**POSITION PAPER RONDETAFELGESPREK (TRUSTSECTOR)**

**TWEEDE KAMER 23 MAART 2016**

Prof. dr. J.L. van de Streek (hoogleraar fiscaal concernrecht aan de Universiteit van Amsterdam)

*Inleiding*

1. Allereerst is het van belang op te merken dat de problematiek van belastingontwijking door multinationale ondernemingen - en de faciliterende rol die de trustsector bij een onderdeel daarvan speelt - in beginsel losstaat van het in de trustsector aanwezige integriteitsrisico met betrekking tot witwassen en fiscale fraude. Belastingontwijking (tax planning) vindt nou eenmaal plaats binnen de grenzen van nationale en internationale fiscale regelgeving, terwijl witwassen en fiscale fraude strafbare feiten zijn. Het enige verband tussen het belastingontwijkingsdossier en het integriteitsdossier is dat de omvangrijke geldstromen die door Nederlandse brievenbusmaatschappijen lopen, het risico met zich brengen dat een deel daarvan betrekking heeft op illegale activiteiten.

2. Het onderdeel van het internationale belastingontwijkingsdossier waarbij de Nederlandse trustsector een belangrijke rol speelt, betreft het zogenoemde “misbruik van belastingverdragen”, wat ook wel wordt aangeduid als *treaty shopping*. Via de tussenschakeling van een Nederlandse brievenbusmaatschappij kan een internationaal opererend concern de in het buitenland geheven bronbelasting op dividend, rente en royalty’s vermijden. Als het gaat om dividend, rente en royalty’s ontvangen vanuit Europa gaat het vooral om *directive shopping*, waarbij ik doel op oneigenlijk gebruik van de Europese fiscale moeder/dochterrichtlijn en de Europese fiscale rente- en royaltyrichtlijn. Op grond van deze richtlijnen dienen Europese bronstaten kort gezegd af te zien van een bronheffing op de genoemde inkomensbestanddelen die worden betaald aan een Nederlandse concernvennootschap. Voor de goede orde merk ik op dat het dus gaat om buitenlandse bronheffing die met behulp van een Nederlandse brievenbusmaatschappij wordt ontgaan. De Nederlandse belastingheffing is niet in het geding.

*Drie belangrijke internationale fiscale ontwikkelingen*

3. Drie belangrijke internationale fiscale ontwikkelingen zorgen er echter voor dat de kale doorsluisfunctie van Nederland zijn houdbaarheidsdatum nabij lijkt. Voor de trustsector betekent dit mijns inziens dat zij (nog meer) de slag zullen moeten maken naar een ander businessmodel want het businessmodel dat vooral is gebaseerd op het om fiscale redenen doorsluizen van gelden lijkt binnen afzienbare tijd nagenoeg geheel versleten. De drie internationale fiscale ontwikkelingen zijn:

* Per 1 januari 2016 kunnen Europese dividenden niet meer zonder bronheffing naar een Nederlandse brievenbusmaatschappij worden overgemaakt via de Europese fiscale moeder-dochterrichtlijn. Op grond van een nieuwe algemene anti-misbruikbepaling in die richtlijn zullen Europese bronlanden naar verwachting bronheffing gaan inhouden op dividenden naar Nederlandse brievenbusmaatschappijen.
* Op het niveau van de Europese Ecofin-raad is een voorstel aanhangig om een vergelijkbare algemene anti-misbruikbepaling in te voeren in de Europese fiscale rente- en royaltyrichtlijn. Als het voorstel eenmaal is aangenomen, zullen Europese bronlanden bronheffing gaan inhouden op aan Nederlandse brievenbusmaatschappijen betaalde rente- en royalty’s.
* Iets soortgelijks gaat binnen afzienbare tijd wereldwijd gelden voor dividenden, rente en royalty’s. Bronlanden over de hele wereld kunnen een bronheffing gaan inhouden op betalingen aan Nederlandse brievenbusmaatschappijen zodra de OESO-aanbevelingen in het kader van het BEPS-project van de OESO zijn geïmplementeerd in belastingverdragen. De OESO werkt op dit moment aan een manier op zoveel mogelijk belastingverdragen in één keer – te weten via een multilateraal verdrag - te voorzien van anti-misbruikbepalingen.

