

DE GROEPSRENTEBOX EN BUITENLANDSE TEGENMAATREGELLEN TEGENGEWERKT

MR. DRS. R. C. C. DE WIT*

1 Inleiding

In dit artikel bespreek ik potentiële buitenlandse tegenmaatregelen op de invoering van de verplichte groepsrentebox.¹ De verplichte groepsrentebox kan volgens de Europese Commissie niet worden aangemerkt als verboden staatssteun.² Deze positieve beschikking van de Europese Commissie impliceert echter niet dat de regeling hierdoor internationaal zal worden aanvaard. In de literatuur is in dit verband meermaals gewezen op het risico van tegenmaatregelen van andere landen.³ Een diepgaande bespreking van de vraag waarom andere landen de groepsrentebox zouden willen bestrijden, de aard van mogelijke tegenmaatregelen, hun impact en mogelijke oplossingen die Nederland heeft om zich hiertegen teweer te stellen, ontbreekt nog. Deze lacune dient te worden opgevuld aangezien de houdbaarheid van de groepsrentebox in sterke mate zal afhangen van de vraag hoe onze handelspartners, in het bijzonder een land met een agressieve CFC-wetgeving zoals Japan, zullen reageren op de invoering hiervan.

2 Waarom zal het buitenland onze groepsrentebox niet waarderen?

2.1 De werking van de groepsrentebox

De groepsrentebox bewerkstelligt een defiscalisering van 80% van de betaalde en ontvangen groepsrente. In binnenlandse concernrelaties (de debiteur en crediteur zijn beiden in Nederland gevestigd en onderdeel van dezelfde groep) is de uitwerking hiervan neutraal of samenhangend.⁴ Tegenover een aftrek van 20% van de groepsrente bij de debiteur staat een belastbare bate van 20% bij de crediteur. De groepsrentebox heeft daarom effectief geen invloed op de belastingdruk van een binnenlandse groep.

In grensoverschrijdende situaties werkt de groepsrentebox echter niet neutraal uit doordat hij mogelijkheden biedt voor grensoverschrijdende belastingarbitrage⁵ en tegelijkertijd het risico van dubbele heffing met zich meebrengt.

Andere landen zullen zich met name storen aan de mogelijkheden die de groepsrentebox biedt voor grensoverschrijdende belastingarbitrage. Het verschil in belastingdruk op groepsrente tussen Nederland en haar handelspartners – en dus de belastingarbitragemogelijkheden – is onder de huidige Nederlandse regels relatief beperkt, maar zal door de invoering van de groepsrentebox flink

* *Werkzaam als belastingadviseur bij Baker&McKenzie Amsterdam NV.*

¹ *Zie art. 12c van het consultatiedocument 'Verdeling VPB-druk en renteproblematiek'.*

² *Zie de beschikking van Europese Commissie van 8 juli 2009, nr. C4/2007.*

³ *Zie bijvoorbeeld G. Meussen, 'Effect Groepsrentebox tijdelijk', Het Financiële Dagblad, 13 augustus 2009. Zie ook: R. van Dijk en T. Mettes, 'Ongewenste bijwerkingen groepsrentebox', NTFR 2009/1773. Zie ten aanzien van de vrees voor tegenmaatregelen bij een defiscalisering van de groepsrente: J.A.G. van der Geld, 'De behandeling van rente in de VPB heroverwogen', WFR 2009/145 en ten aanzien van de vrees voor tegenmaatregelen indien Nederland de groepsrente volledig zou defiscaliseren: E.J.W. Heithuis, 'Voorstellen Engelen cs voor VPB 2010: ei van Columbus?', WFR 2008/1067, onderdeel 4.2.*

⁴ *Zie echter voor knelpunten in binnenlandse situaties (bijvoorbeeld in joint-ventureverhoudingen): E.J.W. Heithuis, 'Aanpassingen in de VPB vanuit het perspectief van het mkb: geen groepsrentebox alsjeblieft, enne...doet u maar de '-earnings stripping', NTFR 2009/1730.*

⁵ *Bij grensoverschrijdende belastingarbitrage gaat het om situaties waarbij de belastingdruk wordt verlaagd doordat belastingplichtigen inspelen op verschillen tussen de regels die landen hanteren, bijvoorbeeld op de regels ten aanzien van de grondslagbepaling, de tariefstelling of het tijdstip waarop voordelen en nadelen in aanmerking worden genomen. Zie ook: H.D. Rosenbloom, *International Tax Arbitrage and the International Tax System*, David R. Tillinghast Lecture on International Taxation, *Tax Law Review*, 2000, nr. 137.*

worden aangescherpt. Deze grensoverschrijdende belastingarbitrage zal ontstaan doordat in het buitenland de betaalde groepsrente – op het niveau van de debiteur – in beginsel volledig aftrekbaar is terwijl in Nederland – op het niveau van de crediteur – slechts 20% van de ontvangen groepsrente tegen het reguliere tarief wordt belast (resultierend in een effectieve belastingdruk op de groepsrente van 5%).

2.2 Het probleem voor het buitenland: groepsrentebox belastingarbitrage

Andere landen zouden zich met name kunnen storen aan de volgende effecten van de groepsrentebox.

1 Een verlies aan kapitaal en belastingopbrengsten.

Internationale concerns kunnen de belastingarbitragemogelijkheden die de groepsrentebox biedt, uitbaten door additionele rentestromen te creëren van buitenlandse naar Nederlandse groepsvennootschappen. Hiertoe kunnen groepsvorderingen worden overgedragen aan Nederlandse groepsvennootschappen. Rentestromen van Nederlandse vennootschappen naar buitenlandse groepsvennootschappen zullen worden beëindigd (om de dubbele heffing – een beperkte aftrek op het niveau van de debiteur in Nederland en volledige belastbaarheid bij de buitenlandse crediteur – tegen te gaan). Om dit te bereiken zullen groepsschulden van Nederlandse groepsvennootschappen aan buitenlandse vennootschappen worden omgezet in kapitaal. Het gevolg van deze reorganisaties zal zijn dat Nederland ten koste van andere landen groepsfinancieringsactiviteiten en belastingopbrengsten naar zich toekt.

2 Een onrechtvaardige verdeling van de belastingdruk.

De groepsrentebox leidt tot een ongelijkmatige verdeling van de belastingdruk tussen enerzijds multinationale en anderzijds nationale bedrijven. Alleen multinationale bedrijven kunnen immers profiteren van de grensoverschrijdende mismatches (tussen de aftrekbaarheid en belastbaarheid van de groepsrente) die de groepsrentebox bewerkstelligt. Nederland heeft lange tijd een fiscaal beleid gevoerd dat erop gericht was grensoverschrijdende verstoringen van de samenhang door internationale mismatches (heffingsvacuüms door renteaftrek in het ene land en geen corresponderende rentebaten in het andere land) tegen te gaan. Nederland deed dit zowel in situaties waarin dit ten koste ging van zichzelf⁶ als in situaties waarin de Nederlandse schatkist hierdoor niets tekort kwam.⁷ Met de groepsrentebox probeert Nederland nu een effect te bewerkstelligen (het creëren van mismatches) dat het in het verleden juist trachtte tegen te gaan en nu nog steeds tracht tegen te gaan wanneer het ten koste gaat van zichzelf. Andere landen kunnen Nederland derhalve verwijten in strijd te handelen met de zogenoemde Gulden Regel: ‘Wat gij niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook een ander niet’.⁸ De invoering van de groepsrentebox zal dan ook niet worden gewaardeerd door landen die een

principeel fiscaal beleid voeren waarin de grensoverschrijdende samenhanggedachte hoog in het vaandel staat.⁹ Dit zullen in het bijzonder landen zijn die streven naar Kapitaal Export Neutraliteit (‘KEN’). Belastingstelsels die gebaseerd zijn op KEN zijn er namelijk op gericht om neutraliteit te bewerkstelligen ten aanzien van de keuze van een belastingplichtige om te investeren of kapitaal aan te wenden in de woonstaat of in het buitenland.¹⁰ KEN-landen zouden dan ook geneigd kunnen zijn om de concurrentievoordelen (belastingarbitragevoordelen) die de groepsrentebox biedt aan multinationale bedrijven, weg te belasten.¹¹

⁶ Zo is op 1 januari 2007 art. 10b Wet VPB 1969 ingevoerd, dat grensoverschrijdende belastingarbitrage (mismatches) beoogt tegen te gaan in situaties waarin een Nederlandse vennootschap leent van een gelieerd lichaam tegen een onzakelijk lage of geen rente. Als de buitenlandse crediteur in een land is gevestigd waar het arm's-lengthbeginsel niet van toepassing is, dan leidt de arm's-lengthaftrek in Nederland tot dubbele niet-heffing: volle aftrek in Nederland en geen belastbaarheid in het buitenland. De wetgever heeft deze situatie proberen te ondervangen door in art. 10b Wet VPB 1969 te bepalen dat onder bepaalde omstandigheden een arm's-lengthrenteaftrek ter zake van renteloze of laagrentende leningen niet mogelijk is.

