

Vergaderjaar 2018–2019

35 030

Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Invorderingswet 1990 in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (PbEU 2016, L 234/26) (Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking)

Nr. 4 HERDRUK¹

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT²

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 21 juni 2018 en het nader rapport d.d. 14 september 2018, aangeboden aan de Koning door de Staatssecretaris van Financiën. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 22 mei 2018, no. 2018000915, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 21 juni 2018, no. W06.18.0116/III, bied ik U hierbij aan.

Het kabinet is de Afdeling zeer erkentelijk voor de grote voortvarendheid waarmee het advies over het bovenvermelde voorstel is uitgebracht. Vanwege de omstandigheden, zoals ik in mijn brief van vrijdag 13 juli jl. heb omschreven, is het implementatiewetsvoorstel op Prinsjesdag ingediend bij de Tweede Kamer.³

Naar aanleiding van het advies, dat hieronder cursief is opgenomen, merk ik het volgende op.

Bij Kabinetsmissive van 22 mei 2018, no. 2018000915, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig

¹ I.v.m. correctie in de ondertekening.

² De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

³ Kamerstukken II 2017/18, 25 087, nr. 219.

gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Invorderingswet 1990 in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (PbEU 2016, L 234/26) (Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking), met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt tot implementatie van EU-regels die tot doel hebben belastingontwijking te bestrijden.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het voorstel aan de Tweede Kamer te zenden, maar acht het noodzakelijk dat in de toelichting aandacht wordt besteed aan de gevolgen van de bij de implementatie gemaakte keuzes voor het fiscale vestigingsklimaat in Nederland. Daarnaast adviseert zij om de wijze waarop de antimisbruikmaatregel uit de richtlijn wordt geïmplementeerd (namelijk door deze niet in de wet op te nemen, terwijl dat in een vergelijkbare situatie eerder wél is gebeurd) overtuigend te motiveren. Indien dat niet mogelijk is, adviseert de Afdeling deze maatregel in de wet op te nemen.

1. Inleiding

Alvorens enkele opmerkingen bij het voorstel te maken, volgt in deze inleiding eerst een korte schets van de achtergrond en de inhoud van de te implementeren richtlijnbepalingen, alsmede van de inhoud van het voorstel.

Voorliggende ATAD1-richtlijn⁴ strekt ertoe om binnen de 28 verschillende vennootschapsbelastingstelsels die in de EU van toepassing zijn, een gemeenschappelijk minimumniveau van bescherming tegen belastingontwijkingspraktijken te creëren.⁵ Met het oog op een goede werking van de interne markt kunnen de lidstaten daarmee op een voldoende coherente en gecoördineerde wijze hun toezeggingen implementeren om de (BEPS⁶)-aanbevelingen⁷ van de OESO (voor concrete maatregelen ter bestrijding van grondslaguitholling en winstverschuiving) op te volgen.⁸ Het gaat in ATAD1 om vier maatregelen.⁹

a. Beperking van de aftrekbaarheid van rente (earningsstrippingmaatregel)¹⁰

In een poging hun wereldwijde belastingschuld te verlagen zijn groepen van vennootschappen zich door middel van excessieve rentebetalingen (tussen gelieerde entiteiten) steeds meer gaan bezighouden met grondslaguitholling en winstverschuiving (renteafrek bij een concernvennootschap in een land met een hoog tarief en de ontvangen rente laten neerslaan bij een concernvennootschap in een land met een laag tarief).

⁴ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (PB 2016, L 234), ook wel ATAD1 (Anti Tax Avoidance Directive) genoemd.

⁵ Overweging 3 van ATAD1.

⁶ Base Erosion and Profit Shifting.

⁷ De OESO heeft op 15 oktober 2015 15 actiepunten openbaar gemaakt waar veel landen zich aan hebben gecommitteerd.

⁸ Overwegingen 1 en 2 van ATAD1.

⁹ Een vijfde maatregel (artikel 9 van ATAD1) ziet op het neutraliseren van zogenoemde hybride mismatches. Deze maatregel heeft geen implementatie omdat zij inmiddels is vervangen ingevolge de nog te implementeren richtlijn ATAD2 (Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen (PB 2017, L 144)).

¹⁰ Artikel 4 van ATAD1.

