

Nederland pakt grensoverschrijdende 'verrekenprijsmismatches' aan

Sinds 1 januari 2022 is in Nederland de Wet van 22 december 2021 in voege die mismatches ontstaan bij de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel moet tegengaan (de *Wet tegengaan mismatches*). De nieuwe wet beoogt dubbele niet-heffing door verrekenprijsmismatches tegen te gaan. Zij kan gevolgen hebben voor zowel bestaande als nieuwe grensoverschrijdende situaties met Nederland.

Achtergrond

Op grond van Nederlandse jurisprudentie worden onzakelijke voorwaarden van transacties tussen gelieerde partijen aangepast alsof de voorwaarden tussen onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen (het *zakelijkheidsbeginsel*) (HR 31 mei 1978, *BNB* 1978/252). Dit zakelijkheidsbeginsel is in 2002 in Nederland gecodificeerd in artikel 8b, lid 1 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (*Wet Vpb*). Vóór de inwerkingtreding van de 'Wet tegengaan mismatches' kon een verrekenprijsaanpassing zowel leiden tot een opwaartse als neerwaartse correctie van de winst voor de Nederlandse vennootschapsbelasting, en dat ongeacht of in het land van de gelieerde partij bij de transactie een overeenkomstige correctie werd toegepast. Daardoor kon er een 'verrekenprijsmismatch' ontstaan.

Onder het BEPS-project en de tweede EU-antibelastingontwikingsrichtlijn (*"Anti Tax Avoidance Directive 2"*, oftewel *ATAD2*) is expliciet vermeld dat de maatregelen tegen winstverschuiving door hybride mismatches geen betrekking hebben op winstverschuiving door 'verrekenprijsmismatches'. Bij de implementatie van *ATAD2* in de Nederlandse wetgeving kondigde de staatssecretaris van Financiën daarom een onderzoek aan naar de wijze waarop winstverschuiving door verrekenprijsmismatches kan worden voorkomen. Deze mismatches kunnen immers ook leiden tot belastingontwijking. Dit onderzoek is uitgemond in een op 15 april 2020 gepubliceerd rapport (zie ook *Fisc. Int.* 2021, nr. 448, 10), dat uiteindelijk heeft geleid tot de 'Wet tegengaan mismatches'.

Wat verandert er ?

Neerwaartse winstaanpassing

Voortaan is een *neerwaartse* aanpassing van de winst van een belastingplichtige op grond van het zakelijkheidsbeginsel niet meer mogelijk, als de belastingplichtige niet aannemelijk maakt dat bij het gelieerde lichaam bij de transactie een corresponderende *opwaartse* aanpassing plaatsvindt die wordt betrokken "in een naar de winst geheven belasting" (nieuw art. 8bb Wet Vpb). De nieuwe wet voorziet daarbij niet in een tegenbewijsregeling (nl. dat er geen sprake zou zijn van misbruik). Een neerwaartse winstaanpassing houdt in dat (fiscaal) "hogere lasten dan wel lagere baten" in aanmerking worden genomen dan de (commercieel, contractueel) overeengekomen lasten dan wel baten.

Een voorbeeld : een niet-Nederlandse gelieerde partij heeft aan een NL BV een lening verstrekt met een overeengekomen rente van 2 %, daar waar een zakelijke rente 5 % zou zijn. Vóór de inwerkingtreding van de 'Wet tegengaan mismatches' kon in hoofde van de NL BV een neerwaartse winstaanpassing worden gemaakt ten belope van het verschil tussen 2 % en 5 % (te betalen) rente op de lening, zelfs indien in het land van de gelieerde partij geen overeenkomstige opwaartse correctie plaatsvond. Voortaan is dit niet meer mogelijk.

Overdracht vermogensbestanddelen en schulden

De nieuwe wet viseert ook de situatie waarbij een Nederlandse belastingplichtige van een (niet-Nederlands) gelieerd lichaam een vermogensbestanddeel of schuld verkrijgt waarvan de marktwaarde hoger (vermogensbestanddelen) of lager (schulden) is dan de overeengekomen

BIBLIOTHEEK
BRUSSEL

De nieuwe wet kan gevolgen hebben voor zowel bestaande als nieuwe grensoverschrijdende situaties met Nederland

prijs. Voortaan is in hoofde van de Nederlandse belastingplichtige een aanpassing van de fiscale boekwaarde van het vermogensbestanddeel of de schuld niet meer mogelijk, indien hij niet aannemelijk maakt dat bij het gelieerde lichaam een corresponderende aanpassing plaatsvindt die wordt betrokken "in een naar de winst geheven belasting" (nieuw art. 8bc Wet Vpb). Waar een Nederlandse belastingplichtige voorheen een actief kon kopen onder de marktwaarde, maar fiscaal wel de marktwaarde in aanmerking kon nemen en daarover kon afschrijven, kan dat dus nu niet meer.

