

Position paper prof. dr. J.L. van de Streek (Universiteit van Amsterdam) t.b.v. rondetafelgesprek Belastingafdracht multinationals op 29 mei 2019

1. Omdat het rondetafelgesprek is georganiseerd naar aanleiding van de berichtgeving in de media over de belastingafdracht (vennootschapsbelasting) van Shell,¹ ga ik in dit position paper in op de drie aftrekposten die maken dat Shell in Nederland geen vennootschapsbelasting betaalt, te weten:

- Aftrek van hoofdkantoorkosten;
- Aftrek van liquidatieverliezen op deelnemingen in buitenlandse dochtervennootschappen; en
- Aftrek van rente op leningen die zijn aangetrokken voor de financiering van deelnemingen in buitenlandse dochtervennootschappen (Bosal-gat).

Shell heeft het gebruik van deze aftrekposten recent bevestigd alsmede het feit dat het als gevolg daarvan geen vennootschapsbelasting betaalt.² Mijn opmerkingen in dit position paper zien op de aftrekposten en de belastingheffing van (Nederlandse en buitenlandse) multinationals als zodanig en niet specifiek op de belastingpositie van Shell.

Hoofdkantoorkosten

2. De aftrek van hoofdkantoorkosten verlaagt uiteraard de in Nederland belastbare winst van een Nederlandse multinational. De OESO-verrekenprijsrichtlijnen schrijven evenwel voor dat hoofdkantoorkosten moeten worden doorbelast aan de (buitenlandse) dochtervennootschappen indien sprake is van een conerndienst, bijvoorbeeld op administratief, technisch, financieel of commercieel vlak. In een dergelijk geval staat bij het Nederlandse hoofdkantoor tegenover de aftrek een belaste vergoeding. De mate waarin hoofdkantoorkosten doorbelast moeten worden, zal per hoofdkantoor verschillen. Denkbaar is dat in een concreet geval doorbelasting van 20% van de hoofdkantoorkosten achterwege blijft.³

3. Nederland volgt in beginsel OESO-verrekenprijsrichtlijnen voor hoofdkantoorkosten, maar wijkt op een belangrijk punt af ten gunste van Nederlandse hoofdkantoren. Volgens de OESO-verrekenprijsrichtlijnen dienen hoofdkantoorkosten, als sprake is van een conerndienst, te worden doorbelast mét een winstopslag voor het hoofdkantoor. Die winstopslag mag forfaitair op 5% worden gesteld voor de conerndiensten met een beperkte toegevoegde waarde. Denk bijvoorbeeld aan een IT-helpdesk. Nederland biedt hoofdkantoren weliswaar deze 5%-optie, maar biedt tevens een 0%-optie op grond waarvan dergelijke conerndiensten zónder winstopslag mogen worden doorbelast.

4. De 0%-optie is in het Verrekenprijsbesluit⁴ opgenomen als goedkeurend beleid. Het is mij een raadsel wat de reden is voor deze goedkeuring.⁵ Doelmatigheidsredenen, zoals een vereenvoudigde uitvoering van verrekenprijsexercities, kunnen het niet zijn want om die reden heeft de OESO nou juist de vaste winstopslag van 5% in het leven geroepen. Wellicht, maar dat is speculeren, is de 0%-optie in het besluit opgenomen ter versterking van het fiscale vestigingsklimaat voor hoofdkantoren.⁶

¹ 'Shell betaalt in Nederland geen vennootschapsbelasting', Trouw, 29 november 2018.

² 'Wij betalen eerlijk belasting', Elsevier Weekblad, 2019, blz. 10-15.

³ Ik baseer mij op het voorbeeld gegeven door J.T. van Egdome, Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational (Fiscale Monografie nr. 115), Kluwer, Deventer, 2017, blz. 105.

⁴ Besluit van 22 april 2018, nr. 2018-6865, Stcrt. 2018, 26874, par. 6.2.

⁵ Zie ook A.J.A. Stevens en C.A.T. Peters, Het nieuwe verrekenprijzenbesluit, NTFR-B 2018/44, par. 2.6 en de aantekening van de redactie Vakstudienieuws in V-N 2018/37.2.

⁶ Zo stond op het wensenlijstje van de VVD-belastingcommissie in 2015 om, als incentive om hoofdkantoren naar Nederland te halen, de doorbelasting van hoofdkantoorkosten achterwege te laten, en als dat niet haalbaar zou zijn om met een doorbelasting te volstaan tegen een cost-plus van 0%. Zie de bijlage 3 van de beslissing van 7 september 2018 op een Wob-verzoek inzake de Coördinatiegroep Internationale Belastingstrategie.