⁷ Zie bijvoorbeeld de regeling in art. 15ad Wet VPB 1969 (oud) ter zake van BV1/BV2-structuren.

⁸ Zie ook: J.A.G. van der Geld, ‘De behandeling van rente in de VPB heroverwogen’, WFR 2009/145, onderdeel 5.3.

⁹ Nederland schendt met de invoering van de groepsrentebox namelijk de grensoverschrijdende samenhanggedachte, die zich verzet tegen dergelijke mismatches en het resulterende (gedeeltelijke) heffingsvacuüm dat hiervan het gevolg is. Zie voor een bespreking van de samenhanggedachte en de jurisprudentie waaraan de samenhanggedachte ten grondslag ligt: R.C.C. de Wit, *De samenhanggedachte in het belastingrecht (NOB/LOF-scriptieprijs nr. 14)* Deventer: Kluwer 2005. In de Amerikaanse literatuur wordt deze gedachte ook wel het single tax principle genoemd en geacht ten grondslag te liggen aan het Amerikaanse fiscale beleid. Zie: R.S. Avi-Yonah, *International tax as international law: an analysis of the international tax regime*, blz. 8-9, Cambridge University Press, 2007.

¹⁰ D.M. Weber, *Belastingontwijking en de EG-Verdragsvrijheden*, (FM nr. 105), blz. 128, Deventer: Kluwer.

¹¹ Landen die een creditsysteem hanteren zullen de voordelen van de groepsrentebox sowieso wegbelasten bij een uitdeling van dividend vanuit een Nederlandse dochtermaatschappij aan de aandeelhouder in het betreffende land met een creditsysteem.

2.3 De doelstelling is toch sympathiek? (gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen)

De werkelijke reden om de groepsrentebox in te voeren, het verbeteren van het Nederlandse vestigingsklimaat,¹² zal niet op sympathie kunnen rekenen in het buitenland. Zijn er nog principiële rechtvaardigingen die andere landen kunnen overtuigen van de noodzaak om de groepsrentebox in te voeren? Een principiële rechtvaardiging die wordt aangevoerd voor de groepsrentebox is dat deze regeling een meer gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen bewerkstelligt en zo verstoringen van de neutraliteit vermindert.

Onder het huidige recht leidt de verschillende behandeling van eigen en vreemd vermogen slechts in grensoverschrijdende concernsituaties tot verstoringen van de neutraliteit.¹³ Internationale concerns ervaren een fiscale prikkel om Nederlandse groepsvennootschappen zoveel mogelijk met vreemd vermogen te financieren vanuit laagbelastende landen: tegenover een renteaftrek in Nederland staat dan geen of een zeer lage corresponderende rentebaten in het buitenland.

De invoering van de groepsrentebox zal in grensoverschrijdende situaties weliswaar deze huidige prikkel verminderen door 80% van de groepsrente niet-aftrekbaar te maken, maar anderzijds verplaatst en verheft hij de fiscale prikkel tot vreemd vermogensfinanciering naar buitenlandse concernvennootschappen. De groepsrentebox stimuleert immers vreemd vermogensfinanciering waarbij de crediteur in Nederland en de debiteur in het buitenland is gevestigd (zie voor een toelichting onderdeel 2.2). De gepropageerde meer gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen die de groepsrentebox zou bewerkstelligen, zal dan ook weinig overtuigend zijn voor het buitenland aangezien hij geen bijdrage levert aan de fiscale neutraliteit maar deze juist verder verstoort (tenzij alle landen Nederland volgen en ook een groepsrentebox invoeren, hetgeen niet voor de hand ligt).

Een volledige defiscalisering van groepsrente zoals eerder bepleit in het Weekblad zou overtuigender zijn geweest dan de 80% defiscalisering die de groepsrentebox bewerkstelligt.¹⁴ In binnenlandse situaties zou hierdoor het onderscheid tussen groepsdividend en groepsrente echt worden weggenomen. Deze meer systematische (theoretisch verdedigbare) volledige defiscalisering van groepsrente bleek echter op sterke bezwaren in het buitenland te stuiten en de reële kans met zich te brengen dat andere landen maatregelen tegen Nederland zouden gaan nemen.¹⁵ Een defiscalisering van 80% van de groepsrente zal, hoewel minder vergaand dan een 100% defiscalisering, nog steeds als agressief worden beschouwd door andere landen.¹⁶ De principiële reden om de groepsrentebox in te voeren, zal dus weinig sympathie opwekken in andere landen. Tegenmaatregelen zijn dan ook niet ondenkbaar.

3 Risico's op buitenlandse tegenmaatregelen

3.1 Inleiding

De volgende maatregelen kunnen worden genomen door andere landen in reactie op de invoering van de groepsrentebox.

- 1 De belastingconcurrentieslag wordt aangegaan met Nederland.
- 2 Nederland wordt beschouwd als een belastingparadijs (blacklisten).
- 3 Nieuwe antimisbruikbepalingen worden ingevoerd gericht tegen Nederland.
- 4 Bestaande antimisbruikbepalingen worden toegepast op Nederland.

¹² Dit blijkt bijvoorbeeld uit de Memorie van toelichting bij de nota Werken aan Winst: 'Van oudsher heeft Nederland door zijn internationale oriëntatie een sterke positie als locatie voor (regionale) hoofdkantoren van internationaal opererende bedrijven. (...) Als gevolg van de lage tarieven of de lage effectieve druk in sommige andere landen, dreigen de financieringscentra van ondernemingen en de daarbij behorende werkgelegenheid echter verloren te gaan. Dit kan echter ook repercussies hebben voor het behoud van sommige andere hoofdkantoorfuncties. (...) Voorgesteld wordt een groepsrentebox in te voeren waarmee de opbrengsten van de met eigen vermogen binnen het concern verrichte groepsfinancieringsactiviteiten relatief laag worden belast. Dat is gunstig voor het behoud van zulke activiteiten in Nederland en daarmee van de Nederlandse Vpb-grondslag.' Kamerstukken II 2005/06, nr. 30 572, nr. 3, pag. 11.

¹³ In binnenlandse concernsituaties is groepsrente onder de huidige regels volledig aftrekbaar bij de betaler, maar tevens volledig belast bij de ontvanger, terwijl groepsdividend niet aftrekbaar is bij de betaler en is vrijgesteld bij de ontvanger (vanwege de deelnemingsvrijstelling). Het maakt op het niveau van de groep dus niets uit of met eigen of vreemd vermogen wordt gefinancierd. Slechts in situaties van verliezen zal de fiscaliteit een keuze voor eigen en vreemd vermogen beïnvloeden: het zal in dergelijke situaties over het algemeen gunstiger zijn om rente-inkomsten (en niet vrijgestelde dividenden) neer te laten slaan bij een groepsvennootschap met verliezen.

¹⁴ F.A. Engelen, H. Vording en S. van Weeghel, Wijziging van belastingwetten met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het verbeteren van het fiscale vestigingsklimaat, WFR 2008/892.

¹⁵ Zie onderdeel 2 van het consultatiedocument, V-N 2009/30.3.

¹⁶ Zie ook: J.A.G. van der Geld, 'De behandeling van rente in de VPB heroverwogen', WFR 2009/145.

