

# Fiscaliteiten

Mr. E.C.C.M. Kemmeren

## 1 Nieuwe notitie over internationaal fiscaal (verdrags)beleid

Op 15 april 1998 heeft Staatssecretaris Vermeend de notitie *'Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen)recht'* naar de Tweede Kamer gezonden.<sup>1</sup> Zij bevat een aantal aspecten die ook van belang zijn voor de accountant die in grensoverschrijdende situaties met de fiscaliteit in aanraking komt. Deze notitie is een vervolg op de notitie *'Internationaal fiscaal (verdrags)beleid'*.<sup>2</sup> In die notitie zou een aantal ontwikkelingen sinds het uitbrengen van de notitie *'Algemeen fiscaal verdragsbeleid'* worden geschetst.<sup>3</sup> De Tweede Kamer was over de notitie uit 1996 niet te spreken. Dit was ook niet verwonderlijk. De Staatssecretaris had zich in een korte notitie beperkt tot wat oppervlakkigheden en open deuren. Alsof er sinds 1987 niets of nauwelijks wat was veranderd in (de omgeving van) het internationaal belastingrecht. Zo werd in de notitie niet of nauwelijks ingegaan op de invloed van het EG-recht, electronic commerce en de aanpak van verdragsmisbruik. Ook gewijzigde posities van Nederland in de verdragsonderhandelingen kwamen niet voldoende aan bod. Kortom, het huiswerk moest worden overgedaan.

De Staatssecretaris heeft besloten het Nederlandse Standaardverdrag uit 1987 (hierna: NSV) niet te actualiseren. Dit is te betreuren. Een actualisering zou de toegankelijkheid tot het Nederlandse verdragsbeleid hebben vergroot,<sup>4</sup> overigens niet alleen voor niet-specialisten. Nu wordt de informatie te versnipperd aangeboden. Binnen het kader van deze rubriek is het niet mogelijk om uitgebreid op alle aspecten van de

notitie in te gaan. Ik zal mij daarom tot een tweetal punten beperken: transfer pricing en internationale holding- en kasgeldconstructies.

### 1.1 Transfer pricing krijgt meer aandacht

Transacties tussen gelieerde ondernemingen dienen aan het 'arm's length'-beginsel te voldoen. Dat wil zeggen dat gelieerde ondernemingen met elkaar zaken behoren te doen op basis van voorwaarden die in vergelijkbare situaties ook tussen onafhankelijke derden zouden zijn overeengekomen. Dit beginsel ligt zowel in de Nederlandse belastingwet (artikel 7 Wet op de inkomstenbelasting 1964) als in de Nederlandse belastingverdragen besloten (in bepalingen vergelijkbaar met artikel 7, lid 2 en artikel 9, lid 1 NSV). Het is echter vaak een probleem om een (goede) vergelijkingsmaatstaf te vinden teneinde te beoordelen of een prijs als aanvaardbaar is aan te merken. Binnen de OESO is en wordt daarover breed gediscussieerd.

Naast de traditionele methoden die betrekking hebben op de prijs per transactie (de 'comparable uncontrolled price method' die de voorkeur verdient boven de 'cost plus' en de 'resale minus methods') wordt het onder omstandigheden ook acceptabel geacht om methoden te hanteren die (meer) gebaseerd zijn op een vergelijking met de op specifieke transacties behaalde *winst* (de

---

Mr. E.C.C.M. Kemmeren is universitair docent aan het Fiscaal Instituut Tilburg van de Katholieke Universiteit Brabant en tevens als wetenschappelijk adviseur verbonden aan Moret Ernst & Young Belastingadviseurs te Rotterdam.

'profits split method', met name voor transacties die dermate met elkaar verweven zijn dat zij niet los van elkaar kunnen worden gezien, en de 'transactional net margin method'). Deze wijziging is voornamelijk een gevolg van zware Amerikaanse druk. Er zal meer aandacht worden besteed aan een functionele analyse (welke waarde moet aan een bepaalde functie van een onderneming in het geheel worden toegekend), vergelijkbaarheidsonderzoeken en de noodzaak tot samenwerking tussen de belastingadministraties.

