

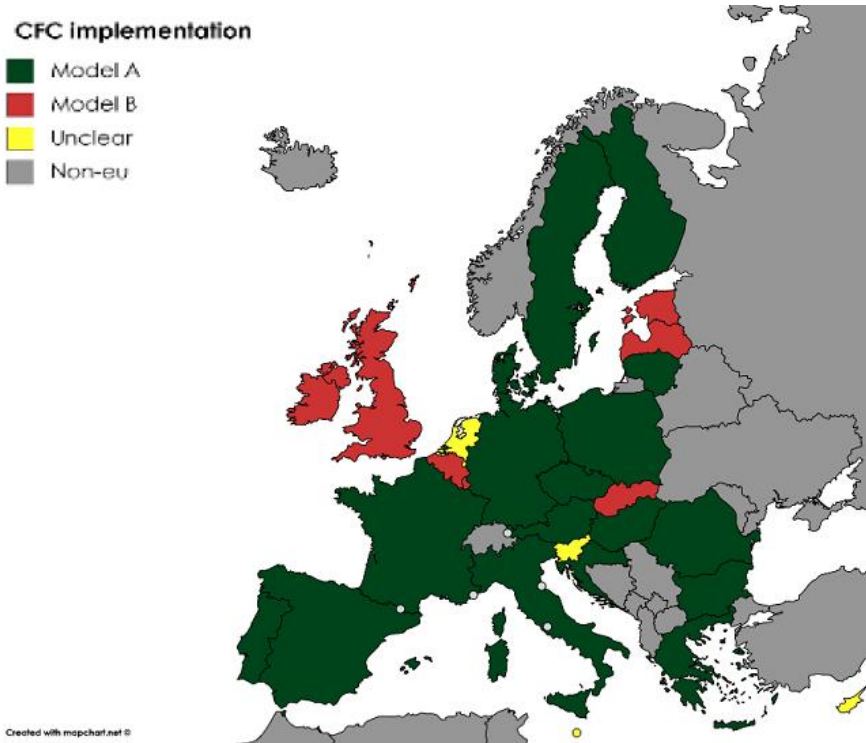
Annex

Implementatie ATAD I – CFC regel

In de zomer van 2016 heeft de Europese Raad de ATAD I richtlijn aangenomen, die voor 1 januari 2019 in de nationale wetgeving geïntegreerd zal moeten zijn. ATAD I bevat vijf maatregelen, in deze toelichting zal met name gekeken worden naar de CFC regels. CFC regels beogen winst die naar een laagbelaste dochteronderneming in het buitenland wordt verschoven, via de moederonderneming in Nederland te belasten. De preventieve werking hiervan zal zowel de belastinggrondslag van Nederland als van andere (ontwikkelings)landen beschermen. De nadruk ligt op, zogenaamde besmette voordelen: risicovol (passief) inkomen zoals rente, royalties en verzekeringspremies.

Model A

Staatssecretaris Snel heeft in de brief¹ van 23 februari van dit jaar al aangegeven dat model B geen toegevoegde waarde heeft t.a.v. het huidige arm's lengthbeginsel. Model B is dan ook niet voldoende effectief in de bestrijding van grondslaguitholling en kunstmatige winstverplaatsing. Model A geeft de belastingdienst van het land waar de hoofdonterneming gevestigd is de mogelijkheid om bij te heffen op winsten die naar een laagbelaste CFC worden verschoven. Dit helpt winstverschuiving te voorkomen. De CFC regel beschermt zodoende de Nederlandse belastinggrondslag als mede die van andere landen. Het kabinet heeft er echter, ondanks eerdere toezeggingen², niet voor gekozen om model A in te voeren. Hiermee loopt het uit de pas met de meeste EU landen, zoals hieronder weergegeven. De invoering van model B zal haar internationale reputatie dan ook geen goed doen.