3.2 **Andere landen gaan de belastingconcurrentieslag aan met Nederland**

Als reactie op de invoering van de groepsrentebox kunnen andere landen vergelijkbare wetgeving opnemen in hun belastingwetgeving of op andere wijze hun belastingdruk op groepsrente verlagen. Landen kunnen dit doen omdat zij niet willen dat Nederland ten koste van hen investeringen/kapitaal naar zich toe trekt. Hierdoor kan een belastingconcurrentieslag tussen de betrokken landen worden aangewakkerd. Gezien de omvang van de begrotingstekorten en het huidige economische klimaat lijken grootschalige verlagingen van de belastingdruk in andere landen (ook wel met enige vrees aangeduid als de 'race to the bottom') niet zeer waarschijnlijk. Bovendien is het maar de vraag of de invoering van de groepsrentebox de belastingconcurrentie werkelijk zal aanjagen. Enkele kleine landen die voorop lopen in de belastingconcurrentiestrijd (zoals België,¹⁷ Luxemburg¹⁸ en Ierland¹⁹) hebben immers reeds fiscale regimes die veelal een lagere belastingdruk op groepsrente bewerkstelligen dan de groepsrentebox. Deze reeds laagbelastende landen hoeven dan ook niet te reageren op de invoering van de groepsrentebox door Nederland.

3.3 **Andere landen gaan Nederland aanmerken als belastingparadijs**

De meest vergaande tegenmaatregel die andere landen zouden kunnen nemen, is het aanmerken van Nederland als belastingparadijs (blacklisten). De wetgeving van landen die een blacklist hanteren, bewerkstelligt dat antimisbruikbepalingen specifiek van toepassing zijn in relatie tot het geblackliste land (bijvoorbeeld de toepassing van CFC-wetgeving, aftrekbeperkingen of bronheffingen). Indien Nederland op een blacklist komt te staan, dan worden ondernemingen, van het land dat de betreffende blacklist hanteert, ontmoedigd om te investeren of zich te vestigen in Nederland.²⁰ In het verlengde daarvan zouden landen Nederland als fiscale paria kunnen beschouwen en belastingverdragen met Nederland kunnen opzeggen (of wijzigen).

Men zou bevreesd kunnen zijn voor een dergelijke reactie omdat de groepsrentebox bepaalde kenmerken bevat die in het verleden door de OESO als schadelijk zijn aangemerkt.²¹ De groepsrentebox bewerkstelligt een zo lage effectieve belastingdruk op groepsrente dat Nederland voor groepsfinancieringsactiviteiten kan concurreren met belastingparadijzen. Tevens lijkt de groepsrentebox een vorm van ring fencing te bevatten (de belastingarbitragemogelijkheden die de groepsrentebox biedt, zijn immers slechts toegankelijk voor internationale concerns, hetgeen als een vorm van ring fencing kan worden aangemerkt). De vraag rijst of Nederland, vanwege deze schadelijke kenmerken van de groepsrentebox, als geheel als een belastingparadijs kan worden aangemerkt.^{22,23} De OESO heeft in het verleden criteria geformuleerd op grond waarvan landen als belastingparadijs kunnen wor-

¹⁷ De per 1 januari 2006 ingevoerde Belgische notionele interestaftrek verschaft aan Belgische vennootschappen een aftrekpost, een fictieve renteaftrek, ter zake van het eigen vermogen (momenteel ongeveer 4,5%).

¹⁸ Zo werkt Luxemburg mee aan structuren die, op grond van het Luxemburgse informele beleid, bewerkstelligen dat groepsrente bij de crediteur lager dan 5% (ongeveer effectief voor 3%) wordt belast. Dit gebeurt door een toerekening van het grootste deel van de renteontvangst aan een buitenlandse (Zwitserse) vaste inrichting alwaar de rente zeer laag wordt belast.

¹⁹ Ierland past in bepaalde omstandigheden het arm's-length-beginsel niet toe zodat Ierse groepscrediteurs die renteloze leningen aan buitenlandse groepsvennootschappen verschaffen in Ierland niet in de heffing worden betrokken.

²⁰ Het gaat dit artikel te buiten na te gaan welke landen daadwerkelijk zouden kunnen overgaan tot blacklisten. Interessant is overigens dat de Verenigde Staten onlangs Nederland, zij het voor een korte periode, reeds als een low tax country aanmerkte. Blijkbaar begeven wij ons in de ogen van de VS op het randje van het fiscaal toelaatbare. De vraag is of de VS hier weer op terug komt indien Nederland de groepsrentebox invoert.

²¹ Zo heeft de OESO de volgende kenmerken van schadelijke begunstigende regimes geformuleerd: 1. een lage of geen belasting op een bepaald inkomen, 2. ring fencing, een begunstigend fiscaal regime alleen toegankelijk maken voor niet-inwoners, 3. een niet-transparant fiscaal regime, 4. geen effectieve uitwisseling van inlichtingen. (OESO-rapport, *Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue*, blz. 27).

²² Vanwege de vrees om als belastingparadijs te worden aangemerkt diende de PvdA tijdens de behandeling van de Wet werken aan winst een amendement in om de groepsrentebox niet in te voeren omdat deze regeling volgens haar zou trachten van Nederland een belastingparadijs te maken voor financieringskantoren van multinationals, aangezien de regeling bedrijven actief zou aansporen gebruik te maken van verschillen in belastingtarieven tussen landen. Zie het amendement-Crone c.s. bij de Wet werken aan winst, wetsvoorstel nr. 30 572, amendement nr. 15.

²³ In een rapport van de Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (SOMO) wordt het standpunt ingenomen dat Nederland al een belastingparadijs is en dat een invoering de groepsrentebox dit nog versterkt. Zie: M. van Dijk, F. Weyzig en R. Murphy, 'The Netherlands, A Tax Haven?', Centre for Research on Multinational Corporations, Amsterdam, November 2006. Deze organisatie, die wordt gefinancierd door het Ministerie van Ontwikkelingssamenwerking, legt een verband tussen de invoering van de groepsrentebox en de mate waarin ontwikkelingslanden hun bevolking kunnen voorzien van de nodige basisvoorzieningen. Doordat de groepsrentebox de belastingopbrengst van rijke landen zou uithollen, zou zij een gat slaan in het budget voor ontwikkelingssamenwerking van rijke landen (zie pag. 62 van het rapport). Ik kan mij levendig voorstellen dat de ambtenaren van het Ministerie van Financiën de champagnekurken zullen laten knallen, indien de groepsrentebox bij een eventuele invoering werkelijk zo succesvol zou zijn.

den aangemerkt.²⁴ Het betreft de volgende criteria:

- 1 Geen of bijna geen belastingheffing;
- 2 Geen of beperkte gegevensuitwisseling;
- 3 Weinig transparantie in het belastingsysteem;
- 4 Het ontbreken van substance-eisen.

De groepsrentebox bewerkstelligt een zeer lage belastingheffing op groepsrente, zodat aan criterium A wordt voldaan. Nederland is echter coöperatief waar het gegevensuitwisseling betreft en heeft een (redelijk) transparant belastingsysteem, waardoor niet wordt voldaan aan de criteria B en C. Aan criterium D wordt mogelijk voldaan omdat de Nederlandse wet nauwelijks substance-eisen stelt en de voordelen (en nadelen) van de groepsrentebox van toepassing laat zijn ongeacht de mate van substance van een Nederlandse groepsvennootschap.²⁵ De vraag is of de lage belastingheffing op groepsrente en de beperkte substance-eisen voldoende zijn om Nederland als belastingparadijs aan te merken. In dit verband heeft de OESO opgemerkt dat zij belastingregimes die geen of een zeer lage belastingheffing bewerkstelligen, of geen substance-eisen stellen, minder ernstig vindt dan belastingregimes die weinig doen aan gegevensuitwisseling of weinig transparant zijn.²⁶ Het laag belasten van inkomen en het ontbreken van substance-vereisten betreft volgens de OESO namelijk vooral een kwestie van fiscale soevereiniteit (landen moeten zelf bepalen of en hoe zij inkomen dat opkomt in hun territorium belasten) zolang hierdoor maar niet wordt meegewerkt aan illegale belastingontduiking.²⁷ De invoering van de groepsrentebox zou er derhalve (volgens de OESO-criteria) niet toe mogen leiden dat Nederland wordt aangemerkt als een belastingparadijs, zolang Nederland maar meewerkt aan gegevensuitwisseling en een transparant belastingsysteem heeft. De vrees voor het blacklisten van Nederland lijkt mij daarom ongegrond.²⁸