Dat de aandacht van de Nederlandse fiscus voor transfer pricing toeneemt, blijkt ook wel uit de instelling per 1 februari 1998 van de Coördinatiegroep Verrekenprijzen. Zij zal een aanspreekpunt voor de Belastingdienst en het Ministerie van Financiën vormen, beleid gericht op het voorkomen van uitholling van de Nederlandse heffingsgrondslag door middel van transfer pricing voorbereiden, de uitvoering van het beleid coördineren en ondersteunen, aan beleidsvorming in internationaal verband meewerken, Advance Pricing Agreements beoordelen, en een belangrijke rol bij opleidingen spelen. Het is goed en passend binnen een steeds verdergaande globaliserende economie dat de fiscus kennis, inzichten en vaardigheden bundelt. Dit had wellicht al eerder dienen te gebeuren, zeker indien men bedenkt dat internationaal opererende ondernemingen zich reeds langer door transfer pricing-specialisten kunnen laten bijstaan. Aan de andere kant mag men hopen dat de installatie van de Coördinatiegroep niet leidt tot stroperige besluitvorming bij de fiscus, iets dat men in de praktijk na de introductie van andere Coördinatiegroepen wel eens ziet gebeuren. Aangenomen mag worden dat de toenemende aandacht van de fiscus voor transfer pricing aanleiding zal geven tot meer conflicten en dientengevolge tot meer gerechtelijke procedures dan tot nu toe. Het zal voor ondernemingen nog meer dan voorheen zaak zijn de bewijsvoering voor een aanvaardbare prijsstelling bij voorbaat goed op orde te hebben.

### *1.2 Fiscus legt zich neer bij internationale holding- en kasgeldconstructies?*

Via een internationale holding- of kasgeldconstructie poogt een in het buitenland gevestigde aandeelhouder dividenden uit een in Nederland gevestigde vennootschap - waarover Nederland

op grond van een belastingverdrag meestal een beperkt heffingsrecht heeft (meestal variërend van 5% tot 15%) - 'om te katten' in een vervreemdingswinst op aandelen, waarover Nederland meestal geen heffingsrecht heeft. Bij een holdingconstructie, bijvoorbeeld, verkoopt de aandeelhouder X zijn aandelen in Werk BV tegen schuldigerkenning aan een nieuwe Holding BV, waarvan X ook de aandeelhouder is. Zowel Werk BV als Holding BV is in Nederland gevestigd. X is gevestigd in een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten. Werk BV keert vervolgens alle door haar in het verleden ingehouden winsten als dividend aan Holding BV uit. Dit dividend wordt bij Holding BV niet belast op grond van het feit dat er sprake is van meegekocht dividend. Vervolgens lost Holding BV uit dit dividend haar schuld aan X af.

In het verleden heeft de Belastingdienst tot bij de Hoge Raad geprobeerd om deze constructie met behulp van *fraus legis* en *fraus conventionis* te bestrijden. De Hoge Raad was echter niet bereid om het materiële economische resultaat (dividend) voorrang te geven boven het formeel fiscaal-juridische resultaat (vervreemdingswinst).<sup>5</sup> X kan de Nederlandse belastingclaim in het algemeen vrij eenvoudig van zich afschudden. Dit, mijns inziens, ongewenste resultaat is vrijwel steeds voorhanden indien X een in een verdragsland gevestigde vennootschap is. Dit betekent dat X in dat geval noch met dividend- noch met vennootschapsbelasting kan worden geconfronteerd. Indien X een natuurlijke persoon is, dan geldt dat X de heffing van dividend- en inkomstenbelasting kan voorkomen, tenzij er in het desbetreffende verdrag een emigratiebepaling is opgenomen zoals bijvoorbeeld in artikel 13 § 5 van het huidige verdrag Nederland-België. In dat geval mag een Nederlander die naar België is geëmigreerd en die zijn tot een aanmerkelijk belang (hierna: AB) behorende aandelen binnen vijf jaar na emigratie vervreemdt, voor de vervreemdingswinst door Nederland met inkomstenbelasting worden belast. Wie vijf jaar kan wachten voorkomt ook deze heffing.

In de notitie lijkt de Staatssecretaris het moede hoofd in de schoot te hebben gelegd. Volgens hem zijn de constructies niet langer aantrekkelijk gezien het sinds 1 januari 1997 geldende nieuwe AB-regime en de weerslag daarvan in het Nederlandse verdragsbeleid. De rechtspraak van de

Hoge Raad heeft volgens hem voor wat betreft het Nederlandse verdragsbeleid in de praktijk in belangrijke mate haar betekenis verloren.

