

Verslag Young IFA Network Winter Seminar 2015

‘Cash Pools’

1. Inleiding

Op donderdagmiddag 5 februari 2015 organiseerde de Nederlandse branch van het Young IFA Network (YIN)¹ een seminar over cash pools. Aan de hand van drie invalshoeken werd het onderwerp nader uitgelicht. Deze bijdrage doet verslag van een dynamische gedachtewisseling.

Joost Vermeer² en Mark Busink³ gingen daarbij in op de rol van de Btw binnen de financiële sector en in het bijzonder op cash pools. Rolf Gelissen⁴ en Aarnout Hamelink⁵ stelden enkele (internationale) belastingaspecten rondom cash pooling aan de orde. De middag werd afgesloten door Ioanna Mitroyanni⁶ en Sjoerd Douma⁷ met een bijdrage over de (voorgestelde) aanpassingen van de EU moeder-dochterrichtlijn en de EU rente- en royaltyrichtlijn.

2. Cash pools en de Btw

Bij overheden, zo stelde Vermeer, vindt momenteel een verschuiving plaats van de heffing van directe belastingen naar indirecte belastingen. Ook bij het bedrijfsleven is er daarom meer aandacht voor indirecte belastingen ontstaan. Vermeer stelde verder dat binnen de financiële sector de Btw onvoldoende in de softwaresystemen is geïncorporeerd. De financiële impact van de Btw op de geldstromen is hierdoor voor het bestuur van financiële instellingen slecht zichtbaar en daarom lastig in te schatten en te monitoren.

Busink voegde toe dat de Btw voor financiële instellingen een kostenpost vormt. Veelal zijn de prestaties van banken en verzekeraars vrijgesteld van Btw. De Btw die drukt op externe kosten in directe relatie tot de Btw vrijgestelde handelingen is niet aftrekbaar. Echter, de keerzijde is dat Btw in relatie tot de Btw belaste handelingen volledig voor aftrek in aanmerking komt. Nu is het zo dat financiële instellingen doorgaans zowel Btw-vrijgestelde als Btw-belaste handelingen verrichten. Daarom hebben zij recht op een gedeeltelijke Btw-teruggaaf. Dit laatste wordt ook wel de pro rata methodiek genoemd. Voor financiële instellingen is het belangrijk om te kijken naar mogelijkheden om de Btw positie te beheersen binnen de grenzen van een moderate risk profile. De complexiteit van het IT-landschap bij banken en verzekeraars maakt dat de pro rata berekening een uitdagende exercitie is.

Om aanknopingspunten te vinden op de vraag of een cash pool leider als ondernemer voor Btw doeleinden kwalificeert, bespraken Busink en Vermeer enkele relevante arresten van het HvJ EU.

In het arrest Harnas & Helm⁸ komt het HvJ EU tot de conclusie dat de activiteiten van een obligatiehouder als een vorm van beleggen moet worden gezien, welke normaal vermogensbeheer niet te boven gaat. Het kopen van een obligatie en de ontvangst van rente op een obligatie is volgens het HvJ EU niet te beschouwen als een economische activiteit. De ontvangst van rente volgt immers enkel uit het houden van de eigendom van de obligatie, een zeer passieve activiteit. Onder meer vanwege het recht op Btw-teruggaaf, is de vaststelling of een activiteit wel of geen economische activiteit is relevant. Naar aanleiding van dit arrest komt de vraag op of een cash pool leider, wanneer deze leningen verstrekt en hierover rente ontvangt, als Btw-ondernemer kwalificeert.

¹ Als onderdeel van de International Fiscal Association stelt de Nederlandse branch van het YIN zich ten doel een podium voor ontwikkeling van internationale contacten en kennisontwikkeling te bieden voor fiscalisten die in het begin van hun fiscale carrière staan; zie ifa.nl/yin.

² Joost Vermeer is als belastingadviseur werkzaam bij PwC.

³ Mark Busink is als bedrijfsfiscalist werkzaam bij ABN AMRO Bank N.V.

⁴ Rolf Gelissen is als belastingadviseur werkzaam bij Deloitte.

⁵ Aarnout Hamelink is werkzaam bij de Belastingdienst als Vaktechnisch Adviseur bij het APA team.