3.4 Andere landen gaan nieuwe antimisbruikbepalingen invoeren

Andere landen zouden de voordelen die de groepsrentebox biedt, kunnen wegbelasten door bijvoorbeeld nieuwe regelingen in te voeren die de aftrek van rentekosten (ter zake van rentestromen naar Nederlandse groepsvennootschappen) beperken of (meer) bronbelasting gaan heffen in situaties waarin rente niet wordt belast. Landen zouden hiertoe onderworpenheidseisen kunnen invoeren die de aftrek van rente of de vermindering van bronheffingen afhankelijk maken van een minimale effectieve belastingdruk bij de crediteur van bijvoorbeeld 5% of 10% of een ander percentage. Een dergelijke reactie lijkt echter niet waarschijnlijk. Nieuw in te voeren bronheffingen op rente – die slechts buiten toepassing blijven indien de rentevangst effectief is onderworpen aan een bepaalde minimale belastingdruk – zouden immers in strijd komen met de geldende belastingverdragen.²⁹ Ook de vermindering van bronheffing op grond van de Rente/Royalty-richtlijn mag door andere lidstaten niet worden onthouden ten gevolge van de invoering van de groepsrentebox.³⁰ De belasting-

²⁴ OESO-rapport, *Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue*, blz. 23, <http://www.oecd.org/dataoecd/33/0/1904176.pdf>.

²⁵ *De eisen van het besluit van 11 augustus 2004, IFZ 2004/126M*, bij art. 8c Wet VPB 1969 (inzake doorstroomvennootschappen) zouden overigens wel als substance-eisen kunnen worden beschouwd.

²⁶ Zie het 2001 Progress Report van de OESO, <http://www.oecd.org/dataoecd/60/5/2664450.pdf>.

²⁷ Zie hierover ook: Alejandro Garcia Heredia, *European Taxation*, november 2007, blz. 530.

²⁸ *Het is nog onduidelijk of de groepsrentebox als schadelijke belastingmaatregel zou kunnen worden aangemerkt door de Europese gedragscodegroep. Voor een analyse verwijst ik naar: M.F. Nouwen, 'De verplichte groepsrentebox: geen verboden staatssteun, wel schadelijke belastingconcurrentie?', WFR 2009/1154. Gezien het feit dat consensus is vereist in de gedragscodegroep alvorens een maatregel als schadelijke belastingmaatregel kan worden aangemerkt en gezien het feit dat de gedragscodegroep met betrekking tot de optionele Hongaarse groepsrentebox niet tot consensus is gekomen, verwacht ik niet dat Nederland met haar verplichte groepsrentebox veel te vrezen heeft (zelfs als de groepsrentebox volgens de criteria van de gedragscode eigenlijk als schadelijke belastingmaatregel moet worden aangemerkt).*

²⁹ *Zo vereist art. 11 OESO-modelverdrag geen minimum belastingdruk ter zake van de ontvangen rente bij de crediteur. Een algemene onderworpenheidstoets zou wel kunnen worden gelezen in dit artikel. Zie: E.C.C.M. Kemmeren, 'Rentefret is niet het probleem in de vennootschapsbelasting; wel het niet-belasten van rente!', WFR 2009/401, onderdeel 5. Wanneer Nederland de groepsrentebox invoert, die een effectieve belastingheffing van 5% bewerkstelligt, dan wordt dus nog steeds voldaan aan een onderworpenheidsvereiste. De groepsrentebox is in dit opzicht dan ook een veiliger alternatief dan een volledige defiscalisering van de groepsrente. Een risico is wel gelegen in de toepasselijkheid van specifieke verdragsbepalingen die de voordelen van het belastingverdrag beperken in het geval van begunstigende regimes, zoals de limitation-of-benefitsbepalingen die zijn opgenomen in het nieuwe belastingverdrag Nederland-Mexico. In deze bepaling die recentelijk, bij de wijziging van het belastingverdrag met Mexico is ingevoerd, staat dat entiteiten die geheel of gedeeltelijk zijn vrijgesteld van belastingen wegens een bijzonder regime geen gebruik kunnen maken van de voordelen van het verdrag. Het is nog onduidelijk of de groepsrentebox door Mexico zal worden beschouwd als een bijzonder regime dat een gedeeltelijke vrijstelling bewerkstelligt. Zie: F.F.J. Ruijten e.a., *Amendments to the Netherlands-Mexico Double Taxation Convention, Practical Mexican Tax Strategies*, Volume 9, Nr. 2 March/April 2009, blz. 1, 13-16.*

³⁰ *Een vereiste compenserende heffing bij de crediteur, is niet opgenomen in de huidige Rente/Royalty-richtlijn maar wordt in de toekomst mogelijk wel opgenomen in deze richtlijn. Op 30 december 2003 is hiertoe door de Europese Commissie een voorstel ingediend. Zie onderdeel 1 van het Voorstel voor*

verdragen en de Rente/Royalty-richtlijn vereisen voor toepassing van een vermindering van bronbelasting immers niet een minimale effectieve belastingdruk bij de crediteur ten aanzien van de ontvangen rente.

Evenmin is het waarschijnlijk dat andere landen nieuwe aftrekbeperkingen (die de aftrek van rentebetalingen weigeren als de corresponderende rentebaten onvoldoende worden belast) gaan introduceren vanwege de invoering van de groepsrentebox door Nederland.

EG-lidstaten zouden dergelijke wetgeving niet mogen invoeren vanwege het EG-recht. Uit de jurisprudentie van het HvJ EG volgt immers dat lidstaten elkaars belastingdruk moeten respecteren en dat gebruikmaking van dispariteiten in belastingwetgeving in beginsel is toegestaan (en niet eenzijdig onaantrekkelijk mag worden gemaakt).³¹ Dit geldt in versterkte mate ingeval de dispariteit ontstaat door een maatregel die door de Europese Commissie is goedgekeurd, zoals de groepsrentebox.

Voorts zullen de meeste landen dergelijke wetgeving niet willen invoeren. Dergelijke compenserende heffingen zouden, vanwege hun brede bereik, niet alleen op rentebetalingen aan Nederland van toepassing zijn maar zouden tevens tal van andere rentebetalingen kunnen raken en zodoende tot veel rechtsonzekerheid (en verzet) leiden. Ten aanzien van iedere rentebetaling (niet alleen ten aanzien van rentebetalingen aan Nederlandse groepscrediteurs) zou in landen met een dergelijke aftrekbeperking immers moeten worden nagegaan of de rentebaten wel voldoende wordt belast, hetgeen waarschijnlijk als een te grote belemmering zal worden beschouwd voor het eigen bedrijfsleven. Andere landen zullen daarom niet snel geneigd zijn hun eigen belastingwetgeving op een zo drastische wijze aan te passen louter vanwege de invoering van de groepsrentebox door Nederland. Het verleden heeft ook geleerd dat andere landen niet zo snel reageren met tegengaatregelen op belastingverlagingen. Kleine landen die voorlopen in de belastingconcurrentiestrijd (zoals België, Luxemburg en Ierland; zie ook onderdeel 3.2) hebben reeds fiscale regimes die een zeer lage, veelal lagere, effectieve belastingdruk op groepsrente bewerkstelligen dan de groepsrentebox. Deze concurrerende landen hebben (voor zover mij bekend) ook niet met nieuwe bronheffingen of aftrekbeperkingen vanuit het buitenland te maken gekregen.

