instrumenten van *fraus legis* en *fraus conventionis* ook hun beperkingen kennen. Deze instrumenten zijn ongeschikt om dispariteiten (verschillen in regelgeving tussen staten) weg te nemen. Er wordt namelijk niet in strijd met doel en strekking van de individuele bepalingen dan wel systemen gehandeld, indien bedrijven gebruik maken van deze verschillen om hun belastinglast te verlagen. Dispariteiten kunnen alleen worden weggenomen door de regelgeving van de betreffende staten op elkaar af te stemmen. Daar ligt dus een taak voor de regelgevers, zowel op het niveau van nationale wetgeving als op het niveau van belastingverdragen. Daar ligt dus geen taak voor de rechter.

²¹ Zie uitgebreider, bijvoorbeeld, E.C.C.M. Kemmeren, Dividendbelasting en *fraus legis*: huidige stand van zaken, Weekblad Fiscaal Recht, 2003/6513, pp. 133-153 en E.C.C.M. Kemmeren, Dividendbelasting in internationaal/verdragsperspectief: niet-aflatend kwetsbaar, Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht, 2008/97, pp. 66-77.

6. *Welke maatregelen kunnen er worden genomen zonder dat dit ten koste zal gaan van het Nederlandse vestigingsklimaat? En op welk niveau dienen deze maatregelen dan te worden genomen (nationaal, EU, internationaal (G20/OESO))?*

Ook deze vraag is dermate ruim geformuleerd dat een afdoende beantwoording in het kader van dit position paper niet mogelijk is. In aanvulling op wat hierboven al aan de orde is gekomen, beperk ik mij dan ook tot een aantal hoofdlijnen. Vooropgesteld dient te worden dat anti-BEPS-maatregelen in internationaal verband dienen te worden genomen. Unilaterale acties hebben weinig zin of kunnen zeer schadelijk voor Nederland zijn, omdat het bij BEPS om internationale issues gaat. Wat betreft het fiscale vestigingsklimaatbeleid zou de inzet moeten zijn gericht op het aantrekken van nieuwe activiteiten (wat hierboven is aangeduid als gezonde belastingconcurrentie) en niet op het verplaatsten van reeds bestaande activiteiten vanuit het buitenland naar Nederland (wat hierboven is aangeduid als schadelijke belastingconcurrentie). In dit verband zou, onder andere, kunnen worden gedacht aan de introductie van een negatieve aanslag voor situaties waarin sprake is van het opstarten van nieuwe economische activiteiten in Nederland, het uitbreiden van carry-backmogelijkheden voor verliezen voor dergelijke activiteiten en/of het omvormen van de innovatiebox tot een tax credit.²² Daarmee zouden verzilveringsproblemen van belastingfaciliteiten kunnen worden verminderd. Deze maatregelen leveren direct liquide middelen op voor bedrijven. Daarmee zou dan het eigen vermogen van bedrijven kunnen worden versterkt dan wel zou de verkoopprijs van hun producten kunnen worden verlaagd, waardoor de concurrentiepositie van de in Nederland gevestigde ondernemingen kan worden versterkt ten opzichte van landen die niet dergelijke maatregelen nemen. Om de doelstellingen van de interne markt van de EU te realiseren dient de concurrentie echter niet gericht te zijn op concurrentie met de lidstaten van de Europese Unie, maar dient de belastingconcurrentie in EU-verband op elkaar te worden afgestemd om zo de gezonde belastingconcurrentie met derde landen of andere handelsblokken te kunnen aangaan.

7. *Gelet op de voorgaande vragen; welke aspecten zijn naar uw mening nog onderbelicht gebleven, kunt u deze aspecten nader toelichten?*

In het kader van de BEPS-discussie is een zekere mate van onderlinge samenwerking tussen staten ontstaan, die voordien schaars was. Dit is grote winst! Echter, de BEPS-discussie wordt, volgens mij, vaak te eenzijdig gevoerd. Multinationale ondernemingen worden vaak als de 'boosdoeners' aangemerkt. Zij betalen hun 'fair share' niet. Daarbij wordt vaak te weinig aandacht besteed aan de rol van de staten en van de regelgevers van die staten. Zij zijn verantwoordelijk voor de fiscale regelgeving, voor de kwaliteit daarvan en voor het al dan niet afgestemd zijn van de nationale fiscale regelgeving op de fiscale regelgeving van andere staten. In een rechtsstaat is het niet aan de individuele (belasting)ambtenaar, rechter, academicus, journalist of wie dan ook om te bepalen wat een fair share is. De ethische norm van het ene individu hoeft niet de ethische norm van het andere individu te zijn. Op het terrein van de ethiek is het lastig om elkaar als individu de maat te nemen. Waarom zou de ethische norm van het ene individu van hogere waarde zijn dan de ethische norm van een ander individu? De fair-share-discussie dient, volgens mij, dan ook niet op grond van ethische normen van een individu te worden gevoerd. Wat als een fair share dient te worden aangemerkt, dient, volgens mij, in een rechtsstaat te worden bepaald door de wetgever. Die is door middel van democratische verkiezingen gelegitimeerd om fiscale regelgeving te maken en aan te passen. Het is dus ook aan de regelgever om rekening te houden met fiscale regelgeving in andere landen. Indien verschillen in fiscale regelgeving door multinationale ondernemingen worden gebruikt om de kostenpost van de winstbelastingen te reduceren en dit wordt onwenselijk geacht omdat zij daardoor worden geacht onvoldoende aan de financiering van de overheidsuitgaven bij te dragen door middel van de afdracht van winstbelastingen, dan dienen staten, in het bijzonder de democratisch

²² Vergelijk mijn eerdere voorstellen in E.C.C.M. Kemmeren, Maak van negatief effectief positief, Weekblad Fiscaal Recht, 2009/6807 ISSN: 0043-1796, pp. 433-436.

gekozen regelgevers met elkaar tot nadere afstemming te komen, zodat de beoogde fair share in de internationale fiscale arena wordt gerealiseerd. Dit betekent dat wetgevers van staten meer met elkaar dienen samen te werken. Echter, hier zie ik in de dagelijkse politieke realiteit een zekere tweeslachtigheid: aan de ene kant wordt het signaal uitgezonden dat multinationale ondernemingen hun fair share niet betalen, maar aan de andere kant gaan staten belastingconcurrentie aan door met van andere staten afwijkende gunstige fiscale regelingen diezelfde multinationale ondernemingen te verlokken tot het doen van investeringen in hun staat. Ik roep dan ook op tot een meer genuanceerde discussie over BEPS. Daarbij ligt een primaire verantwoordelijkheid bij democratisch gekozen regelgevers, dus ook bij de Tweede Kamer.