4. Op grond van deze drie ontwikkelingen is mijn verwachting dat buitenlandse belastingautoriteiten doorstroomsituaties zullen gaan onderzoeken, met als gevolg dat deze structuren zullen moeten worden ontmanteld. Dit heeft uiteraard even tijd nodig, maar het lijkt onontkoombaar dat buitenlandse belastingautoriteiten de anti-misbruikbepalingen zullen gaan inroepen en daarbij een eigen invulling zullen ontwikkelen. De praktijk wijst daar nu al op. De ontwikkelingen op Europees en mondiaal niveau rondom het vergroten van transparantie, zoals de automatische uitwisseling van fiscale informatie tussen belastingautoriteiten, zullen hieraan ongetwijfeld een steentje bijdragen.

*Nederlandse substance-eisen*

5. Ik vermoed dat het standpunt van de Nederlandse wetgever dat er geen sprake is van misbruik als wordt voldaan aan de zogenoemde “substance-eisen”, naar alle waarschijnlijkheid niet door buitenlandse belastingautoriteiten zal worden gevolgd. De enige toets die lijkt te tellen is of de Nederlandse vennootschap die aanspraak maakt op een reductie van buitenlandse bronbelastingen een “reële functie” heeft. Een met “substance” aangeklede brievenbusmaatschappij is dat hoogstwaarschijnlijk niet. Voor de goede orde vermeld ik op deze plaats kort de Nederlandse substance-eisen:

* Ten minste de helft van het totaal aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden van de Nederlandse vennootschap moet feitelijk in Nederland wonen of hier zijn gevestigd;
* De in Nederland wonende of gevestigde bestuursleden dienen te beschikken over de nodige professionele kennis om hun taken naar behoren uit te voeren;[[1]](#footnote-1)
* De Nederlandse vennootschap moet over gekwalificeerd personeel beschikken ten behoeve van de uitvoering en registratie van de transacties;
* De bestuursbesluiten dienen in Nederland te worden genomen;
* De belangrijkste bankrekeningen dienen in Nederland te worden aangehouden;
* De boekhouding moet in Nederland te worden gevoerd;
* De Nederlandse vennootschap mag geen dubbele fiscale woonplaats hebben; en
* De Nederlandse vennootschap moet met betrekking tot de financiële activa en passiva een reëel risico lopen en dienen te beschikken over een passend eigen vermogen.

De Algemene Rekenkamer heeft reeds in zijn rapport van 5 december 2014 geconstateerd dat in de praktijk doorgaans eenvoudig aan deze substance-eisen kan worden voldaan met behulp van de inzet van een trustkantoor.[[2]](#footnote-2)

*Gevolgen voor de trustsector*

6. Het traditionele businessmodel waarbij een trustkantoor (zelf) probeert aan de “reële functie” gestalte te geven door op te treden als bestuurder van de brievenbusvennootschap (hetgeen onder de Nederlandse substance-eisen mogelijk is) lijkt onder de genoemde anti-misbruikbepalingen niet houdbaar. Mijn verwachting is dan ook dat de trustsector zich meer en meer zal (moeten) gaan richten op het assisteren van een overigens (wel) reële aanwezigheid van een buitenlandse multinational, zoals een operationele dochtervennootschap of een regionaal hoofdkantoor. Dan denk ik aan dienstverlening rondom het voldoen aan Nederlandse wet- en regelgeving, zoals voortvloeit uit het financiële toezichtrecht, het jaarrekeningenrecht en het belastingrecht alsmede administratieve dienstverlening. Het nieuwe businessmodel voor de trustsector zou daarmee kunnen neerkomen op “meer (en interessanter) werk voor minder cliënten.” Mijn - positieve - indruk is overigens dat een groot deel van de trustsector hier al aan een slag aan het maken is. Concrete voorbeelden van nieuwe vormen van dienstverlening door de trustsector die in de markt kunnen worden waargenomen zijn fondsadministratie, backoffice-activiteiten en incubatorachtige activiteiten waarbij een trustkantoor een bedrijvencentrum huisvest gericht op start-ups.