De fiscaal-theoretische en beleidsmatige dimensie van de liquidatieverliesregeling

5. De liquidatieverliesregeling vormt – getuige Tweede Kamerdebatten in het verleden en discussies in de belastingwetenschap – van oudsher een omstreden inbreuk op de deelnemingsvrijstelling. Vooral de bestaansreden voor de aftrek van een liquidatieverlies op een deelneming in een dochtervennootschap die in het buitenland is gevestigd, wordt vaak in twijfel getrokken. Zo kan ten principale worden afgevraagd wat het Nederlandse territoriaal georiënteerde belastingstelsel te maken heeft met buitenlandse verliezen.

6. Voorstanders van de liquidatieverliesregeling wijzen er vaak op dat de liquidatieverliesregeling, ook in buitenlandse verhoudingen, recht doet aan het uitgangspunt dat een verlies ten minste eenmaal ergens moet kunnen worden afgetrokken. De vraag rijst echter waarom dat Nederland moet zijn. Gegeven onze kleine thuismarkt en de aanwezigheid van relatief veel multinationals, heeft de liquidatieverliesregeling mijns inziens meer weg van een stimuleringsmaatregel dan van een uitvloeisel van een neutraliteitsgedachte.⁷ Bovendien maakt de liquidatieverliesregeling onder omstandigheden dat het aantrekkelijker is om te investeren in het buitenland dan in Nederland. Een liquidatieverlies op een buitenlandse investering is immers aftrekbaar tegen het Nederlandse tarief van 25%, terwijl bij een succesvolle investering de deelnemingsvrijstelling van toepassing is (en Nederland dus niet bijheft tot het Nederlandse tarief van 25%).

7. Zolang er geen wereldwijde of Europese consolidatie is van winsten en verliezen voor de belastingheffing, ligt het mijns inziens beleidsmatig voor de hand om terughoudendheid te betrachten met het openzetten van de poort voor de import van buitenlandse verliezen, waaronder liquidatieverliezen. Het feit dat Nederland onder omstandigheden op grond van de verkeersvrijheden van het EU-Werkingsverdrag is gehouden om buitenlandse verliezen in aftrek toe te staan, maakt dat niet anders.

De internationaal-politieke dimensie van de liquidatieverliesregeling

8. Internationaal-politiek bezien is de liquidatieverliesregeling eveneens omstreden. In 1999 werd de Nederlandse deelnemingsvrijstelling in het Primarolo-rapport aangemerkt als een schadelijke belastingmaatregel mede vanwege de mogelijkheid om liquidatieverliezen op deelnemingen af te trekken.⁸ Het schadelijke effect vloeit voort uit de asymmetrische behandeling van vermogenswinsten (vrijgesteld) en vermogensverliezen (aftrekbaar bij liquidatie). Volgens de naar aanleiding van het Primarolo-rapport door de Europese gedragscodegroep in 2000 opgestelde richtsnoeren voor holdingregimes is een asymmetrische behandeling van vermogenswinsten en vermogensverliezen niet toegestaan.⁹ Uiteindelijk kon Nederland – in het kader van een politiek totaalakkoord over het belastingpakket in 2003 – echter volstaan met overige aanpassingen van de deelnemingsvrijstelling.¹⁰ Aan het akkoord lag de veronderstelling ten grondslag dat de liquidatieverliesregeling een zeer beperkte mogelijkheid biedt om vermogensverliezen op deelnemingen af te trekken, die niet significant genoeg is in de praktijk om te stellen dat de regeling schadelijk is.¹¹

⁷ Als neutraliteitsgedachten zijn wel de ne bis in idem-gedachte en de verlengstukgedachte aangedragen.

⁸ Zie het Primarolo-rapport van of 23 november 1999, doc. 4901/99, par. 51: “The Group concluded that a positive evaluation should be given to asymmetrical measures where gains are exempt but losses are tax deduction.” Het Nederlandse regime heeft code A014.

⁹ Ook opgenomen in de compilatie van alle richtsnoeren; zie Agreed guidance by the Code of Conduct Group (business taxation) 1998-2018, 13 July 2018, doc. 5814/3/18 REV #.

¹⁰ Zie het rapport van de Gedragscodegroep van 7 maart 2003, doc. 7018/1/02 REV 1, Annex B, blz. 28.

¹¹ Zie het interne document van de Europese Commissie, 2002, (A014 Holding companies – Netherlands), waarin het volgende wordt opgemerkt: “The extremely narrow possibility of deducting capital losses in liquidation situations (asymmetrical treatment of capital gains and losses) is not significant enough in practice to claim that the measure would there remain harmful).”