Een voorbeeld : een niet-Nederlandse gelieerde partij draagt intellectuele eigendom over aan een NL BV voor een prijs van 500, waarbij een zakelijke prijs 1.000 is. Voorheen mocht de NL BV de intellectuele eigendom voor 1.000 op haar fiscale balans zetten en jaarlijks daarover afschrijven, zelfs indien bij de gelieerde partij geen corresponderende aanpassing in aanmerking werd genomen. Voortaan is dit niet meer mogelijk en moet de NL BV de intellectuele eigendom voor 500 op haar fiscale balans zetten en kan zij fiscaal slechts over dit bedrag afschrijven.

De nieuwe wet kan leiden tot ongunstige situaties, als de corresponderende aanpassing in hoofde van de gelieerde partij niet wordt betrokken in 'een naar de winst geheven belasting'

Kapitaalstorting, enz.

Ten slotte viseert de nieuwe wet ook de situatie waarin een Nederlandse belastingplichtige een vermogensbestanddeel of schuld van een gelieerd lichaam verkrijgt door middel van een "kapitaalstorting, winstuitdeling, teruggaaf van gestort kapitaal [of] liquidatie-uitkering" : de boekwaarde die bij de Nederlandse belastingplichtige in aanmerking wordt genomen, is voortaan maximaal (bij een vermogensbestanddeel) of minimaal (bij een schuld) de waarde die bij het gelieerde lichaam wordt betrokken "in een naar de winst geheven belasting". De verkrijging van een vermogensbestanddeel in het kader van een fusie of splitsing waarbij vermogen wordt verkregen onder algemene titel, wordt in dit verband geacht een vergelijkbare rechtshandeling te zijn als een storting, enz., tenzij gebruik wordt gemaakt van een fiscale faciliteit (waardoor de fiscale boekwaarde wordt doorgeschoven naar de verkrijgende vennootschap); (nieuw art. 8bd Wet Vpb).

Dit artikel is later aan het wetsvoorstel toegevoegd om ervoor te zorgen dat ook de situatie wordt bestreden waarin er sprake is van dubbele niet-heffing bij kapitaalstortingen en winstuitdelingen *in natura*. Aanleiding waren reacties op het wetsvoorstel die aangaven dat, zonder deze aanvullende maatregel, routes waarmee op een vergelijkbare wijze niet-heffing kan worden bereikt (bv. een formele i.p.v. een informele kapitaalstorting) buiten schot bleven.

Een voorbeeld : een niet-Nederlandse gelieerde partij stort een vermogensbestanddeel in haar

dochtermaatschappij, NL BV, en houdt voor het bepalen van de winstbelasting rekening met een waarde van 100. De waarde in het economisch verkeer van het vermogensbestanddeel is 400. Voorheen mocht de NL BV het vermogensbestanddeel voor 400 op haar fiscale balans zetten en jaarlijks hierover afschrijven, ongeacht de waarde die bij de gelieerde partij in aanmerking werd genomen. Voortaan is dit niet meer mogelijk en moet de NL BV het vermogensbestanddeel voor 100 op haar fiscale balans zetten en kan zij slechts over dit bedrag afschrijven.

Inwerkingtreding

De nieuwe wet is in werking getreden op 1 januari 2022 en vindt "voor het eerst" toepassing m.b.t. "boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2022".

De wet viseert ook bepaalde voorheen verkregen bedrijfsmiddelen, nl. situaties waarin een belastingplichtige "in de boekjaren die aanvangen op of na 1 juli 2019 en vóór 1 januari 2022" een bedrijfsmiddel heeft gekregen van een gelieerd lichaam en waarbij dat bedrijfsmiddel "bij de aanvang van het eerste boekjaar dat aanvangt op of na 1 januari 2022 of een daaropvolgend boekjaar nog kan worden afgeschreven" : het bedrag van de *afschrijving* op het bedrijfsmiddel kan dan worden beperkt indien het bedrijfsmiddel op het tijdstip van de overdracht onder de nieuwe wetgeving zou vallen, als die wetgeving op dat tijdstip van kracht was geweest (art. 35 Wet Vpb). Dit is slechts een afschrijvingsbeperking en wijzigt niet de boekwaarde van het bedrijfsmiddel, wat wel het geval is bij toepassing op een verkrijging vanaf 1 januari 2022.

Aandachtspunten en kanttekeningen

- De nieuwe wet kan leiden tot ongunstige situaties, als de corresponderende aanpassing aan de zijde van de gelieerde partij bij een transactie niet wordt betrokken in "een naar de winst geheven belasting". Dit doet zich bv. voor bij subjectief vrijgestelde lichamen (lichamen die aan de criteria voor belastingplicht voldoen, maar ingevolge een bijzondere wetsbepaling een subjectieve vrijstelling genieten), hybride lichamen en entiteiten gevestigd in jurisdicties zonder winstbelasting. Voor hybride lichamen bevat de wet wel een tegemoetkoming, in die zin dat, onder bepaalde voorwaarden, de toets inzake de corresponderende aanpassing kan plaatsvinden op het niveau van de participanten i.p.v. op het niveau van het hybride lichaam waarmee de onderlinge rechtsverhouding met de Nederlandse vennootschap bestaat. Voor subjectief vrijgestelde lichamen, zoals pensioenfondsen, is tijdens de parlementaire behandeling de toezegging gedaan dat de wet 'in zijn algemeenheid' niet leidt tot een wijziging van hun fiscale behandeling.