⁶ Ioanna Mitroyanni is als beleidsmedewerker werkzaam bij de Europese Commissie.

⁷ Sjoerd Douma is hoogleraar Internationaal en EU-belastingrecht aan de Universiteit Leiden en tevens verbonden aan PwC.

⁸ HvJ EU 6 februari 1997, C-80/95 (*Harnas & Helm*).

Het arrest *Régie Dauphinoise*⁹ biedt volgens Busink en Vermeer aanknopingspunten om te stellen dat het aanhouden van een rentedragende bankrekening, waarop gelden uit de reguliere ondernemingsactiviteiten (tijdelijk) gestald worden, tot de economische activiteiten van een belastingplichtige hoort. Het HvJ EU oordeelde namelijk dat activiteiten, die op zichzelf niet als economische activiteiten worden beschouwd, vanwege hun sterke band met ‘normale’ activiteiten die wel als zodanig kwalificeren, worden meegetrokken in het ondernemerschap. Van een sterke band is sprake indien deze activiteiten een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk vormen van de normale activiteiten.¹⁰ Vermeer concludeerde dat de vraag of een cash pool leider al dan niet als Btw-ondernemer kwalificeert, afhangt van de activiteiten die een cash pool leider in zijn totaliteit verricht.

Dat het niet altijd eenvoudig is om te bepalen of een ontvangen betaling ook de Btw technische vergoeding voor een economische activiteit van de ondernemer is, illustreerden Busink en Vermeer aan de hand van het arrest *Floridienne/BergInvest*.¹¹ In dit arrest oordeelde het HvJ EU over de ontvangst van dividend en rente door twee holdingmaatschappijen.¹² Beide holdings waren Btw ondernemers vanwege de economische activiteit van het beheer van hun dochtervennootschappen. Echter, deze betalingen van rente en dividend vielen buiten de reikwijdte van de Btw, aangezien ze allereerst niet de tegenprestatie vormden voor een economische activiteit en dat er ook geen rechtstreeks verband tussen de leningen / kapitaalverstrekking en de normale beheeractiviteiten aanwezig was. Bij het bepalen van het recht op Btw aftrek mocht daarom geen rekening worden gehouden met de dividenden en renteopbrengsten.

Voor cash pool leiders, zo stelde Vermeer, is relevant of het handelen als cash pool al dan niet je gebruikelijke activiteit vormt en welke vergoeding voor deze activiteit wordt ontvangen. Het antwoord op deze vragen heeft invloed op de aftrek van voorbelasting. Hiertoe concludeerde hij dat een cash pool leider normaal gesproken geld aantrekt van de cash pool participanten met een overtollige kaspositie, om dit vervolgens uit te lenen aan cash pool participanten met een kastekort. Als deze handelingen op doorlopende basis gebeuren tegen vergoeding, stelt Vermeer dat dit je normale activiteit lijkt te zijn. Voor deze situaties, zo concludeert Vermeer, lijkt het veilig om te stellen dat de cash pool leider als Btw-ondernemer kwalificeert.

De sprekers gingen vervolgens in op de wijze waarop Btw-teruggaaf berekend dient te worden. In het kader van de overheadskosten noemden Vermeer en Busink de bankenresolutie¹³ waarin op basis van een pro ratamethode de Btw-teruggaaf berekend kan worden. Weliswaar is deze resolutie geschreven voor banken, maar de gedachte is dat de resolutie ook toegepast zou kunnen worden op cash pools. In Nederland is het uitgangspunt dat het pro rata recht op Btw-teruggaaf gebaseerd wordt op omzetverhouding, maar indien aannemelijk is dat het werkelijke gebruik niet strookt met het gebruik gebaseerd op de omzetverhouding, kan een beroep gedaan worden op de werkelijk gebruik methode.