¹ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/02/23/aanbiedingsbrief-tweede-kamer-aanpak-belastingontwijking-en-ontduiking>

Substance

Een belangrijk aandachtspunt binnen de huidige CFC voorstellen van het kabinet betreft de gekozen substance eis³. Er zijn verschillende redenen waarom deze substance eis tekort schiet. De eerste reden is het 'one-size-fits-all' karakter. Zowel voor grote multinationale ondernemingen als voor het internationaal georiënteerde MKB geldt eenzelfde eis. Dit is niet effectief en proportioneel. Dit werd in 2016 reeds door (toenmalige) staatssecretaris Financiën Wiebes aangegeven, een dag na de totstandkoming van het ATAD I directief: *"Is één man voldoende? Nou, als dat inkomen bij die ene man hoort, is één man inderdaad voldoende. Maar als je daar een winst maakt van tientallen miljoenen euro's, kan iedereen zien dat één man niet voldoende is. Het gaat niet alleen om mensen, maar het heeft ook met activa, gebouwen en allerlei daadwerkelijke zakelijke verschijningsvormen te maken (...). Dit gaat om een titel die een relatie onderhoudt met de omvang en de aard van het inkomen. Daar zit dus een beoordeling aan vast. Als het inkomen gegenereerd is door één persoon, is één persoon voldoende. Maar in veel gevallen zal dat niet zo zijn"*⁴.

De Nederlandse substance eis sluit bovendien niet aan bij internationaal afgesproken normen. Nederland is het enige land dat voor de CFC-regel een niet-proportionele substance eis toepast met een vaste grens voor (loon)kosten. Het OESO BEPS Actieplan voor CFC regels waarschuwt dat een 'one-size-fits-all' norm kan leiden tot het legitimeren van belastingontwijking: *Under a threshold (or 'all-or-nothing' test) a set amount of activity (as identified through one or more proxies) would allow all income of the CFC to be excluded (...) but it should prevent businesses from locating just the right type and amount of activity in a CFC to ensure that its profits are excluded by the CFC rules of its parent jurisdiction*⁵". De huidige substance eis gaat dan ook in tegen de internationale aanpak van de OESO waar Nederland normaal juist veel waarde aan hecht.

Zowel op het niveau van de EU als op het niveau van de OESO is de standaard een open norm en proportionele substance eisen. Hieronder zijn de belangrijkste standaarden genoemd:

- EU – ATAD I: Substantive economic activity supported by staff, equipment, assets and premises, as evidenced by relevant facts and circumstances.⁶
- EU – Gedragscodegroep: Introduce requirements concerning an adequate level of (qualified) employees, adequate level of annual expenditure to be incurred, physical offices and premises, investments or relevant types of activities to be undertaken.⁷
- OECD – BEPS Inclusive Framework / Forum on Harmful Tax Practices: Core income generating activities presuppose having an adequate number of fulltime employees with necessary qualifications and incurring an adequate amount of operating expenditures to undertake such activities.⁸

³ €100.000 loonkosten, gekwalificeerd personeel en de huur van een kantoorpand voor minimaal 24 maanden.

⁴ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/h-tk-20152016-98-34.html>

⁵ https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report_9789264241152-en#page1

⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L1164&from=EN>

⁷ <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10421-2018-INIT/en/pdf>

⁸ "The general guidance in the report for how to assess substantial activities in the context of regimes other than IP regimes is consistent with the nexus approach, which permits IP regimes to provide benefits to

Deze standaarden zijn goed toepasbaar voor het Nederlandse belastingstelsel. In de kort geleden afgeronde consultatie over herziening van de rullingpraktijk werd al aangegeven dat er gekozen kan worden voor het vervangen van geldende substance-eisen door een open norm voor 'economische nexus'.

Laagbelastende jurisdicties

Het kabinet kiest ervoor de norm voor 'laagbelastende jurisdicties' te leggen bij een statutair tarief van 7%; daarnaast wordt de CFC-regel toegepast op de EU zwarte lijst van niet-coöperatieve landen⁹. Er zijn verschillende redenen waarom dit tekort schiet.