9. In 2011 zette de Europese Commissie de beoordeling van asymmetrische elementen van holdingregimes weer op de agenda. Volgens de Commissie kunnen asymmetrische elementen schadelijke belastingconcurrentie opleveren omdat multinationals geneigd zullen zijn om een investering te doen vanuit een EU-lidstaat die het beste van twee werelden heeft, te weten een vrijstelling voor vermogenswinsten bij een succesvolle investering en de mogelijkheid tot aftrek van een vermogensverlies bij een niet-succesvolle investering.¹² Het initiatief van de Europese Commissie ging gepaard met een inventarisatie van de holdingregimes van de EU-lidstaten.¹³ Uit de in 2012 afgeronde inventarisatie blijkt dat de volgende EU-lidstaten vermogenswinsten en vermogensverliezen (deels, en onder voorwaarden) verschillend behandelen ten faveure van de belastingplichtige:

- België;
- Litouwen;
- Luxemburg;
- Portugal;
- Estland; en
- Nederland.

10. Hoewel het in 2012 niet kwam van een formele toetsing van de holdingregimes van de EU-lidstaten aan de Gedragscode inzake schadelijke belastingconcurrentie, is de Gedragscodegroep in het najaar van 2018 (alsnog) daarmee gestart.¹⁴ In het voorjaar van 2019 staat een discussie over de door de Europese Commissie opgestelde voorlopige beoordelingen op de agenda. Het is (helaas) onbekend hoe de Europese Commissie thans de Nederlandse liquidatieverliesregeling heeft beoordeeld. De recente beoordeling door de Gedragscodegroep van de Liechtensteinse deelnemingsvrijstelling voorspelt weinig goeds.¹⁵

Aanpassingsopties liquidatieverliesregeling

11. Nu de kritiek op de liquidatieverliesregeling zich richt op de internationale dimensie, rijst de vraag of de liquidatieverliesregeling simpelweg kan worden beperkt tot deelnemingen in dochtervennootschappen die in Nederland zijn gevestigd. Vanwege de verkeersvrijheden van het EU-Werkingsverdrag luidt het antwoord daarop ontkennend. Een territoriale beperking die EU-proof is, houdt in dat nog slechts een liquidatieverlies kan worden afgetrokken op deelnemingen die zijn gevestigd in Nederland of in een andere EU/EER-lidstaat. Het geconsulteerde initiatiefwetsvoorstel “Aanpassing liquidatie- en stakingsverliesregeling in de vennootschapsbelasting” kiest deze route. Voor het slagen van deze route is van belang dat de vrijheid van kapitaalverkeer, die ook geldt voor investeringen buiten de EU, wordt uitgeschakeld. Dit kan worden bewerkstelligd door het bezitspercentage van thans 5% zodanig te verhogen – het initiatiefwetsvoorstel kiest voor meer dan 25% - dat de liquidatieverliesregeling alleen nog op situaties ziet waarop de vrijheid van vestiging (exclusief) van toepassing is.

12. Een alternatieve, minder vergaande, aanpassing zou zijn om de aftrek van liquidatieverliezen op deelnemingen te beperken tot een bepaald percentage van het brutobedrijfsresultaat. Voor een dergelijke benadering is gekozen bij een andere aftrekpost, te weten rente. Met ingang van 1 januari 2019 is, kort gezegd, rente nog slechts aftrekbaar tot maximaal 30% van de ebita.¹⁶ Deze aanpassing zou op eenvoudige wijze voorkomen dat Nederland nog langer een dumpplaats is voor (mobiele)

¹² Zie Room document #2 van de Gedragscodegroep van 10 september 2012, blz. 6-7.

¹³ Zie bijlage 3 van Room document #2 van de Gedragscodegroep van 10 september 2012.

¹⁴ Zie Rapport van de Gedragscodegroep van 20 november 2018, doc. 14364/18, par. 28-30.

¹⁵ Zie het rapport van de Gedragscodegroep van 4 oktober 2018, doc. 1773/18. Deze beoordeling vond plaats in het kader van de zwarte EU-lijst van belastingparadijzen.

¹⁶ Earnings before interest and amortisation.

liquidatieverliezen op deelnemingen. Het brutobedrijfsresultaat kan immers nog maar tot 30% kan worden ‘gestript’ met liquidatieverliezen, waardoor het niet meer kan voorkomen dat een fiscale winst van nihil ontstaat als gevolg van de aftrek van liquidatieverliezen.

13. Het voordeel van een territoriale beperking van de liquidatieverliesregeling tot dochtervennootschappen die zijn gevestigd in de EU/EER (zie punt 11), is dat de mogelijke functie die de liquidatieverliesregeling heeft om het fiscale-eenheidsregime Europeesrechtelijk aanvaardbaar te houden, in de kern onaangetast blijft. Zo is het denkbaar dat Nederland op grond van het Marks & Spencer-arrest¹⁷ is gehouden om een definitief geleden verlies door een in een andere EU/EER-lidstaat gevestigde dochtervennootschap in aftrek toe te staan. Dit vanwege de parallel met het verlies van een in Nederland gevestigde dochtervennootschap die is opgenomen in een fiscale eenheid. Anders dan wel wordt gesuggereerd, meen ik dat een territoriale beperking van de liquidatieverliesregeling tot dochtervennootschappen die zijn gevestigd in de EU/EER een zeer gerichte maatregel is die los van het aangekondigde (ambtelijke) onderzoek naar de toekomst van de vennootschapsbelasting kan worden ingevoerd.

