

Mr. M.J. Ellis

Multinationale ondernemingen en fiscus

1 Inleiding

In dit artikel zullen enkele belangrijke fiscale omstandigheden worden behandeld, die de Nederlandse multinationale onderneming confronteren. Daarbij wordt de nadruk gelegd op de Nederlandse fiscaliteit; ook enkele – in Nederlandse ogen – ongebruikelijke buitenlandse belastingregels komen aan de orde.

Uitgangspunt is de Nederlandse multinationale onderneming: daarmee wordt in dit verband bedoeld een groep maatschappijen waarvan de topvennootschap – waarvan de aandelen niet in meerderheid berusten bij een andere vennootschap – in Nederland is gevestigd en wier activiteiten zich over meerdere landen uitstrekken.

Hoewel in vele gevallen de aandelen van Nederlandse multinationale ondernemingen via een of meerdere effectenbeurzen over een grote groep aandeelhouders zijn verspreid, zal ook aandacht worden besteed aan die vennootschappen, waarin een of enkele aandeelhouders (natuurlijke personen of vennootschappen) een groot belang bezitten. Ook van deze multinationals kent Nederland er vele.

2 Vestigingsplaats

Aangezien in de hierna volgende uiteenzetting het begrip ‘vestigingsplaats’ geregeld zal voorkomen en een centrale plaats inneemt, lijkt het wenselijk deze term nader te definiëren. Voor de toepassing van de Nederlandse fiscale wetten geldt dat de plaats van vestiging van een vennootschap ‘naar omstandigheden beoordeeld’ wordt (artikel 4 Algemene Wet Rijksbelastingen). Door de rechtspraak is daarbij als veruit het belangrijkste criterium ontwikkeld de plaats van de dagelijkse, werkelijke leiding van de vennootschap, meestal aangeduid als ‘feitelijke vestigingsplaats’.

Daarnaast geldt voor de in dit verband belangrijkste wetten als de Wet op de vennootschapsbelasting van 1969 (Wet Vpb) en de Wet op de dividendbelasting van 1965 (Wet Div. bel.), dat een vennootschap die naar Nederlands recht is opgericht voor de toepassing van deze wetten altijd als in Nederland gevestigd zal worden beschouwd (artikel 2 lid 4 Wet Vpb en artikel 1 lid 3 Wet Div. bel.; het zogenaamde ‘oprichtingscriterium’). De Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 (WBR) kent in artikel 33 ook een aanvullende defi-

nitie van vestigingsplaats: Een vennootschap waarvan zich de statutaire zetel in Nederland bevindt wordt geacht in Nederland te zijn gevestigd, tenzij de feitelijke zetel zich in een andere Lid-Staat van de EG bevindt (statutaire zetel-criterium).

Hoewel in veruit de meeste gevallen de drie vestigingsplaatsen samenvallen, komen in rechtspraak en literatuur in toenemende mate gevallen aan de orde waarin twee, soms zelfs drie, vestigingscriteria tot verschillende uitkomsten leiden. Soms is daarbij sprake van een fiscale opzet, vaak echter ook niet.

Zo hebben verscheidene ondernemingen, geconfronteerd met toenemende regulering van vennootschapsrecht – met name op gebieden als structuurregeling, kapitaalbescherming en publikatieplicht – bewust gekozen voor een niet naar Nederlands recht opgerichte vennootschap als topholding. Als de feitelijke vestigingsplaats van deze vennootschap in Nederland is wordt zij in fiscaal opzicht bijna volledig gelijkgesteld met de naar Nederlands recht opgerichte vennootschap. Een soortgelijke structuur wordt ook wel gekozen om niet-Europese belangen te beschermen tegen mogelijk oorlogsgevaar in Europa.

Fiscaal kan de combinatie interessant zijn omdat het voor een niet naar Nederlands recht opgerichte vennootschap mogelijk is, door verplaatsing van de werkelijke leiding een einde te maken aan haar vennootschapsbelastingplicht en de verplichting Nederlandse dividendbelasting in te houden op haar dividenden. Daarbij dient echter wel direct aangetekend te worden, voor wat de vennootschapsbelasting betreft, dat een dergelijke 'emigratie' in de meeste gevallen afrekening over de stille reserves zal meebrengen; omgekeerd heeft de Staatssecretaris van Financiën publiekelijk aanvaard¹, dat een buitenlandse vennootschap, waarvan de feitelijke vestigingsplaats naar Nederland wordt overgebracht, bij de aanvang van haar belastingplicht hier te lande een 'stepped up basis' krijgt, dat wil zeggen haar activa en passiva op de waarde in het economisch verkeer op dat ogenblik moet waarderen. Met betrekking tot de dividendbelasting is aangekondigd,² dat een wetsontwerp in voorbereiding is dat bij 'emigratie' een vorm van afrekenen zal vereisen. Vele andere landen hanteren voor de binnenlandse (onbeperkte) belastingplicht dezelfde criteria als Nederland: zowel het criterium van feitelijke leiding als dat van oprichting hebben onbeperkte belastingplicht tot gevolg. Dit kan uiteraard leiden tot dubbele belastingplicht: Indien bijvoorbeeld een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap feitelijk bestuurd wordt vanuit Engeland³, is de vennootschap in beide landen onbeperkt belastingplichtig. In deze situatie kan een belastingverdrag uitkomst bieden: De meeste verdragen volgen in dit opzicht artikel 4 lid 3 van het OESO-model⁴, inhoudende dat bij 'dubbele vestigingsplaats' van vennootschappen voor de toepassing van het verdrag de plaats van werkelijke leiding doorslaggevend is.