Het voorstel beperkt die aftrekbaarheid.¹¹ Zijn, kort gezegd, de aftrekbare rentelasten hoger dan de belastbare rentebaten, dan is het saldo alleen aftrekbaar voor zover het lager is dan de maximaal toegestane aftrekcapaciteit (die 30% van het brutobedrijfsresultaat bedraagt dan wel, indien dat hoger is, € 1 mln).

b. Exitheffing¹²

Wanneer een belastingplichtige activa of zijn fiscale woonplaats buiten het rechtsgebied van een staat brengt, zorgt een exitheffing ervoor dat de in die staat reeds gecreëerde winst, ook al is deze nog niet gerealiseerd op het moment van vertrek, toch wordt belast in die staat van vertrek (en dus niet – later – in een laag belaste andere staat waar die winst niet is gecreëerd).

De huidige Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) kent deze exitheffing al.¹³ Het voorstel strekt er dan ook alleen toe om de regeling voor betaling in termijnen (en de beëindiging van die regeling) in overeenstemming te brengen met ATAD1 (zo wordt het aantal jaartermijnen voor betaling van de exitheffing teruggebracht van 10 naar 5).¹⁴

c. Een maatregel betreffende gecontroleerde buitenlandse ondernemingen (cfc-maatregel)¹⁵

ATAD1 introduceert voorts regels die gericht zijn tegen het verschuiven van winsten van onderneming A in het ene land naar een onder haar controle staande onderneming B (cfc) in een laag belastend ander land. Die verschuiving is bijvoorbeeld te realiseren door mobiele (zoals immateriële) activa te verplaatsen naar een dergelijke cfc.

Door de toepassing van deze regels rekent het voorstel, kort gezegd, de na de verschuiving gecreëerde winst van de cfc toe aan onderneming A.¹⁶

d. Algemene antimisbruikmaatregel¹⁷

ATAD1 introduceert een algemene antimisbruikregel om mazen te dichten zonder dat zij de toepasselijkheid van specifieke antimisbruikregels doorkruist. Kort gezegd is de maatregel erop gericht om bij de berekening van de verschuldigde vennootschapsbelasting kunstmatige constructies buiten beschouwing te laten, die zijn opgezet met als hoofddoel een belastingvoordeel te verkrijgen dat doel of toepassing van het belastingrecht ondermijnt.¹⁸ Opname in ATAD1 waarborgt dat de regel op uniforme wijze toepassing vindt in binnenlandse situaties, binnen de Unie en ten aanzien van derde landen, zodat de reikwijdte ervan en de toepassingsresultaten in binnenlandse en grensoverschrijdende situaties niet uiteenlopen.¹⁹

De toelichting op het voorstel stelt dat het beoogde doel van ATAD1 op dit punt al is bereikt met het in de jurisprudentie ontwikkelde leerstuk *fraus legis*.²⁰

¹¹ Nieuwe Afdeling 2.9a (Generieke renteaftrekbeperking) van de Wet Vpb 1969 (artikel I, onderdeel C – bedoeld zal zijn D – van het voorstel).

¹² Artikel 5 van ATAD1.

¹³ Zie met name Afdeling 2.10 (Eindafrekening) van de Wet Vpb 1969.

¹⁴ Aanpassing van de Invorderingswet 1990 (artikel II van het voorstel).

¹⁵ Controlled foreign companies (cfc's): artikel 7 van ATAD1.

¹⁶ Artikel I, onderdeel C, van het voorstel.

¹⁷ General Anti-Abuse Rule (GAAR): artikel 6 van ATAD1.

¹⁸ Artikel 6 van ATAD1.

¹⁹ Overweging 11 van ATAD1.

²⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 2.3 (GAAR).

De Afdeling maakt een opmerking over het fiscale vestigingsklimaat (inzake de maatregelen a/c) en over de algemene antimisbruikmaatregel (maatregel d).