Voor toepassing van de pro rata methode blijkt het begrip ‘omzet’ niet altijd duidelijk te zijn. Busink en Vermeer wijzen in dit verband op het arrest *First National Bank of Chicago*.¹⁴ Deze bank wisselde valuta, zonder dat daarvoor door de bank een afzonderlijke provisie werd bedongen. De bank behaalde zijn opbrengsten uit de marge tussen de aan- en verkoopkoersen. Naar het oordeel van het HvJ EU was er sprake van diensten onder bezwarende titel, waarbij de vergoeding werd gevormd door de marge. Vermeer stelt dat naar aanleiding van *First National Bank of Chicago* ook bij cash pools de vraag gesteld kan worden wat de omzet van de cash pool is: de marge of de ontvangen (bruto) rente?

⁹ HvJ EU 11 juli 1996, C-306/94 (*Régie Dauphinoise*).

¹⁰ In het arrest *Régie Dauphinoise* was overigens sprake van een beheerder van onroerende zaken die de voorschotten van huurders en eigenaren belegde.

¹¹ HvJ EG 14 november 2000, C-142/99 (*Floridienne/Berginvest*).

¹² De holdingmaatschappijen verrichtten Btw-belaste beheer diensten aan dochtermaatschappijen.

¹³ Resolutie van 9 november 1982, nr. 282/15703. In de bankenresolutie heeft de staatssecretaris van Financiën goedgekeurd dat voor alle gemend gebruikte kosten een Btw-teruggaaf mogelijk is op basis van de pro rata methode, welke gebaseerd is op omzet, voorzover goederen en diensten zijn gebruikt voor bancaire activiteiten. De pro rata calculatie werkt zo dat het deel terug te krijgen Btw de uitkomst is van een breuk, waarbij de teller bestaat uit de omzet van Btw belastbare prestaties plus alle non-EU omzet en de noemer bestaat uit de totale omzet.

¹⁴ HvJ EG 14 juli 1998, C-172/96 (*First National Bank of Chicago*).

In het meer recente arrest *Banco Mais*¹⁵ vinden Busink en Vermeer steun voor hun opvatting dat mogelijk alleen de rentemarge meegenomen zou mogen worden als omzet in de pro rata berekening. De rentemarge is bijvoorbeeld het verschil tussen de ontvangen rente op hypotheekproducten en de betaalde rente op spaartegoeden. In het kort ging *Banco Mais* over een Portugese bank die Btw belaste auto-leaseactiviteiten en andere Btw vrijgestelde financiële activiteiten uitoefent. De Btw-belaste leasetermijn omzet bestond uit de elementen aflossing, rente en overige kosten. Aan het HvJ is de vraag voorgelegd of de ontvangen leasetermijnen in volle omvang als omzet in de noemer van de pro rata berekening moet worden opgenomen, danwel dat uit de leasetermijn alleen de rente-element behoort te worden meegenomen omdat dit de vergoeding voor of de winst uit de auto-leaseactiviteit is. Het HvJ EU overweegt dat de berekening van het pro rata recht op aftrek minder nauwkeurig is indien rekening wordt gehouden met het volledige bedrag van de leasetermijnen, dan wanneer alleen het rente-element uit de leasetermijn gebruikt zou worden. Dit is zo wanneer het rente-element de tegenprestatie is voor de door *Banco Mais* gedragen kosten betreffende de financiering en het beheer van de lease contracten aangezien voornamelijk voor deze twee taken gemengd gebruikte externe kosten worden gemaakt. De lokale Portugese rechter dient zich over deze vraag te buigen. Busink en Vermeer concludeerden dat het voor banken wellicht ook mogelijk is om enkel de rentemarge in plaats van de gehele (bruto) rente als vrijgestelde omzet mee te nemen in de pro rata berekening omdat de rentemarge uiteindelijk de vergoeding voor of de winst uit het rentebedrijf van de bank is.

3. Enkele (internationale) belastingaspecten rondom cash pooling

Gelissen gaf een kort historisch overzicht en introductie over de werking van cash pools. Een cash pool leidt tot een voordeel vanwege het salderen van debet en credit posities. Dit voordeel kan niet in zijn geheel aan de cash pool leider worden toegerekend. Er dient dus een allocatiemethode toegepast te worden om de transactie tussen alle cash pool participanten *arm's length* te maken.