3 De deelnemingsvrijstelling

In de fiscale omgeving van de Nederlandse multinationale onderneming staat de deelnemingsvrijstelling centraal. Deze is neergelegd in artikel 13 van

de Wet Vpb en houdt in dat voordelen, behaald door een vennootschap (de 'moedervennootschap') uit hoofde van haar deelneming in een andere vennootschap (de 'dochtervennootschap' of 'deelneming') bij het bepalen van de fiscale winst van de moedervennootschap buiten aanmerking blijven. De hoofdlijnen van deze regeling:

- Het begrip 'voordelen' omvat naast echte en verkapte dividenden vervreemdings- en reorganisatievoordelen. Daarnaast omvat het ook negatieve voordelen als afboekingen en vervreemdingsverliezen.
- Het begrip 'deelneming' is omschreven als een belang van tenminste 5 % in een aandelenvennootschap. Indien deze laatste in Nederland gevestigd is, zijn er verder geen beperkingen; is de dochtervennootschap niet in Nederland gevestigd, dan gelden de additionele eisen dat de vennootschap onderworpen moet zijn aan een belasting naar de winst, en dat het aandelenbezit niet als een belegging moet worden beschouwd.
- De deelnemingsvrijstelling geldt slechts indien de moedervennootschap een deelneming in de dochtervennootschap heeft gehad sinds het begin van het betreffende boekjaar van de moedervennootschap. Dit leidt nog wel eens tot problemen bij de oprichting casu quo aankoop van een nieuwe dochtervennootschap.
- Voor deelnemingen in beleggingsinstellingen geldt de deelnemingsvrijstelling niet.
- Op de regel dat verliezen op deelnemingen niet aftrekbaar zijn is de enige uitzondering dat een verlies dat tot uitdrukking komt bij liquidatie van de dochtervennootschap, wel aftrekbaar is.
- Zeer belangrijk voor de multinationale onderneming is de regel in artikel 13, lid 4 Wet Vpb dat kosten die verband houden met een deelneming die geen binnenlandse winst genereert, niet aftrekbaar zijn. Hierdoor wordt de financiering van buitenlandse acquisities met vreemd vermogen zeer onaantrekkelijk.

De niet-aftrekbaarheid van rente op het zogenaamde 'artikel 13 lid 4 leningen' en van verliezen op deelnemingen, maken het vaak aantrekkelijk voor Nederlandse moedervennootschappen om vermogen aan buitenlandse deelnemingen te verschaffen in de vorm van leningen in plaats van eigen vermogen. Op vorderingen is een afboeking immers aftrekbaar als de dochtervennootschap in financiële moeilijkheden geraakt; voorts wordt door financiering met leningen de rentelast verlegd naar de dochter zelf.

Voorts zij aangetekend dat bij de Tweede Kamer op dit ogenblik twee wetsvoorstellen⁵, in behandeling zijn die ingrijpende wijzigingen in de deelnemingsvrijstelling (en daarmee samenhangende fiscale regels) zullen aanbrengen. Beide voorstellen bevatten bijvoorbeeld aanzienlijke beperkingen ten aanzien van de aftrekbaarheid van liquidatieverliezen. Gezien de onzekerheid voor wat betreft inhoud en timing van de uiteindelijke wet – het initiatief-ontwerp bevat enkele elementen die met terugwerkende kracht zouden worden toegepast – wordt op die wetsvoorstellen in het hierna volgende slechts in beperkte mate ingegaan. De lezer dient echter te beseffen dat iedere wijziging van artikel 13 Vpb voor menige multinationale Nederlandse onderneming vérgaande consequenties zal hebben.

4 De vaste-inrichtingsvrijstelling

De vrijstelling voor winst, behaald door een buitenlandse vaste inrichting – het fiscale equivalent van filiaal of bijkantoor – is historisch gezien de voorloper van de deelnemingsvrijstelling en is evenals deze gebaseerd op het beginsel dat dubbele belasting voorkomen dient te worden.

Het begrip ‘vaste inrichting’ is gedefinieerd in artikel 2, lid 4, letters a-c van het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting (ook wel aangeduid als de Eenzijdige Regeling) en in de belastingverdragen. Hoewel deze definities op detailpunten verschillen zijn zij in grote lijnen gelijk. De winst die een Nederlandse multinationale onderneming behaalt via een buitenlandse vaste inrichting behoort in beginsel tot de belastbare winst van de vennootschap, doch is onder bepaalde voorwaarden vrijgesteld van vennootschapsbelasting. De bepaling van deze winst geschiedt – behoudens een enkele uitzondering – op grond van het zogenaamde arm’s length beginsel. De vrijstelling wordt geëffectueerd door de toekenning van een belastingreductie gelijk aan het aan de v.i.-winst toe te rekenen deel van de verschuldigde vennootschapsbelasting (‘aftrek ter voorkoming van dubbele belasting’). Indien de vaste inrichting zich in een niet-verdragsland bevindt is een vereiste voor de vrijstelling dat de winst onderworpen is aan een belasting naar de winst, die door dat land wordt geheven. Omdat de winst van de vaste inrichting tot de belastbare winst van de Nederlandse vennootschap behoort, verlagen vaste inrichting-verliezen deze belastbare winst. Dit is echter aan beperkingen gebonden, zoals hieronder zal worden uiteengezet. Hoewel de deelnemingsvrijstelling en de vaste inrichting-vrijstelling in economisch opzicht veel overeenkomst vertonen, zijn er enkele belangrijke verschillen. Zo is de behandeling van verliezen totaal verschillend; er is geen ‘aanaal bezits-eis’ en ‘beleggingscriterium’ bij vaste inrichtingen; voorts kunnen er grote verschillen optreden bij valuta-fluctuaties. Indien de waarde van een deelneming toe- of afneemt als gevolg van valuta-fluctuaties valt deze koerswinst casu quo dit koersverlies onder de deelnemingsvrijstelling. Bij een vaste inrichting echter is de (in Nederlandse guldens berekende) waardeestijging als gevolg van een opwaardering van de betreffende buitenlandse munteenheid aan vennootschapsbelasting onderworpen terwijl een verlies bij devaluatie aftrekbaar is.

5 Structurering van buitenlandse activiteiten

Bij de structurering van (nieuwe) buitenlandse activiteiten door een Nederlandse multinationale onderneming komen de volgende mogelijkheden aan de orde:

- a een buitenlandse dochtervennootschap;
- b een vaste inrichting;
- c een vaste inrichting van een binnenlandse dochtervennootschap;
- d een vaste inrichting van een andere (bestaande) buitenlandse dochtervennootschap;
- e de ‘tweeling’-vennootschap.