• De wet heeft ook gevolgen voor Nederlandse belastingplichtigen met (*back-to-back*) financieerings-, licentie- en/of leaseactiviteiten. Vóór de wet was het vaststellen van verrekenprijzen van dergelijke activiteiten hoofdzakelijk gericht op de vraag of de marge tussen inkomende en uitgaande rente-, royalty-, of leasebetalingen zakelijk was. De nieuwe wet leidt ertoe dat nu het zakelijke karakter van de onderlinge transacties zelf relevanter is (een 'per transactie'-benadering). Als in het kader van een transactie de *te ontvangen* rente bv. onzakelijk laag wordt bevonden, wordt deze verhoogd en volledig belast. Voor de *te betalen* rente in het kader van een daarmee samenhangende transactie kan voortaan een soortgelijke aanpassing niet meer worden gemaakt, voor zover er geen corresponderende aanpassing plaatsvindt bij de betrokken groepsmaatschappij. Dit kan resulteren in volledig belaste verhoogde rente-inkomsten in het kader van de ene transactie, zonder dat hier een gecorrigeerde renteaftrek tegenover staat in het kader van de daarmee samenhangende transactie.

• Specifiek bij toepassing van de regeling inzake vermogensbestanddelen verkregen via kapitaalstorting, enz. (voormeld art. 8bd Wet Vpb) kan het begrip 'de waarde die bij het gelieerde lichaam wordt *betrokken in een naar de winst geheven belasting*' een vreemde uitwerking hebben bij Amerikaanse groepen ingevolge de *check-the-box* regels. Een voorbeeld. US Co is een Amerikaanse Inc. die in de VS regulier wordt onderworpen aan een naar de winst geheven belasting. US Co houdt alle aandelen in een NL BV die voor Amerikaanse fiscale doeleinden kwalificeert als transparant (*disregarded*). US Co stort een vermogensbestanddeel in de NL BV. Doordat de NL BV voor Amerikaanse fiscale doeleinden als transparant wordt aangemerkt, is de storting als zodanig niet zichtbaar (*non-existent*) vanuit Amerikaans fiscaal perspectief en wordt deze naar de tekst van de 'Wet tegengaan

mismatches' niet in "een naar de winst geheven belasting" betrokken. Door de transparantie van de NL BV wordt het *onderliggende inkomen* van de NL BV, waaronder het inkomen gegenereerd met het ingebrachte vermogensbestanddeel, echter wel in de Amerikaanse belastingheffing betrokken. Daarmee is er in feite geen sprake van een situatie van dubbele niet-heffing en zou deze situatie buiten de ratio van de wet moeten vallen. Merk bovendien op dat eventuele fiscale voordelen als gevolg van het hybride karakter van de NL BV geneutraliseerd worden door de hybridemismatchwetgeving (ter uitvoering van ATAD2). Ondanks het feit dat er hier dus *de facto* geen sprake is van een verrekenprijsmismatch, zou de toepassing van de 'Wet tegengaan mismatches', strikt genomen, toch kunnen resulteren in een beperking van de fiscale boekwaarde van het gestorte vermogensbestanddeel.

• Door de nieuwe wet kan een toename van het aantal onderlinge overlegprocedures verwacht worden teneinde de corresponderende aanpassing in hoofde van de gelieerde partij bij de transactie te bewerkstelligen en zo de toepassing van de wet te beperken.

Wat nu ?

Nederlandse belastingplichtigen zullen hun bestaande en nieuwe intragroepstransacties terdege moeten bekijken om te zien of ze geraakt worden door de nieuwe wetgeving en mogelijk anderszins afspraken moeten aanpassen om de toepassing te beperken. Daarnaast bestaat op dit moment nog veel onduidelijkheid over de toepassing van de wet. Hopelijk zal het Nederlandse ministerie van Financiën deze onduidelijkheden binnenkort wegnemen.

Natalie Reypens
Jan-Willem Kunen
Anne Klaassen

Roerende voorheffing

Vrijstelling RV 'Tate & Lyle' : te strenge voorwaarden ?

Het Hof van Justitie van de EU ('HvJ') heeft op 16 juni 2022 de voorwaarden veroordeeld waaronder Duitsland terugbetaling verleent van bronbelasting ingehouden op dividenden uitgekeerd aan niet-ingezeten vennootschappen uit hoofde van een deelneming die de participatiedrempel van de Moeder-dochterrichtlijn niet bereikt (hierna 'portfoliodividen-

den'); (zaak C-572/20, *ACC Silicones*). Deze uitspraak kan een invloed hebben op de Belgische *Tate & Lyle*-wetgeving, alsook op de beslechting van de geschillen die nog aanhangig zijn sinds het arrest van het HvJ van 12 juli 2012 in de gelijknamige zaak (zaak C-384/11).