2. Fiscale vestigingsklimaat

Met betrekking tot de hiervoor onder 1a beschreven earningsstripping-maatregel is in het voorstel gekozen voor «een robuuste implementatie die op onderdelen aanzienlijk verder gaat dan de minimumstandaard van ATAD1», aldus de toelichting.²¹ Die robuustheid komt onder meer tot uitdrukking in een lagere vaststelling van het vaste bedrag van de maximale aftrekcapaciteit dan ATAD1 toestaat (namelijk de hiervoor onder 1a genoemde € 1 mln in plaats van de door ATAD1 toegestane € 3 mln). Daarnaast komt die robuustheid tot uitdrukking in het ongebruikt laten van een aantal facultatieve bepalingen uit ATAD1. Zo wordt geen gebruik gemaakt van de mogelijkheden tot het opnemen van uitzonderingen voor groepen,²² voor op zichzelf staande entiteiten²³ en voor langlopende openbare infrastructuurprojecten²⁴. Met deze robuuste implementatie worden de mogelijkheden voor een lichtere uitvoering van ATAD1 onbenut gelaten.

Ook over de hiervoor onder 1c beschreven cfc-maatregel merkt de toelichting op dat daarbij geen verdere versoepelingen passen, waardoor in voorkomende gevallen sprake is van een nog meer prohibitief karakter.²⁵

Het valt de Afdeling op dat in de toelichting geen aandacht wordt besteed aan de gevolgen van de voorgestane robuuste implementatie voor het fiscale vestigingsklimaat in Nederland. Zo kan een minder robuuste (dus lichtere) implementatie in andere lidstaten negatieve gevolgen hebben voor het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat. Juist bij maatregelen op het terrein van de vennootschapsbelasting is aandacht voor het Nederlandse vestigingsklimaat gebruikelijk. Aandacht is bovendien gewenst omdat daarmee inzichtelijk wordt gemaakt welke afwegingen aan de gemaakte keuzes ten grondslag liggen.

De Afdeling adviseert in de toelichting aandacht te besteden aan de gevolgen van de gemaakte keuzes voor het fiscale vestigingsklimaat in Nederland.

2. Fiscale vestigingsklimaat

De Afdeling vraagt aandacht voor de gevolgen van de voorgestane robuuste implementatie van de eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking (ATAD1) voor het fiscale vestigingsklimaat in Nederland. Zo merkt zij op

²¹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2 (Earningsstrippingmaatregel), tweede tekstblok en het tekstblok onder voorbeeld 3.

²² Artikel 4, vijfde lid, van ATAD1. Op grond van de groepsuitzondering blijft het saldo van rentelasten en rentebaten aftrekbaar wanneer, kort gezegd, de financieringsverhouding van de tot een concern behorende belastingplichtige niet onevenredig is ten opzichte van de financieringsverhouding van de groep (het concern) als geheel.

²³ Artikel 4, derde lid, eerste volzin, onderdeel b, en slotzin van ATAD1. Op grond van deze uitzondering blijft het saldo van rentelasten en rentebaten volledig aftrekbaar omdat belastingplichtige geen gelieerde onderneming of vaste inrichting heeft, zodat (overweging 8, derde volzin, van ATAD1) het risico op belastingontwijking beperkt is.

²⁴ Artikel 4, vierde lid, eerste volzin, onderdeel b, en tweede en derde volzin, van ATAD1. Op grond van deze uitzondering blijft het saldo van rentelasten en rentebaten dat ontstaat bij de financiering van bedoelde projecten volledig aftrekbaar omdat (overweging 8, laatste volzin, van ATAD1) een dergelijke financieringsregeling weinig of geen risico op belastingontwijking inhoudt.

²⁵ Memorie van toelichting, paragrafen 2.1.1, eerste tekstblok, en 2.1.2.4, voorlaatste tekstblok.

dat een minder robuuste (dus lichtere) implementatie in andere lidstaten van de Europese Unie (EU) gevolgen kan hebben voor het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat.