Bij de keuze spelen de volgende fiscale overwegingen een rol.

I Aanloopverliezen

Indien aanzienlijke aanloopverliezen worden verwacht kan structurering via een vaste inrichting of een vaste inrichting van een (in fiscale eenheid gevoegde) binnenlandse dochter aantrekkelijk zijn. Deze aanloopverliezen kunnen dan immers direct ten laste van de winst van de moedermaatschappij worden gebracht. Daarbij gelden echter enkele voorbehouden:

- indien de moedervernootschap casu quo de fiscale eenheid waartoe zij behoort uit een of meer andere vaste inrichtingen in hetzelfde land of andere landen winst geniet, zal in veel gevallen aftrek van aanloopverliezen van de nieuwe vaste inrichting beperkt worden doordat de winst van deze andere vaste inrichtingen slechts vrijgesteld is voor zover zij de geleden verliezen overtreft. Dit is het geval indien de winstgevende vaste inrichting zich bevindt in een land waarmee Nederland geen belastingverdrag heeft, dan wel een belastingverdrag dat voor de berekening van de vrijstelling naar de Nederlandse nationaalrechtelijke bepalingen verwijst. Een voor de fiscus negatief arrest⁶ van de Hoge Raad hield in dat de winst van een vaste inrichting in een land waarmee Nederland een verdrag heeft dat niet een dergelijke verwijzing bevat – en dit zijn vrijwel alle belastingverdragen van vóór 1980 – niet met elders optredende vaste inrichting – verliezen gesaldeerd hoeft te worden.
- zowel voor niet-verdragslanden als voor verdragslanden – met uitzondering van Italië – geldt, dat eventueel latere winst van de vaste inrichting pas vrijgesteld wordt als de verliezen van de afgelopen 8 jaren zijn ingehaald. Deze verliezen moeten extra-comptabel worden bijgehouden (zogenaamde ‘stallingsregeling’). Deze verplichte ‘verliescompensatie’ maakt het aantrekkelijk de vaste inrichting in een dochter om te zetten zodra zij winstgevend dreigt te worden. Mits dit tijdig gebeurt blijft bij deze omzetting de realisatie van stille reserves beperkt; de realisatie leidt tot heffing in Nederland doch in de meeste landen kan de omzetting van een vaste inrichting in een lokale maatschappij ‘geruisloos’ geschieden. Beide wetsontwerpen tot wijziging van de deelnemingvrijstelling willen een eind maken aan dit ‘lek’.

Een ander ‘lek’ dat onder de nieuwe wetgeving zal worden gedicht is de afboeking van aanloopverliezen via de afboeking van vorderingen op een deelneming, gevolgd door omzetting in kapitaal. Deze handelwijze heeft het voordeel dat het verlies op een dergelijke vordering geen ‘buitenlands’ verlies is dat met andere of latere buitenlandse winst gesaldeerd casu quo gecompenseerd hoeft te worden. Door de omzetting in kapitaal wordt later ‘vollopen’ van de afgewaardeerde vordering onder de deelnemingsvrijstelling gebracht. Een nadeel hiervan is dat – anders dan in geval van een vaste inrichting – afwaardering pas fiscaal aanvaard wordt als de dochtervernootschap structureel in een positie is gekomen dat zij haar schulden niet kan terugbetalen. Op de vordering dient bovendien rente te worden vergoed die in Nederland belast is ook al kan de dochter de aftrek (nog) niet realiseren. Ook valuta-perikelen spelen een rol: de vordering kan leiden tot (belastbare)

koerswinst in Nederland of (niet aftrekbaar) koersverlies bij de dochter (het omgekeerde is ook mogelijk!). Bij al te extreme financieringsverhoudingen van de dochter heeft de fiscus nog wel eens succes⁷ met de stelling dat er fiscaal gezien sprake is van verschaffing van eigen vermogen, zodat afwaardering niet tot aftrekbaar verlies leidt.

Een structuur die in het verleden met succes is toegepast⁸ is het onderbrengen van de vaste inrichting bij een afzonderlijke fiscale eenheid dochter. De aanloopverliezen komen ten laste van de fiscale eenheid; als de vaste inrichting winstgevend werd, kon de fiscale eenheid worden verbroken. Onder de oude standaardvoorwaarden bleven de buitenlandse verliezen bij de moedermaatschappij in de 'stalling', en werd de latere winst van de vaste inrichting bij de dochter geheel vrijgesteld. Door aanpassing van de fiscale eenheid-voorwaarden heeft deze handelwijze voor na november 1986 tot stand gekomen fiscale eenheden niet meer het omschreven gevolg: de buitenlandse verliezen komen nu in de 'stalling' bij de dochter.⁹

II Definitieve verliezen

Is er een reëel risico dat de buitenlandse activiteit op een fiasco uitloopt, dan is het – onder de huidige wet – aanbevelenswaardig deze via een buitenlandse of niet tot de fiscale eenheid behorende binnenlandse dochter te structureren. Dan immers kan het eventuele verlies door liquidatie van de deelneming definitief als 'binnenlands' verlies ten laste van de winst worden gebracht. Ook financiering met vorderingen leidt tot dit resultaat; de afwaardering van vorderingen is in zoverre voordeliger omdat dit reeds geëffectueerd kan worden voordat de juridische liquidatie en vereffening van de dochter heeft plaatsgevonden. Zoals hiervoor gemeld kleven aan financiering met vorderingen ook belangrijke nadelen.

Gezien de bestaande onzekerheid met betrekking tot de aftrekbaarheid van liquidatieverliezen en de afwaardering van vorderingen op deelnemingen (het initiatief-wetsontwerp wil beide geheel schrappen, terwijl ook een voorstel voor beperkte aftrekbaarheid ter tafel ligt) kan verwacht worden dat deze overwegingen binnenkort drastisch moeten worden herzien.