Deze stellingname is toch wel opvallend te noemen. Zonder alle aspecten hier te kunnen behandelen, maak ik toch een paar opmerkingen. Indien X in het hierboven gegeven voorbeeld een vennootschap is, wordt haar positie door het nieuwe AB-regime niet of nauwelijks gewijzigd. Bij de meest recente wijziging van de Belastingregeling voor het Koninkrijk heeft de Staatssecretaris zijn hakken ten aanzien van deze constructies door aandeelhouders/niet-natuurlijke personen nog eens flink in het zand gezet.<sup>6</sup> Heeft hij deze positie nu verlaten of geeft de huidige notitie op dit punt (nog steeds) geen volledig beeld? Onder het nationale nieuwe AB-regime worden dividenden en vreemdingswinsten weliswaar in hoge mate hetzelfde behandeld maar op verdragsniveau is dit niet het geval. Ten aanzien van dividenden bestaat voor Nederland vrijwel steeds een beperkt heffingsrecht, terwijl een heffingsrecht voor vreemdingswinsten meer uitzondering is, ook na de in de notitie neergelegde wens tot uitbreiding van de emigratiebepaling van vijf naar tien jaar. Verder is het nog maar de vraag of de bij het nieuwe AB-regime ingevoerde emigratieheffing door middel van een conserverende aanslag de test van het EG-recht kan doorstaan. Het ware wellicht beter geweest om in het verdragsbeleid daarmee rekening te houden door te proberen in verdragen met EG-Lidstaten een soort vangnetbepaling op te nemen, bijvoorbeeld door een soort compartimenteringsbepaling op te nemen waardoor een deel van de vervreemdingswinst aan Nederland wordt toegewezen op het moment dat de AB-aandelen *daadwerkelijk* worden vervreemd dan wel dat de aandeelhouder naar een niet-EG-Lidstaat 'doormigreert'. Een afdoende bepaling inzake bijstand bij de invordering zou de regeling zonodig kunnen completeren.

## 2 'Nominaal gestort kapitaal' geldt niet altijd voor buitenlandse participaties

De toepassing van de deelnemingsvrijstelling is onder andere afhankelijk gesteld van het formele criterium dat de belastingplichtige 'voor ten minste vijf percent van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is' (artikel 13 lid 2, onderdeel a Wet op de vennootschapsbelasting 1969). Hoewel

de tekst van de wet duidelijk lijkt te zijn, neemt de Hoge Raad in zijn arrest van 11 maart 1998, V-N 1998/15.27, toch de vrijheid om het criterium van 'het nominaal gestorte kapitaal' ter zake van een buitenlandse participatie los te laten.

X BV hield aandelen in X Inc., een naar het recht van de Amerikaanse staat Delaware opgerichte vennootschap. Het maatschappelijk kapitaal van X Inc. was in drie soorten aandelen verdeeld: 8.878 preferente, in gewone aandelen converteerbare, aandelen A, zonder nominale waarde, zonder stemrecht, rechtgevend op preferent maar niet-cumulatief dividend van 12% en bij liquidatie of inkoop rechtgevend op \$ 10.000 per aandeel; 3.000 preferente aandelen B met een nominale waarde van \$ 1.000 zonder stemrecht; en 38.650 gewone aandelen zonder nominale waarde, met stemrecht en rechtgevend op een achtergesteld dividend. X BV bezat in X Inc.: 100 gewone aandelen waarop in totaal \$ 1 was gestort; en alle 3000 preferente aandelen B waarop het nominale bedrag van \$ 3.000.000 en een agio van \$ 2.225.000 was gestort. X BV hield 6,1352% van het totaal uitstaande aantal aandelen. Op die aandelen was \$ 5.225.001 gestort, zijnde 2,4757% van het totaal gestorte kapitaal. De overige aandelen in X Inc. werden door X Ltd. gehouden, die tevens alle aandelen in X BV hield. X BV wenste een verlies op de aandelen in X Inc. ten laste van de winst te brengen, terwijl de inspecteur daarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing achtte, waardoor het verlies fiscaal buiten beschouwing diende te blijven. Het Hof paste de deelnemingsvrijstelling toe.<sup>7</sup>

Het criterium 'de gerechtigdheid tot ten minste vijf percent van nominaal gestort kapitaal' is volgens ons hoogste rechtscollege klaarblijkelijk geënt op het Nederlandse vennootschapsrecht, waarin iedere NV of BV een nominaal gestort kapitaal heeft en de aandelen zijn uitgedrukt in gedeelten daarvan. Hetzelfde formele criterium geldt in beginsel ook ten aanzien van buitenlandse participaties. Het is echter *niet* van toepassing indien het voor de buitenlandse vennootschap geldende vennootschapsrecht niet, of slechts in beperkte mate, het hiervóór vermelde kenmerk van Nederlands vennootschapsrecht vertoont. Zo zal het Nederlandse criterium niet zonder meer kunnen worden toegepast indien de door buitenlands recht beheerste vennootschap,