3.5 Andere landen gaan bestaande antimisbruikbepalingen toepassen

Hiervoor is uiteengezet dat andere landen ons waarschijnlijk niet als belastingparadijs zullen aanmerken en waarschijnlijk evenmin nieuwe antimisbruikbepalingen tegen Nederland zullen invoeren. Bestaande buitenlandse antimisbruikbepalingen kunnen echter wel van toepassing worden op Nederland door invoering van de groepsrentebox. Hierbij kan in het bijzonder worden gedacht aan CFC-wetgeving.

Het doel van CFC-wetgeving is belastinguitstel tegen te gaan. Zonder CFC-wetgeving zouden concerns belastinguitstel kunnen bewerkstelligen door winsten, behaald met dochtermaatschappijen in laagbelastende landen, niet uit te keren aan de moedermaatschappij in het hoogbelastende land. CFC-wetgeving bewerkstelligt dat de winsten die de dochtermaatschappij in het laagbelastende land behaalt direct in de heffing worden betrokken bij de moedermaatschappij in het hoogbelastende land. In het algemeen is CFC-wetgeving alleen van toepassing indien een meerderheidsbelang wordt gehouden (control test) in een vennootschap in een laagbelastend land en indien het inkomen van deze vennootschap (grotendeels) bestaat uit passief inkomen. Dergelijke CFC-wetgeving zal in zijn algemeenheid niet van toepassing worden op Nederlandse vennootschappen louter door de invoering van de groepsrentebox. Vennootschappen worden immers niet opeens passief door invoering van de groepsrentebox. Er zijn echter ook agressievere vormen van CFC-wetgeving. Dergelijke CFC-wetgeving is reeds van toepassing indien een meerderheidsbelang wordt gehouden en sprake is van een lage effectieve belastingdruk in het buitenland ongeacht de activiteiten van de dochtermaatschappij. Internationale concerns met Nederlandse groepsvennootschappen die groepsrente ontvangen (en dus met een lagere effectieve belastingdruk worden geconfronteerd dan het statutaire VPB-tarief), kunnen worden geraakt door dergelijke meer agressieve CFC-wetgeving.

Japan heeft bijvoorbeeld CFC-wetgeving die van toepassing is indien de effectieve belastingdruk daalt beneden de 25% (het heft dan 42% belasting over het inko-

een richtlijn van 30 december 2003 [COM (2003) 841 definitief], tot wijziging van de richtlijn 2003/49/EG. Het wijzigingsvoorstel bepaalt dat inhouding van bronbelasting alleen achterwege mag blijven als de rente- en royaltybetalingen in de staat van de ontvanger effectief zijn onderworpen aan belasting (een minimum effectief belastingtarief speelt hierbij geen rol). Indien dit reeds lang liggende wijzigingsvoorstel wordt aangenomen, dan lijkt de toepassing van de Rente/Royaltyrichtlijn na invoering van de groepsrentebox niet in gevaar te komen. De groepsrentebox bewerkstelligt immers dat het volledige bedrag van de rente effectief is onderworpen aan belasting (tegen een tarief van 5%). Lidstaten zouden echter het standpunt kunnen innemen dat de voordelen van deze richtlijn slechts voor 20% hoeven te worden verleend in het geval van betaling van groepsrente aan Nederlandse vennootschappen (omdat wetstechnisch slechts 20% van de groepsrente is onderworpen in Nederland). Een dergelijke restrictieve benadering van de aangepaste richtlijn lijkt echter niet in overeenstemming met het begrip 'effectief'.

³¹ HvJ EG 26 oktober 1999, zaak C-294/97 (Eurowings), FED 2000/260 (m.aant. Weber).

men van de CFC).³² Deze wetgeving treft niet alleen passieve financieringsmaatschappijen, maar ook Nederlandse regionale hoofdkantoren, leasemaatschappijen en distributiekantoren van Japanse ondernemingen indien de effectieve belastingdruk door toedoen van de groepsrentebox daalt beneden de 25% (hetgeen al gauw het geval zal zijn indien tot de bezittingen één of meerdere groepsvoordelingen behoren).³³ Het ligt dan ook voor de hand dat de Japanse CFC-wetgeving en CFC-wetgeving van andere landen met vergelijkbare toepassingsvoorwaarden (bijvoorbeeld de Zuid-Koreaanse), in werking treedt zodra de groepsrentebox wordt ingevoerd. Japanse multinationals zullen vanwege de invoering van de groepsrentebox – om een directe bijheffing in Japan te voorkomen – zeer sterk geneigd zijn om hun Nederlandse activiteiten te verplaatsen naar andere EU-landen alwaar de effectieve belastingdruk in ieder geval 25% bedraagt. Een dergelijke reactie van Japanse multinationals zou, gezien het grote aantal Japanse multinationals dat actief is in Nederland, een zeer negatieve start van de groepsrentebox betekenen. Dat dit een reële vrees is, blijkt bijvoorbeeld uit de uittocht van Japanse multinationals uit Singapore, Cyprus, Ierland, Oostenrijk en een aantal Oost-Europese landen nadat deze landen hun effectieve belastingdruk hadden verlaagd beneden de 25%.³⁴ Nederland is zich in het verleden bewust geweest van dit risico en de vrees voor de Japanse CFC-wetgeving was dan ook de reden om het algemene Nederlandse vennootschapsbelastingtarief in 2007 (bij de Wet Werken aan Winst) te verlagen naar het ‘buurt-super-achtige’ tarief van 25,5% in plaats van een mooi afgerond tarief (25%) of een lager meer concurrerend tarief (zoals aanvankelijk gewenst).³⁵ De effectieve verlaging van de belastingdruk die de in 2007 voorgestelde groepsrentebox zou kunnen bewerkstelligen, vormde destijds geen probleem voor Japanse multinationals omdat deze regeling niet verplicht van toepassing was maar optioneel. Een verplichte groepsrentebox leidt zonder nadere tegenmaatregelen echter onherroepelijk in veel gevallen tot de toepasselijkheid van Japanse CFC-wetgeving.

4 Voorstel tot aanpassing van de groepsrentebox om tegenmaatregelen te voorkomen

4.1 Voorstel anti-CFC-maatregel

De meest voor de hand liggende reactie vanuit het buitenland op de invoering van de groepsrentebox is het toepassen van onderworpenheidsbepalingen in bestaande wetgeving. Met name een beroep op CFC-wetgeving die van toepassing is indien de effectieve belastingdruk volgens buitenlandse maatstaven te laag is, zoals de CFC-wetgeving van Japan, zou Nederland kunnen raken en tot een vertrek van buitenlandse multinationals uit Nederland kunnen leiden. De vraag rijst of Nederland door een specifieke regeling op te nemen CFC-wetgeving van an-

dere landen buiten werking zou kunnen stellen. De volgende bepaling zou een dergelijk effect kunnen bewerkstelligen.

Art. 12c, achtste lid, Wet VPB 1969

Wanneer het saldo van de ontvangen en betaalde groepsrente positief is, is het eerste lid niet van toepassing indien en voor zover de toepasselijkheid in hetzelfde jaar³⁶ leidt tot belastbare voordelen op het niveau van de aandeelhouder die onmiddellijk of middellijk het gehele belang houdt in de belastingplichtige *en geen sprake is van verrekening van verliezen of van andersoortige aanspraken uit voorafgaande jaren op het niveau van deze aandeelhouder*. Indien en voor zover ten gevolge van de toepassing van de vorige volzin het eerste lid niet van toepassing is, wordt het positieve saldo van de ontvangen en betaalde groepsrente bij het bepalen van de winst in aanmerking genomen.

4.2 Toelichting op de voorgestelde anti-CFC-maatregel

Het doel van de voorgestelde maatregel is negatieve gevolgen op het niveau van buitenlandse aandeelhouders vanwege de toepassing van buitenlandse CFC-wetgeving te voorkomen. Buitenlandse CFC-wetgeving, die gekoppeld is aan een minimale effectieve belastingdruk, zou zonder deze maatregel (door de invoering van de groepsrentebox) in werking kunnen treden en buitenlandse concerns met Nederlandse dochtervennootschappen kunnen raken.

De voorgestelde maatregel bewerkstelligt dat het positieve groepsrentesaldo wordt belast in Nederland met een effectieve belastingdruk van 25,5%. Hiertoe bepaalt de laatste volzin (die als verduidelijking is opgenomen) dat het positieve groepsrentesaldo bij het bepalen van de winst in aanmerking wordt genomen.