III Valutaperikelen

De belangrijkste fiscale reden waarom vele multinationale ondernemingen afzien van het structureren van buitenlandse activiteiten via vaste inrichtingen is het risico van belastbare koerswinsten. Loopt namelijk de koers van de betreffende buitenlandse valuta op, dan moet over het 'eigen vermogen' van de vaste inrichting winst genomen worden, hetzij direct (indien de vaste inrichting veel liquide middelen heeft), hetzij over de loop van meerdere jaren (via afschrijving op vaste activa). De techniek van de vrijstelling vereist namelijk dat de winst van de vaste inrichting, berekend op basis van een guldens-balans in de totaalwinst wordt meegenomen, terwijl de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting berekend wordt op basis van de balans in buitenlandse valuta¹⁰. Het moge duidelijk zijn dat hieruit jaarlijks substantiële koersverschillen kunnen optreden, die volledig belast casu quo aftrekbaar zijn. De oncontroleerbaarheid van dit element leidt tot een voorkeur van structurering via een deelneming.

IV Buitenlands belastingregime

Bij de keuze van de structuur voor de buitenlandse activiteit kan uiteraard het belastingregime in het desbetreffende land een grote rol spelen. Zo kennen bijna alle landen evenals Nederland een dividendbelasting bij de uitkering van winst door een lokale vennootschap, terwijl bij winstovermaking door een lokale vaste inrichting veelal geen uitkeringsbelasting geheven wordt. In dat geval kan – bij een verwachte aanzienlijke dividendstroom – een vaste inrichting voordelig zijn. Ook de oprichtingskosten van een vaste inrichting kunnen aanzienlijk verschillen van die van een lokale vennootschap (kapitaalsbelasting). In een toenemend aantal landen wordt echter van vaste inrichtingen een toeslag op de vennootschapsbelasting geheven in de vorm van een zogenaamde branch tax, die het voordeel van de niet-geheven dividendbelasting compenseert. Een dergelijke branch tax bestaat bijvoorbeeld in de USA, Canada en België.

Weer andere landen hebben voor vaste inrichtingen een geheel ander regime dan voor lokale vennootschappen. Zo kent Engeland voor aldaar gevestigde vennootschappen het systeem van de Advance Corporation Tax; dit is een heffing bij de uitdeling van dividend die door in Engeland gevestigde aandeelhouders kan worden verrekend met hun inkomsten- of vennootschapsbelasting, terwijl ook de uitkerende vennootschap deze betaling mag beschouwen als een voorheffing op de door haar verschuldigde corporation tax. Indien de aandelen van de Engelse vennootschap door een Nederlandse moeder worden gehouden, wordt de ACT op grond van het Nederlands-Engelse belastingverdrag voor de helft teruggegeven, onder inhouding van dividendbelasting. Hierdoor daalt – bij volledige uitkering van winst – de effectieve Engelse belastingdruk van 35 % tot circa 28 %. Een vaste inrichting daarentegen heeft niet het voordeel van de ACT-teruggaaf. Duitsland heft over de uitgedeelde winst van binnenlandse vennootschappen een aanzienlijk lager tarief (36%) dan over niet-uitgedeelde winst (56%); vaste inrichtingen worden onderworpen aan een uniform tarief van 51%.¹¹

Daarnaast kennen vele landen aan binnenlandse vennootschappen bepaalde belastingfaciliteiten toe, die niet gelden voor buitenlands belastingplichtige lichamen; daarbij kan vaak terecht de vraag gesteld worden, of dit strijdig is met de non-discriminatiebepalingen van het betreffende belastingverdrag¹².

Een belangrijke overweging kan zijn, dat het in vele landen wel mogelijk is, 'geruisloos' een vaste inrichting om te zetten in een binnenlandse vennootschap; het omgekeerde is vrijwel nooit mogelijk. Dit kan aanleiding zijn om met een vaste inrichting te beginnen en later, afhankelijk van de resultaten, deze om te zetten in een dochtermaatschappij.

V Mogelijke vervreemding

Indien het in de lijn der verwachtingen ligt, dat na enige tijd de buitenlandse activiteit geheel of gedeeltelijk aan anderen zal worden overgedragen, lijkt het minder raadzaam om met een vaste inrichting van start te gaan. Immers, bij vervreemding van (een deel van) de vaste inrichting zal in het algemeen afgerekend dienen te worden over de eventueel aangegroeide goodwill en

stille reserves; bevindt de buitenlandse activiteit zich in een deelneming, dan zal het in het algemeen mogelijk zijn, aandelen daarin te vervreemden zonder belastingheffing — in Nederland geldt onder de genoemde voorbehouden de deelnemingsvrijstelling — terwijl de Nederlandse aandeelhouder op grond van de meeste Nederlandse belastingverdragen beschermd wordt tegen eventuele heffing in het andere land. Ook latere toelating van derden door emissie van nieuwe aandelen is eenvoudiger te realiseren bij een dochtermaatschappij dan bij een vaste inrichting.

VI Renteaftrek

Indien de acquisitie van, dan wel het beginnen met de buitenlandse activiteit met vreemd vermogen wordt gefinancierd, is van eminent belang, dat de groep de betaalde rente ten laste van belaste winst kan brengen. Vaak is financiering met vreemd vermogen gewenst om het lokale valutarisico te beperken. Dit aspect kan van doorslaggevend belang zijn bij de structurering van de buitenlandse activiteit.

Bij de verwerving van een buitenlandse deelneming bijvoorbeeld zal, indien de Nederlandse maatschappij het benodigde bedrag inleent, de rente op grond van artikel 13 lid 4 Wet Vpb niet aftrekbaar zijn. De renteaftrek moet dan op andere wijze verwezenlijkt worden, bijvoorbeeld door de oprichting van een lokale houdstermaatschappij die de lening aangaat en met de aldus verkregen fondsen de deelneming verwerft: de houdstermaatschappij kan in vele landen de rentelast via een fiscale eenheid of langs andere weg aftrekken van de door de dochter behaalde belastbare winst. Deze techniek kan met succes worden toegepast in Duitsland, Engeland en de Verenigde Staten. In België en Frankrijk echter werkt hij niet; daar moet naar andere wegen worden gezocht om de renteaftrek te realiseren. Kiest men voor de vaste inrichting, dan is van wezenlijk belang of het land, waar de vaste inrichting is gevestigd, de toerekening van de schuld — en dus van de daarop drukkende rente — aan de vaste inrichting zal accepteren. Bij het Nederlands hoofdhuis immers zal de renteaftrek in mindering worden gebracht op de buitenlandse winst van deze vaste inrichting, en eventueel zelfs op de winst van andere buitenlandse vaste inrichtingen. Ook zal men rekening moeten houden met eventuele bronbelasting.