overeenkomstig dat recht, aandelen heeft uitgegeven zonder vermelding van het daarmee corresponderende gedeelte van het kapitaal, of aandelen waarop wel een nominaal bedrag is vermeld, maar zonder dat dit bedrag correspondeert met een bepaald gedeelte van het kapitaal. Gezien de tekst van artikel 13 en de wetsgeschiedenis heeft de wetgever aandelen in een buitenlandse vennootschap die geen nominale waarde kennen, niet van toepassing van de deelnemingsvrijstelling willen uitsluiten, evenmin heeft de wetgever de deelnemingsvrijstelling voor buitenlandse participaties in vergelijking met Nederlandse participaties willen beknotten, aldus de Hoge Raad. In zo'n situatie moet worden gezocht naar de grootheid of de grootheden in het toepasselijke vennootschapsrecht die het Nederlandsrechtelijke begrip nominaal gestorte kapitaal zo dicht mogelijk benaderen. Het Hof waarnaar de zaak verwezen is, zal dit dienen te onderzoeken.

Het Hof zal daarbij niet zonder meer bij HR 19 maart 1958, BNB 1958/184 kunnen aansluiten. Uit dit arrest is af te leiden dat, destijds, het 'stated' of 'legal capital' volgens het recht van de staat Delaware een functie vervult die overeenkomt met die van het nominale *geplaatste* kapitaal in het Nederlandse vennootschapsrecht. Het Hof zal ook nog een vertaalslag moeten maken naar het nominaal *gestorte* kapitaal. In dit verband zij gewezen op Hof Den Haag 14 januari 1966, BNB 1966/184 dat besliste dat onder nominaal gestort kapitaal moet worden verstaan het in aandelen verdeelde geplaatste kapitaal voorzover daarop het nominale bedrag is voldaan. Nu de desbetreffende aandelen in het arrest van 11 maart 1998 geen nominale waarde kennen, is deze uitspraak in die casus niet toepasbaar, maar tegen de achtergrond van deze uitspraak zou het 'stated' of 'legal capital' dat als gestort kan worden aangemerkt een aanknopingspunt voor verdere beslissing kunnen zijn.

De Staatssecretaris heeft reeds in 1988 laten weten dat naar zijn oordeel het ontbreken van nominale waarde van aandelen de toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet verhindert.<sup>8</sup> In zoverre bevestigt het arrest van 11 maart 1998 het standpunt van de Staatssecretaris. Hij sluit voor de bepaling van het percentage van de deelne-

ming echter aan bij het aantal door de belastingplichtige gehouden aandelen in de vennootschap in verhouding tot het totaal van de door de vennootschap uitgegeven aandelen, mits alle aandelen met betrekking tot winstverdeling, verdeling van stille reserves en stemrechten gelijk zijn gerechtigd. In het arrest van 11 maart jl. waren er echter drie soorten aandelen die per soort verschilden wat betreft winstverdeling, verdeling van de stille reserves en/of stemrecht.

Gezien dit arrest legt de Hoge Raad in casu een andere maatstaf aan dan de Staatssecretaris. Het blijft afwachten wat de uiteindelijke uitkomst zal zijn, maar het is wel duidelijk dat de Hoge Raad hiermee het toepassingsgebied van de deelnemingsvrijstelling in internationale verhoudingen voorbij de tekst van de wet heeft uitgebreid en wel op een manier die, mijns inziens, recht doet aan de internationale context waarin de deelnemingsvrijstelling haar rol speelt. Het ware echter nog wenselijker geweest dat de wetgever de juridische inrichting van de deelnemingsvrijstelling meer op de internationale context zou hebben afgestemd, waardoor de Hoge Raad dichter bij de tekst van de wet had kunnen blijven.

---

#### NOTEN

1 Kenmerk IFZ97/1318 MK.

2 Notitie van 2 oktober 1996, nr. IFZ96/741, V-N 1996, p. 4011.

3 Notitie Algemeen fiscaal verdragsbeleid, Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20 365, nrs. 1-2.

4 Vergelijk het ge-update modelverdrag van de Verenigde Staten en het begeleidende commentaar van 20 september 1996.

5 Zie HR 15 december 1993, BNB 1994/259, HR 29 juni 1994, BNB 1994/293 en 294, en HR 15 maart 1995, BNB 1995/150.

6 Zie bijvoorbeeld Memorie van antwoord, Eerste Kamer, vergaderjaar 1996-1997, 24 583 (R 1564), nr. 26, p. 4 en Nadere memorie van antwoord, Eerste Kamer, vergaderjaar 1996-1997, 24 583 (R 1564), nr. 26c, pp. 2-3.

7 In geval van een dividend of een vervreemdingswinst zou X BV bij toepassing van de deelnemingsvrijstelling natuurlijk zijn gebaat.

8 V-N 17 december 1988, p. 3149.