

Position paper P.H. Sleurink ten behoeve van de expertmeeting inzake "fiscale constructies"

1. U heeft mij verzocht een position paper op te stellen ten behoeve van de expertmeeting inzake "fiscale constructies" op 12 september aanstaande. U heeft daarbij verzocht met name in te gaan op een 8-tal vragen. Hieronder vindt u een korte beschouwing waarin ik in hoofdlijnen mijn visie weergeef.
2. Ik beperk mij hierbij tot fiscaal gedrag van multinationaal opererende concerns; ik heb hoegenaamd geen professionele ervaring met particulieren.
3. Het fiscale gedrag van een - tot een concern behorend - belastingplichtig lichaam kan op een breed spectrum geplaatst worden. De twee uitersten daarvan worden gevormd door enerzijds fiscaal gemotiveerde gedragingen die doelbewust leiden tot overtreding van wettelijke fiscale bepalingen, er is dan sprake van fiscale fraude, ook vaak aangeduid als "tax evasion", anderzijds kan sprake zijn van een vennootschap die zich bij haar doen en laten op geen enkele wijze laat beïnvloeden door de fiscale gevolgen daarvan, deze opereert 'fiscaal indifferent'.
4. Partijen die tot de eerste categorie behoren, laat ik verder onbesproken; de tweede categorie, zo deze al bestaat, zal uiterst klein zijn.
5. Het overgrote contingent aan belastingplichtige lichamen bevindt zich ergens tussen deze twee uitersten. Deze partijen zullen zich bij hun zakelijke gedragingen in meer of mindere mate mede laten leiden door de te verwachten fiscale gevolgen. Sommige van deze gedragingen, maar zeker niet alle, kunnen wellicht aangeduid worden als 'fiscale constructies'; er is echter voor zover mij bekend geen scherpe afbakening tussen het toepassen van fiscale constructies enerzijds en 'reguliere tax planning' anderzijds. Disputen tussen belastingplichtigen en de belastingdienst doen zich zowel voor bij casus die als fiscale constructies kunnen worden bestempeld als in gevallen van 'reguliere tax planning'.
6. De rechtspraak ontzegt een belastingplichtige niet per se het recht zijn zaken zodanig in te richten dat hij daardoor minder belasting verschuldigd is dan bij een andere feitelijke constellatie het geval zou zijn geweest. Zie recent Hoge Raad 8 juli 2016, zaaknummer 15/00194, ECLI:NL:HR:2016:1350, V-N 2016/36.9, in het bijzonder rechtsoverweging 2.6.3.:

*"[...] In de tweede plaats heeft een belastingplichtige, en in het onderhavige geval een concern, de vrijheid zijn economische belangen en (financiële) middelen onder te brengen in een in Nederland gevestigde vennootschap, ook al wordt die keuze bepaald door omstandigheden die zijn gelegen in de sfeer van de belastingheffing. Anders dan met betrekking tot de hiervoor vermelde inbreuk op de vrijheid van de belastingplichtige met betrekking tot de keuze van zijn financieringsstructuur, blijkt uit de parlementaire behandeling van artikel 10a van de Wet niet dat met de invoering van die bepaling beoogd is deze tweede vrijheid te beperken. Hierom moet ervan worden uitgegaan dat de omstandigheid dat de Nederlandse vennootschap door het concern om fiscale redenen is ingeschakeld, voor de in het kader van artikel 10a, lid 3, letter a, van de Wet plaats vindende beoordeling van de beweegredenen van de desbetreffende rechtshandeling en de geldlening niet van belang is."*

7. Een groot deel van de zeer grote ondernemingen zal bij de besluitvorming te structureren zich in eerste instantie laten leiden door het bedrijfsproces. De fiscale staart laat de bedrijfshond niet bewegen, maar omgekeerd. Daarbij speelt bij overwegingen bepaalde fiscale structuren op te zetten niet alleen de overweging mee of iets "technisch" mogelijk is maar tevens wat dit betekent voor de reputatie van de onderneming in een bepaald land.
8. De overheid, in de vorm van de belastingdienst, beschikt over een uitgebreid arsenaal van middelen vermeende ongewenste fiscale constructies en ongewenste overige vormen van tax planning te bestrijden; naast een reguliere toepassing van de heffingsbepalingen kan ook het leerstuk van de

fiscale duiding van de feiten en het bijzondere rechtsmiddel van misbruik van recht (fraus legis) in stelling gebracht worden.

9. Laat ik nu ingaan op de door u geformuleerde vragen;

9.1. 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?