Een bijzonder ingenieuze structuur die aan de Nederlandse rechter is voorgelegd is te vinden in een recent arrest van de Hoge Raad¹³: Een Nederlandse moedermaatschappij had haar buitenlandse vaste inrichting gestructureerd via een in fiscale eenheid gevoegde Nederlandse dochtermaatschappij. Het door de dochter benodigde vermogen was door de moeder uit eigen vermogen aan haar geleend. De rente op deze lening werd door de vaste inrichting bij de bepaling van haar lokale winst afgetrokken, terwijl in de Nederlandse fiscale eenheid de rente werd weggeconsolideerd en dus niet tot belastingheffing leidde. De Hoge Raad sanctioneerde de constructie; de Staatssecretaris van Financiën introduceerde in november 1986 de 17e standaardvoorwaarde voor de fiscale eenheid, die het fiscale voordeel elimineert.

Een ander in de literatuur bekend arrangement waarbij de rente zelfs tweemaal wordt afgetrokken is de zogenaamde 'dual resident' structuur, ook wel aangeduid als 'Delaware link'. Deze schijnt vooral tussen de USA en

Engeland meerdere malen te zijn toegepast. Een US moedermaatschappij richt een 100% US-dochter op, met een klein eigen vermogen. Deze dochter wordt fiscaal in Engeland gevestigd en krijgt aldus een dubbele woonplaats: de vennootschap is onbeperkt belastingplichtig in beide landen. De 'dual resident company' leent van een derde geld, waarmee een Engelse deelneming wordt gekocht. Het aantrekkelijke van deze figuur is, dat de vennootschap in beide landen in een fiscale eenheid wordt opgenomen en in beide fiscale eenheden de rente ten laste van overige belastbare winst kan brengen. De Amerikaanse en Engelse wetgever hebben hiertegen wettelijke maatregelen genomen; bovendien werd het US-UK belastingverdrag aangepast waardoor 'dual resident companies' in een zeer ongunstige positie kwamen te verkeren. Nu de Hoge Raad heeft uitgemaakt¹⁴ dat een naar Nederlands recht opgerichte dochtermaatschappij tot een fiscale eenheid kan behoren, ook als de vennootschap feitelijk in een ander land gevestigd is, zou het bovenstaande voorbeeld – behoudens de recente Engelse wetswijziging – ook voor een Nederlandse moedermaatschappij kunnen werken.

Indien noch in Nederland, noch in het land waar de nieuwe activiteit wordt gestart, renteaftrek kan worden verkregen kan het interessant zijn, de buitenlandse activiteit te structureren via een dochtermaatschappij in een derde land. De bepaling van artikel 13 lid 4 Wet Vpb is nogal uniek; in vrijwel alle landen is rente betaald op een lening die gebruikt wordt om een buitenlandse deelneming te kopen, volledig aftrekbaar. Soms geldt daarbij wel de beperking, dat de rente gesaldeerd moet worden met eventueel binnenkomende, vrijgestelde dividenden. Bij een dergelijke structuur moeten wel enkele aspecten zorgvuldig worden afgewogen:

- Slechts enkele landen kennen zoals Nederland een vrijstelling voor vermogenswinsten behaald bij de vervreemding van buitenlandse deelnemingen. Door de buitenlandse deelneming te doen houden door een dochter in een derde land loopt men dus het risico, een latente belastingclaim op de stille reserves op te bouwen. Dit kan in sommige gevallen worden vermeden door met twee of meer soorten aandelen te werken.
- Het via een derde land lopen van de dividendstroom zal vrijwel altijd niet-verrekenbare, extra bronbelasting met zich meebrengen.
- Het effect van valutaschommelingen en de belastingheffing daarover kunnen het beoogde belastingvoordeel fors eroderen.

VII Goodwill

Bij de acquisitie van een buitenlands bedrijf worden soms grote sommen betaald voor goodwill. In slechts weinig landen is het mogelijk, deze ten laste van de fiscale winst af te schrijven.

Het kan daarom aantrekkelijk zijn, de acquisitie zo te structureren, dat de goodwill-afschrijving ten laste van Nederlandse winst kan worden gebracht. Om dit te bereiken moet gedacht worden aan een vaste inrichting-structuur, waarbij de vaste inrichting de buitenlandse activa/passiva verwerft (bij een deelneming leidt door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling afschrijving van de goodwill niet tot belastingreductie). Voor zover de goodwill-afschrijving de winst van de vaste inrichting overtreft, kan hij ten laste van het Nederlandse resultaat worden gebracht, met de hiervóór in paragraaf 5

genoemde beperkingen. Normaliter zal hierdoor slechts een tijdelijk voordeel worden verkregen, omdat de latere winst van de vaste inrichting (na volledige afschrijving van de goodwill) in de Nederlandse belastingheffing valt, totdat de in het verleden geclaimde verliezen zijn gec recupereerd.

VIII Overbrengen van bedrijfsmiddelen

Een bijzonder probleem kan zich voordoen indien voor de buitenlandse activiteit bedrijfsmiddelen nodig zijn, die zich in de Nederlandse vennootschap bevinden en waarvan de marktwaarde de fiscale boekwaarde overtreft. Overdracht van deze bedrijfsmiddelen aan een buitenlandse of niet-gevoegde binnenlandse dochter leidt tot afrekening over de stille reserves; dit kan een reden zijn om te kiezen voor een vaste inrichting, waarbij een directe afrekening wordt voorkomen. Wel dient daarbij te worden opgemerkt, dat de Eenzijdige Regeling (waarnaar een aantal verdragen verwijst) voorschrijft, dat in een dergelijke situatie bij de berekening van de vrijgestelde vaste inrichting-winst uitgegaan moet worden van de (hoge) marktwaarde van het bedrijfsmiddel. Op deze wijze wordt geleidelijke afrekening (via een verlaagde afschrijving) bereikt.