Model A schrijft voor dat lidstaten bij moeten heffen als de effectieve belastingdruk van de CFC niet meer dan 50% van het nationale VpB-tarief is. De 7% norm conflicteert dus met model A. Bovendien is de 7% norm inconsistent met de bestaande Nederlandse wetgeving. Nederland kent reeds een norm voor een minimumtarief, van 10%, binnen de anti-misbruikregeling van de deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling kan alleen benut worden als er een naar '**Nederlandse maatstaven reële heffing naar de winst wordt betrokken (van ten minste 10% over een vergelijkbare grondslag)**¹⁰'. Tax Justice Nederland is verder van mening dat het drempeltarief niet 7% maar minstens 15% zou moeten zijn. Een lager drempeltarief wakkert de *race naar de bodem* enkel verder aan.

Landen op EU zwarte lijst voor niet-coöperatieve jurisdicties:

Amerikaans Samoa, Guam, Namibia, Samoa, Trinidad & Tobago, Amerikaanse Maagdeneilanden

Landen <7% VpB tarief:

Anguilla, Bahama's, Bahrein, Bermuda, Britse Maagdeneilanden, Guernsey, eiland Man, Jersey, Kaaimaneilanden, Koeweit, Palau, Qatar, Saudi-Arabië, Turks- en Caicoseilanden, Vanuatu en de Verenigde Arabische Emiraten.

Een tweede tekortkoming is de toepassing van het statutaire tarief. Er zijn enkele jurisdicties met een territoriaal belastingregime die bepaalde winsten uit internationale activiteiten niet belasten, zoals Hong Kong en Panama. De belastingdruk is dan lager dan het statutaire tarief. Aangezien deze regimes niet preferentieel zijn en ook geen sprake is van een laag statutair tarief, worden deze regimes niet meegenomen in de beoordeling van de Europese zwarte lijst ten aanzien van non-coöperatieve jurisdicties. Hierdoor vallen deze jurisdicties tussen wal en schip. Door het effectieve tarief als uitgangspunt te nemen, zoals ATAD1 – Model A voorschrijft, wordt dit ondervangen.

taxpayers only to the extent that those taxpayers themselves undertook the R&D activities (or, for IP regimes outside the European Union, to the extent that the R&D activities took place within the jurisdiction providing the benefits). The report stated that "the same principle can also be applied so that [regimes other than IP regimes] would only be found to meet the substantial activity requirement if they also granted benefits only to qualifying taxpayers to the extent those taxpayers undertook the core income generating activities required to produce the type of business income covered by the preferential regime."

<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241152-en.pdf?expires=1538474274&id=id&accname=guest&checksum=9506AE914441E5AD841519DD3E119355>

⁹ Zie verderop in het document een overzicht van de landen die onder deze norm zullen vallen.

¹⁰ <https://www.parlementairemonitor.nl/9353000/1/j9vvij5epmj1ey0/vk7ojuq5r5yr>

Eén van de criteria waarop jurisdicties gescreend worden t.a.v. de EU zwarte lijst voor non-coöperatieve jurisdicties, is de mate waarin substance eisen gelden binnen het regime. Landen die geen of een lage winstbelasting heffen én onvoldoende substance vereisen, komen op de EU zwarte lijst (tenzij die landen dit binnen 1 jaar aanpassen). De EU gedragscodegroep heeft deze landen richtlijnen geboden om substance eisen in te voeren: een proportionele open norm. De voorgestelde Nederlandse 'one-size-fits-all' substance norm schiet in vergelijking ernstig tekort. Deze incongruentie zal er toe leiden dat Nederlandse moedermaatschappijen winsten kunnen blijven verplaatsen naar CFCs in landen die door de EU op de zwarte lijst zijn gezet, waarbij het voldoende is dat CFCs aan de Nederlandse substance eis voldoen. Dit ondermijnt de gezamenlijke EU-aanpak van non-coöperatieve jurisdicties en de status van de zwarte lijst. Als de Nederlandse substance eis niet wordt aangescherpt en in lijn gebracht met internationale standaarden, zal dit zeer schadelijk zijn voor de internationale reputatie van Nederland.