Aan de hand van een voorbeeld illustreerde Gelissen een eenvoudige cash pool. In deze cash pool zitten drie entiteiten, waaronder Moeder (M). M heeft een overvloedige kaspositie van 100 waarover een rente van 1% wordt vergoed door de bank. Ook twee dochters nemen deel aan de cash pool. Dochter (D1) heeft een kasoverschot van 100 waarover een rente van 1% wordt vergoed door de bank. Dochter (D2) heeft een kastekort van 200 waarover een rente van 5% wordt betaald aan de bank. De groep, bestaande uit M, D1 en D2, heeft geconsolideerd beschouwd geen kastekort of kasoverschot. Toch is er een geconsolideerde rentelast van 8. Met dit resultaat, zo stelt Gelissen, zullen stakeholders niet tevreden zijn omdat er per saldo geen behoefte bestaat aan kasmiddelen. Een simpele oplossing zou de oprichting van een cash pool zijn.

Dat de praktijk weerbarstiger is dan de theorie blijkt volgens Gelissen uit de perikelen rondom Air France-KLM.¹⁶ Binnen het luchtvaartconcern speelde een discussie over hoe er omgegaan zou moeten worden met het kasoverschot van KLM. De vraag was of KLM haar kasoverschot zou moeten overdragen aan Air France, die met een kastekort zat. Vanuit financieel oogpunt, meende Gelissen, zou dit volstrekt logisch zijn omdat de groep als geheel een rentevoordeel zou behalen: de totale rentelasten zou immers dalen. Toch bleek dat interne politiek voor weerstand zorgde.

Na deze introductie ging Gelissen in op enkele fiscale implicaties die bij cash pools optreden.

Een van die implicaties is het alloceren van het voordeel dat met de cash pool wordt behaald. Het voordeel van de cash pool in het zo-even genoemde voorbeeld ontstaat doordat enerzijds de debetrente hoger ligt dan de creditrente en anderzijds D2 per saldo niet langer rente aan de bank hoeft te betalen. In plaats daarvan betaalt D2 rente aan M en D1. De vraag is hoeveel rente D2 zou moeten betalen. M en D1 waren tevreden met een vergoeding van 1% rente van de bank. Dit leidt tot een gezamenlijke rentebate van 2. D2 betaalde 5% rente aan de bank, resulterend in een rentelast van 10. Het cash pool voordeel bedraagt dus 8 (de rentelast van 10 verminderd met de rentebate van 2). In de ogen van Gelissen dient voor de toerekening van het cash pool voordeel gekeken te worden naar het risicoprofiel en aanwending van de kasmiddelen. Volgens Gelissen zou niet het gehele voordeel moeten worden toegerekend aan de cash pool deelnemers met een kasoverschot aangezien het voordeel niet ontstaat met enkel kasoverschotten. Om een dergelijk voordeel te behalen is immers ook een deelnemer met een kastekort benodigd.

¹⁵ HvJ EU 10 juli 2014, C-183/13 (*Banco Mais*).

¹⁶ Zie <http://nieuws.klm.com/klm-cash-management-and-financing/>.

Ook renteaftrekbeperkingen zorgen voor implicaties. In plaats van geld van een derde te lenen, wordt het geld van een verbonden lichaam geleend.¹⁷ Gelissen stelt dat een oplossing voor dit probleem wellicht gevonden zou kunnen worden in de opzet van een notionele cash pool in plaats van een fysieke cash pool. Bij een notionele cash pool worden op periodieke basis alle kasposities gesaldeerd, alsof er sprake is van één bankrekening. Het renteresultaat zou verrekend worden. In het eerder door Gelissen gebruikte voorbeeld zou dit leiden tot een rentevoordeel van 8. De vraag is of deze 8 bij de toerekening als rente of als een vergoeding voor dienstverlening¹⁸ moet worden gekwalificeerd. Wat is bijvoorbeeld het effect op de renteaftrekbeperking als een vennootschap wordt geconfronteerd met niet-aftrekbare rente terwijl vervolgens aan die vennootschap een rentevoordeel wordt toegerekend vanwege de cash pool. Feitelijk worden de rentekosten verminderd, maar Gelissen vraagt zich af of het rentevoordeel (volledig) gesaldeerd mag worden met de niet-aftrekbare rente.