IX De tweeling-vennootschap

In bijzondere gevallen kan het aantrekkelijk zijn, de buitenlandse activiteit niet te structureren als een dochtermaatschappij of vaste inrichting van de Nederlandse moeder, doch als een zustermaatschappij daarvan. Dit houdt in dat niet de Nederlandse moeder, doch de aandeelhouder(s) van de Nederlandse moeder het kapitaal voor de buitenlandse activiteit fourneren, en daarin een rechtstreeks belang nemen. Dit kan interessant zijn, bijvoorbeeld omdat men gaat werken in een land waar geen belasting naar de winst wordt geheven, zodat geen vrijstelling van deelnemings- casu quo vaste inrichtings-winst kan worden genoten. In andere gevallen kan het dividendrendement worden verhoogd (Engeland geeft aan Nederlandse natuurlijk persoon-aandeelhouders de volledige ACT terug in plaats van slechts 50%; Frankrijk, dat een met Engeland vergelijkbaar stelsel heeft, geeft aan Nederlandse rechtspersoon-aandeelhouders geen 'avoir fiscal' terug, aan natuurlijke personen wel).

Ook om niet-fiscale redenen kan een tweeling-structuur interessant zijn: Gedacht wordt daarbij aan veiligheidsoverwegingen (zie paragraaf 7), maar ook aan overwegingen van ondernemingsrecht (structuurwet, medezeggenschap, aansprakelijkheid, publikatie).

Hoewel bij beursvennootschappen het opzetten van een tweeling-structuur nogal gecompliceerd kan zijn en een aantal praktische bezwaren heeft, komt deze figuur ook bij dergelijke groepen voor. Een bekend voorbeeld was Ahold, die zijn Amerikaanse belangen tot voor kort hield via een Antilliaanse zuster-vennootschap, waarvan de economische eigendom van de aandelen via een stichting rechtstreeks bij de aandeelhouders Ahold berustte. Bij familievennootschappen kan de structuur vaak zonder al te veel complicaties worden opgezet en tot interessante fiscale besparingen leiden. Wel dient men er zorgvuldig mee om te gaan: immers, niet-arm's length transacties tussen de

beide delen van de tweeling leiden tot verkapte uitkeringen, met desastreuze fiscale consequenties.

Concluderend kan gesteld worden, dat de moderne multinationale onderneming een groot aantal opties heeft, om een buitenlandse activiteit te structureren. De keuze zal daarbij worden bepaald zowel door niet-fiscale als fiscale factoren.

6 Enkele recente ontwikkelingen met betrekking tot belastingverdragen

De multinationale onderneming zal bij haar internationale transacties, kapitaals- en inkomensstromen veelvuldig in aanraking komen met belastingverdragen. Binnen het kader van dit artikel wordt volstaan met het opmerken van twee belangrijke trends, die zich op dat gebied de laatste jaren in toenemende mate voordoen.

I Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen

Door een groeiende belangstelling voor het internationale belastingrecht en inventiviteit van de multinationals en hun adviseurs, daartoe vaak genoopt door de toenemende concurrentie op de internationale markten, en een dito houding van de belastingheffende overheden, wordt op grote schaal gebruik gemaakt van belastingverdragen op een wijze, die vaak als 'oneigenlijk gebruik' wordt aangeduid (de Amerikanen gebruiken hiervoor de weinig verheffende term 'treaty shopping'). Hiermee wordt bedoeld dat een inwoner van een bepaald land door oprichting van een vennootschap in een ander land zichzelf toegang verschaft tot de belastingverdragen van dat andere land zodat hij daarvan de voordelen kan genieten. Het klassieke voorbeeld is de inwoner van Saoedi-Arabië (dit land heeft geen belastingverdragen), die zijn deelneming in de USA houdt via een Nederlandse vennootschap: Op door de US-deelneming rechtstreeks aan Saoedi-Arabië uitgekeerde dividenden drukt 30% bronbelasting; bij uitkering naar Nederland slechts 5%.

Als de enige reden voor de oprichting van deze vennootschap is, gebruik te maken van een of meer belastingverdragen van dat andere land, kan men zich voorstellen dat de wederpartij van dit belastingverdrag niet enthousiast zal zijn, om de voordelen van het verdrag aan een dergelijke vennootschap toe te kennen.

Traditioneel echter zijn de meeste landen zeer terughoudend, om de verplichtingen die een belastingverdrag hun oplegt, niet na te komen. Uiteindelijk is een belastingverdrag een onderdeel van een geheel van internationale regelingen, die voor het land gelden en waaruit het minstens evenveel voor- als nadelen denkt te behalen.

Gezien echter de grote vlucht, die het oneigenlijk gebruik heeft genomen, wordt op internationaal niveau tussen de regeringen druk overlegd, op welke wijze de meer ongewenste vormen van oneigenlijk gebruik een halt kan worden toegeroepen. In enkele landen geschiedt dit reeds via ingrijpen van de nationale rechter, die het belastingverdrag moet interpreteren. Zo heeft een Amerikaanse rechter uitgemaakt, dat een vennootschap in een verdragsland, die uit de USA rente op een lening ontving, doch op haar beurt verplicht was,

op een even grote schuld hetzelfde bedrag aan rente door te betalen, niet de werkelijke genietster van de rente was en dus geen beroep op het desbetreffende verdrag kon doen. In Nederland heeft de Hoge Raad uitgemaakt, dat het leerstuk van de *fraus legis* ook in internationale verhoudingen kan worden toegepast¹⁵; voorts heeft de Nederlandse regering het standpunt ingenomen, dat een persoon niet als de 'uiteindelijk gerechtigde' — deze term wordt in de moderne Nederlandse verdragen gebruikt om aan te duiden wie gerechtigd is tot de voordelen van het verdrag — kan worden beschouwd als hij verplicht is, het ontvangen inkomen aan een ander door te geven¹⁶.