De maatregel geldt alleen indien het saldo van de ont-

³² Volgens de Japanse CFC-wetgeving moet – bij het bepalen van de effectieve belastingdruk – het gedefiscaliseerde deel van de ontvangen rente worden opgeteld bij de winst. Indien een Nederlandse dochtermaatschappij met een Japanse aandeelhouder 100 groepsrente heeft ontvangen, dan kan dus niet worden gesteld dat het inkomen slechts 20 bedraagt en dat dit bedrag effectief is onderworpen tegen 25,5%. Een correctie moet worden gemaakt voor het bedrag van de gedefiscaliseerde rente (80) zodat de effectieve belastingdruk over de ontvangen rente 5% bedraagt en de Japanse CFC-regels in werking treden.

³³ De Japanse CFC-wetgeving biedt nagenoeg geen escape voor actieve dochtermaatschappijen. De effectieve belastingdruk is hierdoor het doorslaggevende criterium.

³⁴ NV, Kamerstukken II 2005/06, nr. 30 572, nr. 8, blz. 73-74.

³⁵ NV, Kamerstukken II 2005/06, nr. 30 572, nr. 8, blz. 73-74.

³⁶ De verwijzing naar hetzelfde jaar is erop gericht te voorkomen dat de anti-CFC-maatregel ook geldt voor landen met een creditsysteem.

vangen en betaalde groepsrente positief is. Hierdoor wordt voorkomen dat een belastingplichtige die een negatief groepsrentesaldo heeft, met een beroep op de voorgestelde regeling zijn negatieve groepsrentesaldo kan aftrekken tegen een effectief tarief dat hoger is dan 5%.

De additionele heffing die de anti-CFC-maatregel bewerkstelligt, wordt slechts opgelegd *voor zover* nodig om buitenlandse CFC-wetgeving buiten werking te stellen. De additionele belastingheffing in Nederland wordt aldus tot het noodzakelijke minimum beperkt.³⁷

De anti-CFC-maatregel is geen keuzeregel maar heeft een verplicht karakter om te garanderen dat de additionele heffing die zij bewerkstelligt kwalificeert als *belasting*.³⁸ Zonder dit verplichtende karakter zouden andere landen deze additionele heffing buiten aanmerking kunnen laten bij het bepalen van de effectieve belastingdruk en kunnen stellen dat de groepsrente in Nederland feitelijk nog steeds te laag wordt belast.

4.3 *Situaties van verliezen op het niveau van de aandeelhouder*

De cursief gedrukte zinsnede in de voorgestelde wettekst voorkomt dat de anti-CFC-maatregel in werking treedt indien de aandeelhouder compensabele verliezen heeft. In de situatie dat er compensabele verliezen zijn op het niveau van de aandeelhouder zal het namelijk veelal aantrekkelijker zijn voor het concern om de anti-CFC-maatregel niet in werking te laten treden: de groepsrentebox wordt dan weer van toepassing zodat de belastingdruk van het concern over de groepsrente hierdoor in Nederland effectief weer 5% bedraagt in plaats van 25%. In het land van de buitenlandse aandeelhouder zal hierdoor de CFC-wetgeving weer van toepassing worden en tot belastbare winst leiden. Op het niveau van de buitenlandse aandeelhouder zal dus een vermindering van de aanwezige compensabele verliezen ontstaan. Concerns zullen het over het algemeen minder erg vinden om compensabele verliezen kwijt te raken dan om direct (in Nederland) extra belasting te moeten betalen.

Een nadeel van deze verliesregeling is dat zij wellicht lastig controleerbaar is voor de Nederlandse Belastingdienst. De Nederlandse Belastingdienst heeft immers geen inzage in de verliesverrekeningsmogelijkheden van de aandeelhouder in het buitenland. Vanwege haar lastige controleerbaarheid zou de verliesregeling een wellicht – volgens het buitenland – optioneel element introduceren in de anti-CFC-maatregel. Aangezien hierdoor de anti-CFC-maatregel als geheel in gevaar zou komen, is het wellicht verstandiger om deze verliesregeling niet in te voeren totdat meer ervaring met de anti-CFC-maatregel is opgedaan in het buitenland.

4.4 *Bruikbaarheid van de anti-CFC-maatregel als de groepsrentebox niet wordt ingevoerd*

De voorgestelde anti-CFC-maatregel kan ook worden

gebruikt als de wetgever de voorkeur zou geven aan een algemene tariefsverlaging in de vennootschapsbelasting boven de invoering van de groepsrentebox. Ook bij een algemene tariefsverlaging zou Nederland worden geconfronteerd met de toepasselijkheid van CFC wetgeving van andere landen. Om in een dergelijke situatie de toepasselijkheid van buitenlandse CFC wetgeving tegen te gaan, zou in de wetgeving een bepaling kunnen worden opgenomen die het voordeel van het lagere tarief alleen toegankelijk maakt *'indien en voorzover dit lagere tarief leidt tot belastbare voordelen bij de directe of indirecte aandeelhouder die onmiddellijk of middellijk het gehele belang houdt in de belastingplichtige'*.

5 Internationale aanvaardbaarheid en risico's van het voorstel

5.1 *Het begrip 'soevereiniteit'*

De vraag rijst of de voorgestelde anti-CFC-maatregel in overeenstemming is met het internationale recht. Kern van het internationale recht vormt het beginsel van de soevereiniteit. Soevereiniteit impliceert dat een land zelf zijn belastingstelsel mag bepalen (zoals de grondslag, de samenloop met andere belastingen, tarieven, enz.). Belastingsoevereiniteit brengt tevens met zich dat andere staten zich niet mogen mengen in de keuze van een staat voor een bepaald belastingstelsel.³⁹ Het beginsel van belastingsoevereiniteit biedt aan staten ook de mogelijkheid om helemaal geen belastingstelsel op te zetten.⁴⁰ Andere landen dienen zich daarom in beginsel niet te mengen in de soevereine keuze van Nederland om groepsrente te belasten, vrij te stellen, of tegen een effectief tarief van 5% te belasten (zoals in de groepsrentebox).

De beoogde lage belastingheffing op groepsrente die

³⁷ *Het bedrag dat wordt uitgesloten van de groepsrentebox kan eenvoudig worden bepaald aan de hand van de volgende formule: $X = \text{Winst} - 0,205 * (Y - 0,255)$ waarbij X het bedrag is van het groepsrentesaldo dat in de groepsrentebox valt (en tegen 5% wordt belast). Winst is het bedrag van het positieve groepsrentesaldo. Y is het bedrag van de minimaal vereiste belastingdruk volgens de buitenlandse CFC-regels (voor Japan zou dit 0,25 zijn; voor Zuid Korea zou dit 0,15 zijn). Het verschil tussen Winst en X is het bedrag dat buiten de groepsrentebox valt en dat tegen het reguliere tarief (van 25,5%) wordt belast in Nederland.*

³⁸ *Een belasting veronderstelt immers een verplichte bijdrage aan de overheid waar geen individuele tegenprestatie tegenover staat.*

³⁹ *Jacques Buisson in L'érosion de la souveraineté fiscale dans les Etats membres de la Communauté: l'exemple de la France, blz. 129, Recueil Dalloz 1999.*

⁴⁰ *Deze conclusie is bevestigd door het OESO in haar 2001 Progress Report 'Harmful Tax Competition': 'every jurisdiction has a right to determine whether to impose direct taxes and, if so, to determine the appropriate tax rate.'*

met de groepsrentebox door Nederland wordt beoogd, wordt gefrustreerd door buitenlandse CFC-wetgeving die aanknoopt bij de effectieve belastingheffing over groepsrente (zoals de Japanse CFC-wetgeving). Dergelijke CFC-wetgeving beperkt Nederland in zijn mogelijkheid om rente-inkomsten laag te belasten. Deze agressieve variant van CFC-wetgeving kan daarom worden beschouwd als een inbreuk op de Nederlandse belastingsovereiniteit en staat op gespannen voet met het internationale recht.⁴¹ De Japanse CFC-wetgeving, die primair aanknoopt bij de effectieve belastingdruk in het buitenland (en nauwelijks escapes biedt voor actieve dochtermaatschappijen), ligt vanuit het buitenland dan ook onder vuur.⁴² Nederland mag zich onder deze omstandigheden dan ook verzetten tegen dergelijke inbreuken op zijn soevereiniteit door nieuwe wetgeving in te voeren die dergelijke CFC-wetgeving tegen gaat.⁴³

5.2 Grenzen aan soevereiniteit

Een land kan vrijwillig zijn soevereiniteit inperken. Nederland hanteert een monistische doctrine waarbij het internationale recht prevaleert boven het nationale recht. Aldus heeft Nederland ervoor gekozen om zijn fiscale soevereiniteit in te laten perken door het internationale recht, in het bijzonder door het EG-recht en door belastingverdragen.⁴⁴ Hoewel de Nederlandse belastingsovereiniteit ruimte biedt om de groepsrentebox in te voeren met een anti-CFC-maatregel, moet dus ook de vraag worden beantwoord of dergelijke wetgeving mogelijk in strijd komt met het EG-recht of met de belastingverdragen.