Het fiscale speelveld voor multinationaal opererende groepen is uiterst divers; enerzijds zijn er als gevolg van de afwezigheid van harmonisatie van de heffingswetgeving tussen staten nog altijd soms heel eenvoudige methodes dubbele non-belasting te realiseren, anderzijds moeten deze groepen zich vaak grote moeite getroosten te voorkomen dat als gevolg van dezelfde afwezigheid van harmonisatie geen dubbele, met name economische, heffing optreedt. De dubbele non-belasting komt momenteel veel in de publiciteit, het is mijn ervaring dat veel multinationale groepen meer tijd dienen te investeren in het vermijden van dubbele belasting dan het opzetten van 'fiscale constructies' bij het vormgeven van overigens volstrekt zakelijke transacties. Dit beeld komt ook naar voren bij nadere bestudering van de jaarverslagen van grote ondernemingen. De geconsolideerde effectieve belastingdruk van multinationaal opererende groepen is vaak bij benadering gelijk aan het gewogen gemiddelde tarief van de landen waarin men commercieel actief is.

De huidige vloed van - deels onderling conflicterende- ontwikkelingen vanuit de hoek van OECD/G-20, IMF, Europese Unie en niet te vergeten het DG Comp van de Europese Commissie leidt daarbij tot grote en toenemende onzekerheid.

9.2. Welke invloed heeft het Europese anti-ontwijkingspakket op de werkgelegenheid?

Mijns inziens zal dit in belangrijke mate afhangen van de wijze waarop, en met name de consistentie bij het implementeren van met name de ATAD (anti tax avoidance directive) in de lidstaten. De vormgeving van het directive biedt de lidstaten daarbij nog aanzienlijke flexibiliteit. De ervaring opgedaan bij de invoering van de aanpassingen van de Moeder-Dochterrichtlijn, mede bestaande uit een General Anti-Abuse Rule, in de lidstaten spreekt boekdelen.

9.3. Wat is het effect van brievenbusvennootschappen op het vestigingsklimaat?

Bij de discussie rondom het 'vestigingsklimaat' blijkt steeds weer dat diverse partijen een andere inhoud geven aan dit begrip; er is het vestigingsklimaat voor brievenbusmaatschappijen zelf, voor - meestal beursgenoteerde - moedermaatschappijen van multinationale groepen en voor meer 'actieve' lichamen, bijvoorbeeld actief als productie-, handels- of financieringsentiteit, die behoren tot een groep waarvan de moedermaatschappij buiten Nederland is gevestigd. Bij de laatste categorie is dikwijls ook sprake van een regionale hoofdkantoorfunctie, niet te verwarren met een 'kale' tussenhoudstervenootschap.

Uit de publiek beschikbare informatie ontstaat de indruk dat het buitenland de Nederlandse rol van internationale spilfunctie bij houdster-, financierings- en licentieringsstructuren minder waardeert. Dit zou kunnen leiden tot een meer kritische benadering van Nederland door deze andere staten, bijvoorbeeld, bij het heronderhandelen van bilaterale belastingverdragen. In hoeverre deze indruk inderdaad juist is, zou door het Ministerie van Financiën aangegeven dienen te worden.

4. Factoren die van belang zijn voor het vestigingsklimaat;

Ik beperk mij tot de fiscale factoren; ook hier geldt weer het onderscheid naar het type entiteit dat men op het oog heeft. Vooropgesteld, mijn persoonlijke indruk is dat het Nederlandse vestigingsklimaat voor zover het door fiscale factoren bepaald wordt, nog altijd sterk concurrerend is.

De "headline rate" (het algemene tarief in de vennootschapsbelasting) vervult een belangrijke signaalfunctie. Alhoewel iedereen beseft dat het uiteindelijk de effectieve belastingdruk is die telt, moet de waarde van een laag nominaal tarief niet onderschat worden. Ontwikkelingen zoals aangekondigd in de VK en België dienen derhalve scherp in de gaten gehouden te worden.

Voor wat betreft de aantrekkingskracht op beursgenoteerde entiteiten speelt nog altijd de al lang lopende discussie rondom de dividendbelasting. Wanneer algehele afschaffing nu niet haalbaar is, zou bijvoorbeeld een soepelere behandeling van erkend fusieagio al soelaas bieden. Ook de recent onder meer in de vakliteratuur geopperde mogelijkheid opbrengst van coöperaties en van NVs/BVs op gelijke wijze te gaan behandelen verdient serieuze aandacht.

Mogelijkheid tot vooroverleg met de Belastingdienst, de stabiliteit (voorspelbaarheid) van het fiscale regime en de manier waarop de belastingdienst conflicten met belastingbetalers oplost, zijn daarnaast , belangrijke factoren.

Wat betreft de voorspelbaarheid van het fiscale regime zijn de hierboven genoemde internationale initiatieven ook belangrijk. Bij vestiging zal een onderneming een "oneindige" tijdshorizon in gedachten nemen. Als er door nationale of internationale initiatieven de indruk ontstaat dat een fiscaal regime niet stabiel is dan zal dat een belangrijke factor zijn.