Daarnaast streeft een aantal landen na, in hun verdragen een bepaling op te nemen, waarin de voordelen van het verdrag worden ontzegd aan 'oneigenlijke gebruikers'. Ook hierin heeft de US het voortouw genomen: In het 'Model Income Tax Treaty' is een artikel opgenomen (artikel 16), dat een zeer ver gaande uitsluiting bevat onder andere voor vennootschappen, waarvan niet tenminste 75% van het aandelenkapitaal in handen is van natuurlijke personen-inwoners van het andere land. Het moge duidelijk zijn, dat een dergelijke vergaande bepaling voor een land als Nederland niet erg aantrekkelijk zou zijn.

Verwacht mag worden, dat in de komende jaren veel aandacht aan dit onderwerp zal worden besteed.

II 'Treaty overrides'

Deze term, die uit de USA afkomstig is, duidt op het verschijnsel dat een land door eenzijdige wetgeving de bepalingen van een belastingverdrag opzij zet. In Nederland, waar de rechter de nationale wet mag toetsen aan de bepalingen van belastingverdragen — die immers de burger rechtstreeks binden — is dit niet mogelijk, doch in vele andere landen, waar de nationale wetgever de hoogste autoriteit is en verdragen als nationale wetten in het recht worden ingebed, kan het wel.

Gezien de vergaande repercussies die een dergelijke schending van verdragsverplichtingen zou inhouden, kwamen 'overrides' tot voor kort vrijwel niet voor. In 1980 doorbrak de USA voor het eerst dit taboe, met de zogenaamde FIRPTA-wetgeving die van toepassing werd verklaard op iedere buitenlandse eigenaar van Amerikaans onroerend goed, ongeacht of hij recht had op toepassing van een verdrag. Meer recentelijk, in de Tax Reform Act van 1986, besloot de Amerikaanse wetgever, gefrustreerd door de lange duur van verdragsonderhandelingen en het magere resultaat daarvan, op grote schaal 'overrides' in de nieuwe wet op te nemen en daardoor bepalingen in belastingverdragen, die strijdig waren met de nieuwe wet, opzij te zetten. Op de heftige protesten van buitenlandse verdragspartners werd geen acht geslagen. De US regering is overigens druk doende, het nogal verouderde US belastingverdragsnetwerk te herzien. Daartoe is het in onderhandeling met een aantal belangrijke handelspartners, waaronder Nederland. De Nederlandse regering bezint zich, op welke wijze in een nieuw verdrag rekening kan worden gehouden met het risico, dat de Amerikaanse wetgever later wederom eenzijdig het verdrag aan zijn laars zal lappen. De Nederlandse multinationale onderneming die in Amerika wil investeren dient er rekening mee te houden dat de bescherming, die het verdrag verbiedt, betrekkelijk is.

7 Beveiligingsmaatregelen

Een onderwerp dat zich de laatste tien jaren nogal in de belangstelling van Nederlandse – en andere – multinationale ondernemingen mag verheugen, is de beveiliging van buitenlandse belangen tegen niet-commerciele risico's. Daarbij wordt gezocht naar methoden om te voorkomen, in het geval in West-Europa (of elders, waar men belangen heeft) een oorlog zou uitbreken, dat de buitenlandse belangen van de betreffende multinational in de handen van de bezetter zouden vallen, of dat deze belangen door de betreffende buitenlandse regering zouden worden gesequestreerd omdat zij onder 'enemy control' zouden zijn.

De technieken en structuren, die in de loop der jaren ontwikkeld zijn voor dit doel, zijn zeer verscheiden van aard. Hoewel zij uiteraard ook fiscale consequenties hebben, is de strekking van de maatregelen – veilig stellen van buitenlands vermogen – zodanig dat de fiscale aspecten slechts van ondergeschikte betekenis worden geacht. Over een tweetal beschermingsconstructies is echter onlangs een schrijven van het Ministerie van Financiën gepubliceerd¹⁷, en wordt in dit kader nader aandacht besteed.

1 De 'emergency trust'

Bij deze constructie brengt men de te beveiligen belangen onder, in een trust (naar het recht van een van de Verenigde Staten, van Engeland of een ander Angelsaksisch land). Als trustee, die de juridische eigendom verwerft van de ingebrachte belangen, treedt een rechtspersoon op in een 'veilig' land. De trustee krijgt de opdracht, dat hij zolang er geen 'emergency' is uitgeroepen, blindelings de instructies van de insteller van de trust moet opvolgen en slechts aan deze insteller uitkeringen mag doen.

Zodra echter de 'emergency' is ingetreden – bijvoorbeeld door een eenzijdige verklaring van een vertrouwensman – verliest de insteller van de trust iedere zeggenschap over het trustvermogen en gaat de economische eigendom van dat vermogen over naar de vooraf aangewezen 'emergency beneficiaries'. Door toepassing van deze techniek heeft onder andere Philips ervoor kunnen zorgen, dat de Philips-activiteiten in Engeland en de USA in de Tweede Wereldoorlog onafhankelijk konden worden voortgezet.

Omdat de structuur van de emergency trust voor een aantal Nederlandse multinationale ondernemingen aantrekkelijk lijkt te zijn ter beveiliging van hun US belangen, is aan het Ministerie van Financiën de vraag voorgelegd wat de fiscale consequenties van het instellen van zo'n trust zouden zijn. Het antwoord van het Ministerie kan als volgt worden samengevat: Indien een Nederlandse vennootschap bepaalde buitenlandse belangen in een emergency trust volgens bovenstaand model inbrengt, geldt het volgende:

1 Onder bepaalde voorwaarden wordt de overdracht van de betreffende belangen aan de trustee niet als vervreemding aangemerkt, en behouden de overgedragen activa hun fiscale kwalificatie (deelneming, onroerend goed enzovoort);

2 Zolang de emergency niet is uitgeroepen wordt de trust fiscaal als 'transparant' beschouwd;

3 Het Ministerie neemt geen standpunt in wat er gebeurt als de emergency

wordt uitgeroepen en de economische eigendom en de zeggenschap niet langer bij de Nederlandse inbrenger berusten;

4 Echter, indien binnen zes maanden na het uitroepen van de emergency de zaak weer wordt 'teruggedraaid' en in die periode geen bijzondere transacties hebben plaatsgevonden, wordt voor fiscale doeleinden het uitroepen van de emergency geacht niet te hebben plaatsgevonden.