5.3 EG-recht

Ten aanzien van de EG-rechtelijke houdbaarheid dienen twee vragen te worden beantwoord. De eerste vraag is of de maatregel een vorm van staatssteun vormt. De tweede vraag is of de anti-CFC-maatregel de EG-verdragsvrijheden inperkt.

5.3.1 Staatssteun

De vraag rijst of de invoering van de anti-CFC-maatregel de positieve beschikking van de Europese Commissie (de groepsrentebox vormt geen staatssteun) in gevaar brengt. Dit lijkt mij niet het geval. De gronden waarop de positieve beschikking van de Europese Commissie berustte, worden door de invoering van de anti-CFC-maatregel niet aangetast. Voorts wordt de werking van de anti-CFC-maatregel niet bekostigd met enige staatsmiddelen, één van de cumulatieve vereisten om van staatssteun te kunnen spreken.⁴⁵ Een bijkomend effect van de regeling is juist dat zij tot additionele belastingopbrengsten voor de Nederlandse schatkist leidt. Het lijkt mij daarom onnodig om een gewijzigde versie van de groepsrentebox, inclusief anti-CFC-maatregel, voor te leggen aan de Europese Commissie.

5.3.2 Houdbaarheid onder de EG-verdragsvrijheden

De voorgestelde anti-CFC-maatregel zal naar alle waarschijnlijkheid niet worden toegepast op Nederlandse vennootschappen met een aandeelhouder in een andere EG-lidstaat. In andere EG-lidstaten zal het laag belasten van groepsrente onder de groepsrentebox – als zodanig – immers niet tot toepassing van CFC-wetgeving mogen leiden. Het EG-recht verbiedt lidstaten om CFC-wetgeving toe te passen louter om effectieve tariefsvoordelen (zoals de tariefsvoordelen die de groepsrentebox biedt), weg te belasten.⁴⁶

De anti-CFC-maatregel zal dan ook alleen worden toegepast op Nederlandse vennootschappen met meerderheidsaandeelhouders in derde landen (landen buiten de EG). In relatie tot derde landen is alleen de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing. De vraag rijst dus of de invoering van de anti-CFC-maatregel in strijd komt met de vrijheid van kapitaalverkeer. Dit lijkt mij niet het geval. In zijn jurisprudentie heeft het HvJ EG aangegeven dat nationale wetgeving slechts aan één van de vier vrijheden (diensten, werknemers, vestiging of kapitaalverkeer) wordt getoetst als blijkt dat de andere drie vrijheden in de betreffende situatie duidelijk ondergeschikt zijn. In het geval van de anti-CFC-maatregel, die slechts geldt in 100%-aandeelhoudersrelaties, is de vrijheid van

⁴¹ Zie in dit verband: Mykola Orlov, *The Concept of Tax Haven: A Legal Analysis*, *Intertax* Volume 32, Issue 2, 2004.

⁴² *Basic Idea for Fundamental Reform of (Japanese) Tax System*, November 2007, blz. 21.
<http://www.mof.go.jp/english/tax/e0711a.pdf>.

⁴³ *De internationale gemeenschap, in het bijzonder de OESO, heeft overigens in het verleden landen aangemoedigd om CFC-wetgeving in te voeren. Het betreft hier echter gebruikelijke CFC-wetgeving, die slechts gericht is op vennootschappen met passief inkomen gevestigd in belastingparadijzen. Agressieve CFC-wetgeving, die enkel aanknoopt bij de effectieve belastingdruk, ongeacht de vraag of sprake is van een actieve dochtermaatschappij in het laagbelastende land, maakt een veel grotere inbreuk op de fiscale soevereiniteit. Zie: OECD, *Harmful tax competition: an emerging global issue*, blz. 40 en 41, Paris: OECD 1998.*

⁴⁴ H. Pijl, 'State Responsibility in Taxation Matter', *Bulletin for International Taxation* 2006, blz. 38-51.

⁴⁵ Art. 87, eerste lid, EG-verdrag bepaalt dat sprake is van staatssteun indien aan de volgende vier cumulatieve voorwaarden is voldaan: 1. er is sprake van een begunstiging, 2. de begunstiging wordt bekostigd met staatsmiddelen, 3. bepaalde ondernemingen/producties worden begunstigd door de regeling, 4. de concurrentie op de interne markt dreigt te worden vervalst of ongunstig te worden beïnvloed.

⁴⁶ *CFC-wetgeving mag alleen worden toegepast volgens het EG-recht indien zij louter gericht is op volstrekt kunstmatige constructies. HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes).*

kapitaalverkeer volgens de jurisprudentie van het HvJ EG duidelijk ondergeschikt aan de vrijheid van vestiging.⁴⁷ De voorgestelde anti-CFC-maatregel zal om die reden niet kunnen worden getoetst aan de vrijheid van kapitaalverkeer. De voorgestelde anti-CFC-regeling zal om die reden onder het EG-verdrag waarschijnlijk geen problemen opleveren.

5.4 Houdbaarheid onder de belastingverdragen

Tot slot moet de vraag worden beantwoord, of de invoering van de anti-CFC-maatregel in strijd komt met de door Nederland afgesloten belastingverdragen. Belastingverdragen waarin een non-discriminatie-bepaling is opgenomen die vergelijkbaar is met art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag lijken in strijd te komen met de anti-CFC-maatregel. Art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag beoogt tegen te gaan dat vennootschappen met buitenlandse aandeelhouders worden gediscrimineerd ten opzichte van vennootschappen met binnenlandse aandeelhouders. Aangezien de anti-CFC-maatregel bewerkstelligt dat Nederlandse vennootschappen met een moedermaatschappij in een land met een CFC-regime dat aanknoopt bij de effectieve belastingdruk zwaarder worden belast dan Nederlandse vennootschappen met een Nederlandse moedermaatschappij, lijkt hij op gespannen voet te staan met deze non-discriminatiebepaling. De verschillende behandeling die de anti-CFC-maatregel bewerkstelligt, is naar mijn mening echter gerechtvaardigd omdat hij de primaire doelstelling van belastingverdragen dient, namelijk het voorkomen van dubbele belastingheffing.