Het potentiële risico van (het ontstaan van) een vaste inrichting is eveneens een implicatie. Gelissen refereerde hierbij aan een praktijkcasus van een aantal jaren geleden waarin de *head of treasury* van een cash pool groep in het Verenigd Koninkrijk was gevestigd. Omdat de Britse fiscus vond dat te weinig voordeel aan het Verenigd Koninkrijk werd toegerekend, werd beargumenteerd dat binnen het Verenigd Koninkrijk mogelijk een vaste inrichting was ontstaan waaraan een (extra) cash pool voordeel aan het Verenigd Koninkrijk toegerekend diende te worden. Of deze soep ook echt zo heet gegeten werd, is in de praktijk niet gebleken, omdat in de praktijk het cash pool voordeel anders verdeeld werd waardoor de Britse fiscus geen noodzaak meer zag om dit standpunt door te zetten.

Een andere implicatie is de bronbelasting op rente. Normaliter is bronbelasting verrekenbaar bij de ontvanger van de rente of de rentebetaling is zelfs geheel vrijgesteld van bronbelasting. In geval van verrekening bij de ontvanger is de vraag of de bate – bruto rente of een spread – voldoende is om de bronbelasting volledig te verrekenen. Indien een verlaging van de bronbelasting mogelijk is op basis van een verdrag of de rente- en royaltyrichtlijn, is vereist dat de ontvanger de uiteindelijk gerechtigde is. Hij waarschuwde dat, afhankelijk van de cash pool structuur, de bank soms als uiteindelijk gerechtigde van de rente wordt aangemerkt.

Een laatste opmerking plaatste Gelissen in het kader van stamp duties op intragroepsleningen. In Oostenrijk bestond een stamp duty op het aangaan van intragroepsleningen. Hoewel de stamp duty slechts 0,25% bedroeg, zou dit bij actieve cash pools tot vervelende situaties kunnen leiden. Als voorbeeld noemde Gelissen een cash pool die een jaar lang, vijf maal per week intragroepsleningen aanging en waarbij de cash pool documentatie zodanig ingericht was dat daarmee iedere keer als het ware een nieuwe groepslening werd aangegaan. De stamp duty kosten zouden in dat geval oplopen tot 65%, waardoor de cash pool voordelen in zijn geheel zouden verdwijnen. Dit risico kan voorkomen worden door de cash pool documentatie vooraf juist in te richten.

Hamelink begon zijn verhaal met de prikkelende stelling dat de verdeling van cash pool voordelen niet binnen de reikwijdte van het arm's-lengthbeginsel valt omdat een cash pool transactie tussen derden nooit zou plaatsvinden. Hamelink vervolgde dat de stelling (uiteeraard) niet klopte en verwees hierbij naar de Transfer Pricing Guidelines:

“A practical difficulty in applying the arm’s length principle is that associated enterprises may engage in transactions that independent enterprises would not undertake. Such transactions may not necessarily be motivated by tax avoidance but may occur because in transacting business with each other, members of an MNE group face different commercial circumstances than would independent enterprises. Where independent enterprises seldom undertake transactions of the type entered into by associated enterprises, the arm’s length principle is difficult to apply because there is little or no direct evidence of what conditions would have been established by independent enterprises. The mere fact that a transaction may not be found between independent parties does not of itself mean that it is not arm’s length.”¹⁹

Sommige transacties vinden vanwege hun aard enkel in een groep plaats en niet tussen derden. Dit laat onverlet dat een transactie *arm’s length* kan zijn. Bedacht zal moeten worden hoe een derde in een dergelijk geval gehandeld zou hebben. Dat kan, zo meende Hamelink, door de vraag te stellen wat rationeel

¹⁷ Zie in dit verband artikel 10a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

¹⁸ De service fee zou de tegenprestatie vormen voor deelname van D2 in de cash pool.