Met name door deze laatste toevoeging lijken de eventuele fiscale bezwaren tegen het gebruik van de emergency trust door Nederlandse multinationale ondernemingen grotendeels te zijn opgeheven.

II Zetelverplaatsing

Een aanschrijving van dezelfde datum als die waarin de emergency trust wordt behandeld, heeft als onderwerp een andere klassieke beveiligingsmethode, namelijk zetelverplaatsing naar/van de Nederlandse Antillen of Aruba onder de Rijkswet Zetelverplaatsing Rechtspersonen. Ook van deze wet (of liever zijn voorganger) is in de Tweede Wereldoorlog gebruik gemaakt.

Vele ondernemingen hebben toen hun statutaire zetel naar de Antillen verplaatst en hoewel de controle op hun Europese activa en activiteiten uiteraard verloren ging, bleven de vennootschappen intact om hun activiteiten in niet-bezet gebied te kunnen voortzetten.

Meer recentelijk heeft een aantal Nederlandse multinationale ondernemingen met belangen op of gestructureerd via de Nederlandse Antillen, met het oog op de af en toe optredende onrust in het Caraïbisch gebied, maatregelen getroffen in de statuten van hun Antilliaanse dochtermaatschappijen, om in geval van oproer, bezetting etc. de zetel van de betreffende vennootschap naar Nederland te kunnen verplaatsen. Daarbij deed zich de vraag voor, welke fiscale consequenties dit in Nederland zou hebben. Het in de aanschrijving neergelegde standpunt van het Ministerie is het volgende:

1 Voor de toepassing van de Wet op de Vennootschapsbelasting en de Wet op de Dividendbelasting heeft het enkele feit van de zetelverplaatsing op grond van de genoemde Rijkswet geen consequenties. Met name de zogenaamde oprichtingsfictie van artikel 2 lid 4 Wet Vpb en artikel 1 lid 3 Wet Div. Bel. vindt geen toepassing op een dergelijke vennootschap. Met andere woorden: alleen indien de werkelijke leiding van de vennootschap zich in Nederland bevindt (voor of na de statutaire zetelverplaatsing) ontstaat er binnenlandse belastingplicht in Nederland;

2 Voor de toepassing van de artikelen 33 en 34 van de Wet Belastingen Rechtsverkeer is de statutaire zetel doorslaggevend. Hier ontstaat derhalve wel belastingplicht door de zetelverplaatsing (tenzij de feitelijke zetel zich in een ander EG-land bevond), en kapitaalbelasting wordt verschuldigd over de waarde van het eigen vermogen van de vennootschap op dat tijdstip.

8 Slotopmerking

Uit de voorgaande bloemlezing moge duidelijk zijn geworden, dat de Nederlandse multinationale onderneming met een groot aantal fiscale problemen

wordt geconfronteerd, met mogelijk aanzienlijke financiële consequenties. Vanwege de niet naadloos op elkaar aansluitende fiscale wetgevingen van de landen waarin de onderneming werkzaam is, is de problematiek complex; het risico van dubbele belasting is immer aanwezig en de mogelijkheden om belasting te besparen worden steeds kleiner. Gelukkig biedt de internationale fiscaliteit een uitgebreid fiscaal instrumentarium, waaruit vaak — met enige inspanning — de juiste oplossing voor het specifieke probleem kan worden gevonden.

Noten

- 1 Nota naar aanleiding van het Eindverslag, 'Wetsontwerp Verruiming van de verliescompensatie enzovoort', Tweede Kamer 1983-84, 18242, Nr. 8, blz. 3.
- 2 Brief aan de Staatssecretaris van Financiën inzake het wetgevend programma, VN 1988 p. 8 (Programma 1989).
- 3 Engeland beschouwt een vennootschap als binnenlands belastingplichtig als 'management and control' zich aldaar bevindt. De inhoud van dit begrip is niet geheel gelijk aan het Nederlandse 'werkelijke leiding' criterium. In het kader van dit artikel wordt echter aangenomen dat beide begrippen dezelfde inhoud hebben.
- 4 Model Double Taxation Convention on Income and Capital, Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs 1977. Het eerder gepubliceerde Model was van 1963 en bevatte een soortgelijke bepaling.
- 5 Het zogenaamde Initiatief ontwerp-Vermeend (hierna: het Initiatief-ontwerp), Tweede Kamer 1986-87, 19729 en een door de Regering ingediend ontwerp Herziening van de Deelnemingsvrijstelling, Tweede Kamer 1986-87, 19968.
- 6 Hoge Raad 27 november 1985, BNB 1986/47.
- 7 Zie o.a. Hoge Raad 27 januari 1988, VN 1988 p. 1078.
- 8 Hoge Raad 27 april 1988, BNB 1988/220.
- 9 Standaardvoorwaarden Fiscale Eenheid, versie november 1986, voorwaarde 15b.
- 10 Hoge Raad 31 maart 1954, BNB 1954/180 (één van de zgn. rupiah-arresten).
- 11 Een wetsvoorstel is aanhangig, dat deze tarieven verlaagt naar respectievelijk 36%, 50%, en 46%.
- 12 De bepaling van artikel 24 lid 4 van het OECD-Model van 1963 casu quo 1977 is in de meeste Nederlandse belastingverdragen overgenomen.
- 13 Hoge Raad 4 juni 1986, BNB 1986/239.
- 14 Hoge Raad 29 juni 1988, VN 1988, p. 2261.
- 15 Hoge Raad 8 januari 1986, BNB 1986/127 (dit arrest betreft weliswaar geen verdrag, maar de Belastingregeling voor het Koninkrijk).
- 16 Zie onder andere het Antwoord van Staatssecretaris Van Amelsvoort op vragen geteld door Tweede Kamer-lid De Graaf (vraag van 11 juni 1980, antwoord 18 augustus 1980) Tweede Kamer 1979-1980, Aanhangsel van de Handelingen nr. 1619.
- 17 Brief Ministerie van Financiën 13 maart 1987, nrs. 285-16517 en 286-15052, Fiscaal Up to Date 1988-657.