In de praktijk zal (vanwege timingproblemen) de Nederlandse belastingheffing veelal niet kunnen worden verrekend in het land dat de CFC-wetgeving toepast. De toepassing van buitenlandse CFC-wetgeving zal derhalve veelal tot dubbele heffing over de winst van de Nederlandse groepsvennootschap leiden.⁴⁸ De voorgestelde anti-CFC-maatregel beoogt deze dubbele heffing tegen te gaan en te voorkomen dat buitenlandse aandeelhouders slechter worden behandeld in het buitenland door de invoering van de groepsrentebox in Nederland.⁴⁹

Tenslotte is de anti-CFC-maatregel geoorloofd omdat hij recht doet aan het evenredigheidsbeginsel en de goede verdragstrouw. Het is vanuit het evenredigheidsbeginsel immers ongewenst om de groepsrentebox in te voeren indien deze regeling, die op zichzelf voordelig is voor de meerderheid van de gevallen, zeer nadelig uitwerkt voor één specifieke groep van belanghebbenden die gevestigd is in een verdragsland. De voorgestelde regel neemt dit knelpunt weg voor deze specifieke groep, die met name bestaat uit Japanse aandeelhouders met Nederlandse dochtervennootschappen. Door zo de belangen van het in Nederland aanwezige internationale (Japanse) bedrijfsleven te beschermen, handelt Nederland te goeder trouw ten opzichte van zijn (Japanse) verdragspartner.⁵⁰

6 Conclusie

Het is niet ondenkbaar dat andere landen de belastingarbitrage die de groepsrentebox bewerkstelligt ongewenst zullen vinden. De belangrijkste reden hiervoor is dat Nederland, door de invoering van de groepsrentebox, ten koste van het buitenland mobiel kapitaal (en belastingopbrengsten) naar zich toetrekt. Andere landen zullen niet overtuigd zijn van de principiële argumentatie voor de invoering van de groepsrentebox (het meer gelijk behandelen van eigen en vreemd vermogensfinanciering). Het buitenland zal waarschijnlijk wel inzien dat met de invoering van de groepsrentebox de Nederlandse koopmansgeest (het belang van het vestigingsklimaat) het van het moralisme van de dominee (tegenaan van internationale mismatches) heeft gewonnen. We dienen daarom rekening te houden met reacties uit het buitenland. De

⁴⁷ Zie HvJ EG van 10 mei 2007, zaak C-492/04 (*Lasertec*), V-N 2007/59.13, onderdeel 23 en 24. Indien een maatregel van toepassing is in situaties waarin sprake is van een belang dat ontegenzeggelijk een beslissende invloed geeft, dan valt de betreffende zaak volgens het HvJ EG enkel binnen de materiële werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging.

⁴⁸ Deze dubbele heffing bedraagt 5% indien alleen groepsrente wordt ontvangen onder de groepsrentebox plus de buitenlandse belastingdruk ten gevolge van de toepassing van de CFC-wetgeving (bijvoorbeeld 42% in het geval van Japan). Dubbele belastingheffing (van 47% in het geval van Japan) is het gevolg.

⁴⁹ In dit opzicht onderscheidt de voorgestelde anti-CFC-maatregel zich dus van een zogenoemde en veel minder sympathieke *soak up tax*. Een typische *soak up tax* wordt ingevoerd om de belastingopbrengst in een bronstaat te vergroten. Dit gebeurt door een belastingplichtige te onderwerpen aan belasting voor zover de woonstaat aan de belastingplichtige een credit verleent. Hiermee beoogt de bronstaat de belastinggrondslag van de woonstaat uit te hollen, door maximaal de tax credit in de woonstaat uit te baten. De voorgestelde anti-CFC-maatregel bewerkstelligt niet een dergelijke uitholling van de grondslag van landen met CFC-wetgeving, maar tracht primair dubbele belastingheffing te vermijden en de Nederlandse belastingsovereiniteit te beschermen. Zie over *soak up taxes*: Victor Thuronyi, *Tax law design and drafting*, blz. 804, noot 152.

⁵⁰ In dit opzicht lijkt de voorgestelde anti-CFC-maatregel op de regeling van het oude art. 15ad Wet VPB 1969, in het bijzonder de regeling die BV1/BV2-structuren tegenging. Ook deze regeling knoopte voor de Nederlandse belastingheffing aan bij de heffing in het buitenland. Het doel van art. 15ad (oud) Wet VPB 1969 was structuren aan te pakken die de belangen van het buitenlandse (niet-Amerikaanse) bedrijfsleven zouden kunnen schaden. Nederland meende dat de jegens haar verdragspartners verschuldigde goede trouw hiertoe noopte. Zie besluit van 20 november 2000, BNB 2001/14.

kans op het blacklisten van Nederland of de invoering van nieuwe antimisbruikwetgeving lijkt mij echter overdreven. Reëler lijkt mij de vrees voor bestaande antimisbruikwetgeving. In het bijzonder kan hierbij gedacht worden aan de toepassing van agressieve CFC-wetgeving die primair aanknoopt bij de effectieve belastingdruk op het niveau van de CFC (zoals de Japanse CFC-wetgeving). Het fiscale voordeel van de groepsrentebox zal hierdoor worden wegbelast in andere landen en soms resulteren in dubbele heffing. Het effect van buitenlandse CFC-wetgeving zou kunnen zijn dat buitenlandse concerns Nederland verlaten. Om dit voor Nederland on-

wenselijke effect tegen te gaan, stel ik voor om anti-CFC-wetgeving in te voeren. Dergelijke wetgeving heeft tot gevolg dat Nederland extra belasting heft ten aanzien van de groepsrente voor zover dit nodig is om de toepasselijkheid van buitenlandse CFC-wetgeving te voorkomen. Dergelijke anti-CFC-wetgeving is niet strijdig met belastingverdragen of het EG-recht.

Mocht de groepsrentebox niet worden ingevoerd, maar worden gekozen voor een algemene tariefsverlaging van de vennootschapsbelasting, dan kan de anti-CFC-maatregel ook worden gebruikt.

KNELPUNTEN INKOMENSAFHANKELIJKE BIJDRAGE ZORGVERZEKERINGSWET

DRS. ING. A. J. G. DARIS *

1 Inleiding

In deze beschouwing beschrijf ik een aantal knelpunten die zich kunnen voordoen bij de berekening van de verschuldigheid van de inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet en waarvoor naar mijn mening geen of onvoldoende rechtvaardiging bestaat. Ik sluit af met een suggestie voor een aanpassing in de wijze van berekening en verschuldigheid van de inkomensafhankelijke bijdrage als onderdeel van de financiering van het zorgverzekeringsstelsel.¹ Koelewijn heeft eerder al in het Weekblad een aantal discussiepunten over de inkomensafhankelijke bijdrage opgeroepen.² Hij is onder andere ingegaan op de vraag of een inhoudingsplichtige een ten onrechte niet afgedragen inkomensafhankelijke bijdrage kan verhalen op de werknemer en wat hiervan dan de gevolgen zijn voor de loonheffingen. Stevens noemt in het Weekblad de administratieve verwerking van de Zorgverzekeringswet verbijsterend complex.³ De Kam en Stevens hebben eerder voorgesteld om de werkgeversvergoeding van de inkomensafhankelijke bijdrage te wijzigen in een werkgeversbijdrage.⁴ In aanvulling op eerdere beschouwingen wil ik een aantal andere knelpunten voor het voetlicht brengen en afsluiten met een voorstel voor een alternatieve financiering. Inmiddels is het wetsvoorstel Uniformering loonbegrip bij de Tweede Kamer inge-

diend.⁵ In deze bijdrage ga ik voornamelijk in op de inkomensafhankelijke bijdrage en besteed in mindere mate aandacht aan de verzekeringsplicht. Ik ga niet in op de (nominale) premie.

2 Verzekeringsplicht

De Zorgverzekeringswet is in werking getreden op 1 januari 2006. De financiering van de Zorgverzeke-

* *Docent belastingrecht aan de Fontys Hogescholen Eindhoven en verbonden aan RSM Wehrens, Mennen & de Vries Belastingadviseurs N.V.*

¹ *Inmiddels is het wetsvoorstel Uniformering loonbegrip een aantal wijziging in de Zorgverzekeringswet voorgesteld, met name in art. 42-45. De wijzigingen worden naar verwachting per 2011, dan wel 2012 ingevoerd.*

² *W. Koelewijn in WFR 2008/1008, WFR 2009/63 en WFR 2009/1120.*

³ *L.G.M. Stevens, 'Fiscale beleidsnotities 2009', WFR 2008/1021, onderdeel 3.1.3.*

⁴ *C.A. de Kam en W.F.C. Stevens, 'Horde 3: Werkgeversvergoeding ZVW', WFR 2008/989, onderdeel 3.3.*

⁵ *In art. II Wetsvoorstel uniformering loonbegrip wordt een aantal wijzigingen in de Zorgverzekeringswet voorgesteld.*