Uitvoerbaarheid

CFC regels zijn bedoeld om kunstmatige winstverschuiving tegen te gaan. Het is dan ook om die reden dat CFC regels gericht zijn op zogenoemde 'besmette voordelen', zoals rente, royalties en verzekeringspremies. De bedrijfswinsten van de meeste bedrijven bestaan voor minder dan 30% uit besmette voordelen, en vallen dan ook niet binnen het bereik van deze wetgeving. Dit is een belangrijke factor die CFC wetgeving effectief, doelmatig en uitvoerbaar maakt. Nederlandse bedrijven die actief zijn in laagbelastende landen of landen op de EU zwarte lijst, zoals baggermaatschappijen en exportbedrijven met vestigingen voor binnenlandse verkoop in deze landen, vallen dan ook buiten deze wetgeving. Hierdoor zullen de substance eisen alleen gelden voor een specifieke groep CFC's die een bedrijfsstructuur hebben met een groot risico op winstverschuiving.

Uitkering winst aan tussenholding

Tot slot brengt de "aanvullende CFC regel gebaseerd op model A" nog een ander risico met zich mee. In het huidige wetsvoorstel zit nog een ontsnappingsroute, namelijk wanneer de CFC de winst net voor het einde van het jaar als dividend uitkeert aan een tussenliggende holding in een derde land waarop de Nederlandse CFC regel niet van toepassing is. In dat geval is er geen onuitgekeerde winst in de laagbelaste CFC, maar ook geen bijbehorend dividend ontvangen door de Nederlandse indirecte moeder. (Bij een dividenduitkering van een laagbelaste CFC aan een directe Nederlandse moeder kan het ontvangen dividend in sommige gevallen wel worden belast, vanwege de bestaande uitzondering op de deelnemingsvrijstelling). Deze lacune is in overeenstemming met ATAD1, maar NL mag de CFC regel op dit punt ook strenger invullen.¹¹

¹¹ Betreffende tekst uit NL voorstel: "Art 13ab.2 (...) en voor zover dat saldo [van de CFC-winst] voor het einde van dat jaar niet is uitgekeerd door dat lichaam [= de CFC]."

Wet bronbelasting

Binnen de wet bronbelasting zijn twee tarieven van belang: (1) de hoogte van het tarief van de buitenlandse jurisdictie dat bepaalt wanneer Nederland bronbelasting (bij)heft en (2) het Nederlandse tarief dat de uiteindelijke hoogte van de belastingtoerekening bepaalt. Om de huidige schadelijke doorstroom en uitstroom van bedrijfswinsten de das om te doen is het eerste tarief van groot belang. Deze dient substantieel te zijn. Meerdere malen heeft TJ-NL ervoor gepleit dit tarief op minstens 15% te stellen. Door laagbelastende jurisdicties te definiëren als landen met een winstbelasting van minder dan 7% zal Nederland de schadelijke doorstroom onvoldoende tegengaan. Dit is ook recentelijk aangegeven door het CPB¹².

Het kabinet heeft ervoor gekozen de bronbelasting op dividenden per 1 januari 2020 in te voeren (Wet bronbelasting 2020 Art 1.2.1.e). Nederland heeft met enkele landen verdragen die het heffen van deze bronbelasting onmogelijk maakt. Het kabinet heeft aangegeven de heffing, in deze gevallen, voor drie jaar op te schorten. Deze drie jaar dienen gebruikt te worden voor heronderhandeling van het verdrag. Het kabinet kiest er echter voor investeerders de garantie te geven dat zij ook daadwerkelijk voor drie jaar ontzien zullen worden, ook wanneer al eerder tot een nieuw verdrag is gekomen. TJ-NL vindt dat er van deze garantie een verkeerd signaal uitgaat. Vanuit maatschappelijk oogpunt is het onwenselijk dat investeerders een (tijdelijke) garantie wordt gegeven op het niet hoeven betalen van belastingen in het kader van de aanpak van belastingontwijking. Wanneer Nederland tot een nieuw verdrag is gekomen met de desbetreffende jurisdictie dient de bronbelasting gelijk geheven te gaan worden, onafhankelijk van een vooraf ingestelde termijn.

¹² <https://www.nrc.nl/nieuws/2018/10/02/cpb-kabinet-kan-meer-doen-tegen-belastingontwijking-a2097114>