*Beleidsmatige opties Nederland*

7. Kan of moet Nederland zelf nog wat doen om het doorsluizen van gelden via Nederlandse brievenbusmaatschappijen aan banden te leggen? Of zijn de maatregelen die in EU-verband en OESO-verband zijn getroffen afdoende? Bij de beantwoording van deze vraag is van belang dat het grote aantal brievenbusmaatschappijen in Nederland de afgelopen decennia heeft kunnen ontstaan als gevolg van een combinatie van factoren, te weten:

* Het uitgebreide netwerk van belastingverdragen (inclusief de Europese fiscale richtlijnen met een vergelijkbaar effect);
* De ruime deelnemingsvrijstelling; en
* De afwezigheid van bronheffing op uitgaande rente en royalty’s.

Zoals ik hiervoor heb aangegeven, lijkt vooralsnog met de (aanstaande) invoering van anti-misbruikbepalingen in belastingverdragen (en de Europese fiscale richtlijnen) de angel uit het probleem gehaald. De anti-misbruikbepalingen werpen bovendien naar verwachting een voldoende dam op tegen agressieve strategieën waarbij op grond van belastingverdragen en Europese fiscale richtlijnen rente en royalty’s via een Nederlandse brievenbusmaatschappij naar belastingparadijzen worden gesluisd.

8. Het verdient naar mijn mening daarbij wel aanbeveling om binnen de EU tot een consistente invulling te komen van de anti-misbruikbepalingen. Het gevaar dreigt nu dat de eigen invullingen van de lidstaten te veel uit elkaar gaan lopen en bovendien ook veel meer situaties gaan treffen dan brievenbusmaatschappijen. In dit verband zou Nederland het voorstel van Zweden kunnen steunen om in de Europese fiscale richtlijnen een notificatieverplichting op te nemen voor het geval waarin een lidstaat op grond van de algemene anti-misbruikbepaling een uitgaande rente- of royaltybetaling aan een bronheffing wil onderwerpen.[[3]](#footnote-3) Volgens het Zweedse voorstel dient de bronstaat de ontvangststaat daarover te informeren. Met de informatie die de Nederlandse belastingdienst op deze wijze zou ontvangen, kan vervolgens over een aantal jaren een evaluatie worden uitgevoerd.

9. Ten slotte merk ik op dat aanpassingen van de deelnemingsvrijstelling en/of de invoering van een bronheffing op uitgaande rente en royalty’s door Nederland niet voor de hand ligt ter oplossing van het grote aantal brievenbusmaatschappijen. Dergelijke maatregelen gaan veel verder dan het aanpakken van doorsluissituaties en hebben ook ingrijpende gevolgen voor het reële bedrijfsleven en daarmee het Nederlandse vestigingsklimaat. Het zijn in wezen radicale oplossingen voor BEPS-problemen van een geheel andere aard. Als op deze terreinen maatregelen zouden moeten genomen, ligt een gezamenlijke Europese aanpak mijns inziens voor de hand. De door de Europese Commissie op 28 januari 2016 voorgestelde anti-belastingontwijkingsrichtlijn voorziet in aanpassingen van de deelnemingsvrijstelling. En in een op dezelfde dag gepubliceerde mededeling doet de Europese Commissie het voorstel om in Europa een gezamenlijke zwarte lijst op te stellen van belastingparadijzen. De Europese Commissie suggereert daarbij dat lidstaten als flankerende maatregel een bronheffing zouden kunnen invoeren op betalingen aan vennootschappen gevestigd in “zwarte lijst”-landen.

1. Tot deze taak dient ten minste te behoren de besluitvorming over de door de Nederlands vennootschap af te sluiten transacties, alsmede het zorgdragen voor een goede afhandeling van de afgesloten transacties. [↑](#footnote-ref-1)
2. Belastingontwijking, een verdiepend onderzoek naar belastingontwijking in relatie tot de fiscale regels en het verdragennetwerk, Algemene Rekenkamer, 2014, blz. 7 en blz. 72-73. [↑](#footnote-ref-2)
3. Zweden heeft dit voorstel gedaan in Ecofinverband op 8 april 2015. Het zou moeten gaan om een nieuw artikel 4a in de Europese fiscale rente- en royaltyrichtlijn dat als volgt luidt: “The competent authority of the source state shall inform the competent authority of the Member State of the beneficial owner of the income, before denying the benefits of this Directive.” [↑](#footnote-ref-3)