De gevolgen van de robuuste implementatie van ATAD1 voor het fiscale vestigingsklimaat dienen naar de mening van het kabinet niet geïsoleerd, maar in samenhang te worden gezien met het totaalpakket aan maatregelen voor het bedrijfsleven, zoals verwoord in het regeerakkoord. Nederland is een aantrekkelijk vestigingsland voor ondernemingen. Daar profiteert Nederland als geheel van door (hoogwaardige) banen, een hogere productiviteit en hogere economische groei. Nederland beschikt onder andere over een goed opgeleide beroepsbevolking die haar talen spreekt, een goede gezondheidszorg, een goede infrastructuur, een betrouwbare overheid, een aantrekkelijk achterland en aantrekkelijke culturele voorzieningen. Ook ons internationaal georiënteerde belastingstelsel is een onderdeel dat mede, maar zeker niet uitsluitend, de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland bepaalt. Het kabinet vindt behoud van het vestigingsklimaat belangrijk. Het is een van de beleidsspeerpunten zoals ook blijkt uit de fiscale beleidsagenda. Het kabinet zet stappen om aantrekkelijk te blijven voor alle ondernemers die ondernemingszin willen omzetten in ondernemerschap. Dat betekent enerzijds dat het kabinet zich richt op ondernemingen met reële activiteiten die zich hier al hebben gevestigd en anderzijds dat het kabinet zich inzet om andere ondernemingen met reële activiteiten naar Nederland toe te halen.

Concreet stelt het kabinet voor de dividendbelasting af te schaffen en de statutaire tarieven in de vennootschapsbelasting in stappen te verlagen. Hier staat tegenover dat deze tariefsverlaging grotendeels wordt gefinancierd door een verbreding van de grondslag waarover bedrijven belasting betalen. De belangrijkste grondslagverbreding betreft de invoering van een generieke renteaftrekbeperking in de vorm van een earningsstrippingmaatregel, in lijn met ATAD1. Het kabinet kiest daarbij voor een invulling die verder gaat dan hetgeen ATAD1 als minimum voorschrijft. In het regeerakkoord is gekozen voor een robuuste vormgeving waardoor met de earningsstrippingmaatregel niet alleen wordt opgetreden tegen grondslaguitholling, maar tevens een meer gelijke fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen wordt bewerkstelligd. Dit laatste betreft een generiek doel waar de facultatieve bepalingen in de earningsstrippingmaatregel uit ATAD1 waar de Afdeling naar verwijst niet bij passen. Ondanks dat generieke streven wil het kabinet bestaande Publiek-Private Samenwerking (PPS)-projecten desalniettemin ontzien, omdat het Rijk (of een lagere overheid) tegelijkertijd partner is van private partijen bij dergelijke projecten en er bij de reeds overeengekomen vergoeding die het Rijk (of een lagere overheid) betaalt op grond van datzelfde partnerschap niet of niet voldoende rekening kan worden gehouden met nieuwe (fiscale) wetgeving.

Het kabinet zet met de voorgenomen robuuste implementatie van de earningsstrippingmaatregel stappen omdat de thans fiscaal gunstige behandeling van vreemd vermogen negatieve gevolgen kan hebben voor de economie als geheel. Een in beginsel niet wettelijk gelimiteerde stimulans om ondernemingsactiviteiten met vreemd vermogen te financieren, leidt namelijk onder meer tot grotere faillissementsrisico's. Met een robuuste earningsstrippingmaatregel wordt dit bestreden en wordt de schokbestendigheid van de Nederlandse economie groter. Verder vervalt met de invoering van deze generieke renteaftrekbeperking de noodzaak voor het in stand houden van enkele specifieke renteaftrekbeperkingen. Met ingang van 1 januari 2019 zal dan ook een aantal

specifieke renteaftrekbepalingen komen te vervallen. De hiermee gepaard gaande vereenvoudiging komt het fiscale vestigingsklimaat ten goede.

De keerzijde van het hiervoor genoemde internationaal georiënteerde belastingstelsel is dat Nederland daarmee onbedoeld ook aantrekkelijk wordt voor structuren om belasting te ontwijken. De aanpak van belastingontduiking en -ontwijking is voor dit kabinet daarom eveneens een beleidsspeerpunt. Het kabinet pakt belastingontwijking aan door (gefaseerd) een bronbelasting op uitgaande dividenden, rente en royalty's naar zogenoemde «low tax jurisdictions» en in misbruiksituaties in te voeren, maar ook door de implementatie van de twee Europese richtlijnen tegen belastingontwijking. In dat kader wijst het kabinet op de «Controlled Foreign Companies» (CFC)-maatregel die is opgenomen in dit wetsvoorstel. Enerzijds wordt daarbij aangesloten bij het bestaande instrumentarium. Anderzijds wordt een aanvullende CFC-maatregel ingevoerd die van toepassing is in geval van CFC's in staten zonder winstbelasting dan wel met een statutair winstbelastingtarief van minder dan 7% of in staten die zijn opgenomen op de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden. De maatregel geldt niet als bij de CFC sprake is van een «wezenlijke economische activiteit». Op die manier wordt impact voorkomen voor in Nederland gevestigde ondernemingen met reële activiteiten in het buitenland.