Oneindige uitstelmogelijkheid aftrek liquidatieverlies

14. Eerder heb ik betoogd dat de verkorting van carry-forwardtermijn van verliezen van negen naar zes jaren met ingang van 1 januari 2019 aanleiding zou moeten zijn om iets te doen aan de mogelijkheid om de aftrek van een liquidatieverlies oneindig uit te stellen.¹⁸ Thans hebben belastingplichtigen het in eigen hand om het jaar te bepalen waarin zij het liquidatieverlies ten gelde maken, waardoor liquidatieverliezen een onbeperkte houdnaarheidsdatum hebben. Het aftrekmoment van een liquidatieverlies sluit namelijk aan bij het voltooiën van de vereffeningprocedure. Bij uitstek in situaties waarin de moedervernootschap alle aandelen heeft in de dochtervennootschap kan die moedervernootschap bepalen op welk moment de laatste vereffeningshandeling wordt verricht. Het geconsulteerde initiatiefwetsvoorstel “Aanpassing liquidatie- en stakingsverliesregeling in de vennootschapsbelasting” legt de langdurige uitstelmogelijkheid aan banden op een met mijn voorstel vergelijkbare wijze.

Bosal-gat

15. De per 1 januari 2019 ingevoerde earningsstrippingmaatregel in de vennootschapsbelasting dempt tevens het bekende Bosal-gat. Dit gat bestaat uit de aftrek van rentekosten op leningen die zijn opgenomen ter financiering van kapitaalstortingen of verwervingen van buitenlandse dochtervennootschappen (Bosal-rente). Omdat voor de vaststelling van het brutobedrijfsresultaat de vrijgestelde deelnemingsvoordelen niet meetellen, stelt de earningsstrippingmaatregel automatisch paal en perk aan de aftrek van Bosal-rente. Samen met andere rentekosten is de Bosal-rente slechts aftrekbaar tot 30% van het brutobedrijfsresultaat.

16. Vanwege de invoering van de earningsstrippingmaatregel is naar mijn mening de renteaftrekbeperking voor deelnemingsrente met ingang van 1 januari 2019 terecht geschrapt. Niettemin verdient het mijns inziens aanbeveling om één onderdeel van die aftrekbeperking in ere te

¹⁷ HvJ EU 13 december 2005, C-446/03.

¹⁸ Zie mijn bijdrage ‘Voorstellen tot een meer evenwichtige versobering van de voorwaartse verliesverrekeningstermijn in de vennootschapsbelasting’, Weekblad Fiscaal Recht 2018/1494, par. 4. Mijn voorstel heeft bijval gekregen van R.P.W.C.M. Brandsma en A.W. Hofman, 50 jaar deelnemingsvrijstelling: de impact van internationale klimaatverandering op de deelnemingsoase, in: A.J.A. Stevens en J.L. van de Streek (red.), De toekomst van de vennootschapsbelasting: lessen uit 50 jaar Wet Vpb 1969, Kluwer, Deventer, binnenkort te verschijnen.

herstellen en te incorporeren in de renteaftrekbeperking in verband met winstdrainage.¹⁹ Het betreft de aftrekbeperking van Bosal-rente in het geval waarin een (buitenlandse) deelneming in een internationale concernstructuur louter en alleen onder Nederland wordt gehangen vanwege de renteaftrek (zie artikel 13l, lid 6, onderdeel c, (oud) Wet Vpb 1969). Recente jurisprudentie van de Hoge Raad heeft duidelijk gemaakt dat de huidige renteaftrekbeperking in verband met winstdrainage niet is opgewassen tegen dergelijke onzakelijke concernstructuren.²⁰ Hierdoor kan thans de aftrekrimte van 30% van het brutobedrijfsresultaat onder omstandigheden eenvoudig worden benut. Met het invoeren van een extra zakelijkheidstoets in de renteaftrekbeperking in verband met winstdrainage, zou mijns inziens het opzetten van onzakelijke concernstructuren effectief de pas kunnen worden afgesneden.

¹⁹ Iets soortgelijks is gesuggereerd door N.G.H. Speet, *Renteaftrekbeperkingen en de financiering van ondernemingen*, academisch proefschrift, UvA, blz. 134-135.

²⁰ Zie HR 8 juli 2016, nr. 15/00194, ECLI:NL:HR:2016:1350, r.o. 2.6.3.