Het kabinet erkent dat het zowel ten aanzien van de earningsstripping-maatregel als de aanvullende CFC-maatregel verder gaat dan waartoe Nederland strikt genomen gehouden is. Doordat het totaalpakket aan maatregelen uit het regeerakkoord echter dienstbaar is aan beide hiervoor genoemde – nevensgeschikte – beleidsspeerpunten, wordt naar de mening van het kabinet duidelijk onderstreept dat het nog steeds – en nadrukkelijk – oog heeft en houdt voor een zo aantrekkelijk mogelijk fiscaal vestigingsklimaat voor Nederlandse ondernemingen.

3. Algemene antimisbruikmaatregel

*Volgens de toelichting op het voorstel wordt het doel dat ATAD1 beoogt met de algemene antimisbruikmaatregel al bereikt met het in de jurisprudentie ontwikkelde leerstuk *fraus legis* (zie ook punt 1d hiervoor). De toelichting stelt dat om die reden de antimisbruikmaatregel geen specifieke implementatie behoeft²⁶: de Wet Vpb 1969 wordt dan ook niet aangepast. De Afdeling merkt hier het volgende over op.*

De zogenoemde Moeder-dochterrichtlijn uit 2015 kent ook een antimisbruikmaatregel.²⁷ Deze antimisbruikmaatregel komt qua bewoordingen (bijna) volledig overeen met de antimisbruikmaatregel uit ATAD1 en is wél geïmplementeerd in de Wet Vpb 1969.²⁸ Dit roept de vraag op waarom dat met de antimisbruikmaatregel uit ATAD1 niet gebeurt, te meer omdat het opnemen van die antimisbruikmaatregel in de Wet Vpb 1969 duidelijkheid biedt aan belastingplichtigen. De toelichting gaat niet in op de reden voor het verschil in de wijze van implementatie.

²⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 2, tweede tekstblok.

²⁷ Artikel 1 van Richtlijn (EU) 2015/121 van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB 2015, L 21).

²⁸ Artikel 17, derde lid, onderdeel b, van de Wet Vpb 1969.

De Afdeling adviseert in de toelichting het verschil in de wijze van implementatie van beide antimisbruikmaatregelen overtuigend te motiveren en, indien dit niet mogelijk is, de antimisbruikmaatregel uit ATAD1 in de Wet Vpb 1969 op te nemen.

3. Algemene antimisbruikmaatregel

De Afdeling vraagt aandacht voor het verschil in de wijze van implementatie van de algemene antimisbruikbepaling, de zogenoemde «general anti-abuse rule» (GAAR), uit ATAD1 en de sinds 2015 door middel van een wijzigingsrichtlijn²⁹ in de Moeder-dochterrichtlijn³⁰ opgenomen antimisbruikbepaling die tekstueel op elkaar lijken. Conform het advies van de Afdeling is de memorie van toelichting op dit punt aangevuld.

Verder is van de gelegenheid gebruikgemaakt om enkele redactionele wijzigingen aan te brengen in het voorstel van wet en de memorie van toelichting. Verder is een omissie hersteld in het voorstel van wet en de memorie van toelichting om te regelen dat, zoals ATAD1³¹ ook vereist, de earningsstrippingmaatregel ook geldt met betrekking tot in Nederland gelegen vaste inrichtingen van hoofdhuizen in het buitenland. Ten slotte is ook van de gelegenheid gebruikgemaakt om de memorie van toelichting ten aanzien van de gevolgen van de earningsstrippingmaatregel op langlopende openbare-infrastructuurprojecten en woningcorporaties in overeenstemming te brengen met de augustusbesluitvorming.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De waarnemend vice-president van de Raad van State,
S.F.M. Wortmann

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Staatssecretaris van Financiën,
M. Snel

²⁹ Richtlijn 2015/121/EU van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2015, L 21).

³⁰ Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2011, L 345).

³¹ Overweging 4 van ATAD1.