¹⁹ Paragraaf 1.11 Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations.

ondernemersgedrag is en wat een derde in zo'n geval zou hebben gedaan. Als uitgangspunt binnen transfer pricing worden ondernemingen geacht naar winst te streven. Wanneer een onderneming meerdere reële opties heeft om haar winst te vergroten, leidt dit ertoe dat het onderhandelingsvermogen toeneemt. Hamelink bracht deze lessen terug naar het voorbeeld van Gelissen en stelde de vraag hoe cash pool participanten binnen een groep met elkaar zouden onderhandelen om het cash pool voordeel van 8 te verdelen. Volgens Hamelink dient gekeken te worden naar welke partijen het mogelijk maken een voordeel te behalen. Bij de cash pool werken partijen samen om voordeel (rentebesparing) te behalen, zo stelde Hamelink. Enerzijds is een partij nodig die tijdelijk kasoverschot bezit. Anderzijds is er ook een partij nodig die een tijdelijk kastekort heeft dat gecompenseerd kan worden.

Hamelink vervolgde dat de zienswijze van de Belastingdienst is dat cash pool participanten geacht worden een gelijk onderhandelingsvermogen te hebben en met hun steeds in hoogte wisselende rekening courant saldi een vergelijkbaar risico te lopen. Het cash pool voordeel dient dan ook gelijkelijk verdeeld te worden over de uitleners en de inleners. In het Verrekenprijsbesluit²⁰ wordt een voorbeeld genoemd waarbij als gevolg van hogere volumes een inkoopvoordeel wordt gerealiseerd. Afhankelijk van de functionele inkleding van de casus kan het voordeel worden toegerekend aan de partijen die het volume inbrengen. Naar deze analogie zouden cash pool voordelen eveneens toegerekend kunnen worden aan de partijen welke het 'volume' inbrengen. Het cash pool voordeel van 8 zou, zo stelde Hamelink, als volgt verdeeld worden. M en D1 (beide een vordering van 100) verkrijgen een cash pool voordeel van elk 2. D2 (schuld 200) verkrijgt dan een cash pool voordeel van 4.

Tot slot ging Hamelink in op de rol van garanties. Een garantie leidt doorgaans tot een renteverlaging. Er bestaat een verschil tussen expliciete en impliciete garanties. Bij een expliciete garantie staat een entiteit, vaak de moedermaatschappij, garant voor de schuld van een gelieerd lichaam. Afhankelijk van het voordeel dat een derde van de expliciete garantie zou hebben, zou deze bereid zijn hiervoor een vergoeding te betalen. Bij een impliciete garantie houdt de geldverstrekker rekening met het feit dat de moedermaatschappij van een concern een strategische dochter niet failliet zal laten gaan, omdat dit reputatieschade zou opleveren. Geldverstrekkers weten dit en houden met dit gegeven rekening wanneer de rente wordt vastgesteld. Het voordeel dat de dochter geniet uit hoofde van de impliciete (niet geformaliseerde) garantie, is volgens Hamelink geen prestatie waarvoor zij in een derdensituatie bereid zou zijn te betalen; immers zij geniet dit voordeel al vanwege haar groepslidmaatschap. Voor dit deel, is dan ook onder de werking van het arm's length beginsel geen vergoeding verschuldigd.

4. De (voorgestelde) aanpassingen van de EU moeder-dochterrichtlijn en rente- en royaltyrichtlijn

Op grond van de moeder-dochterrichtlijn heft de bronstaat geen bronbelasting in het geval van grensoverschrijdende winstuitkeringen. De ontvangststaat geeft een voorkoming van dubbele belasting door een vrijstelling of verrekening.

Hoewel het doel van de moeder-dochterrichtlijn de voorkoming van economisch dubbele belasting is, kan met behulp van de moeder-dochterrichtlijn ook dubbele niet-belasting optreden. Mitroyanni ging hierbij in op hybride leningen en in het bijzonder op de 'Profit Participation Loan' (PPL). Door het kwalificatieverschil tussen lidstaten ziet de bronstaat een aftrekbare rentebetaling, terwijl de ontvangststaat een onbelaste winstuitkering in aanmerking neemt.

In 2013 heeft de Europese Commissie een anti-misbruikvoorstel gedaan om het gebruik van hybride leningen als fiscale planningsmogelijkheid minder aantrekkelijk te maken. Voorgesteld werd om de moeder-dochterrichtlijn buiten toepassing te laten, indien en voorzover de ontvangen winstuitkering in het bronland aftrekbaar is geweest. Op 20 juni 2014 zijn de ministers van Financiën unaniem akkoord gegaan met aanpassing van de moeder-dochterrichtlijn.²¹

Een tweede voorstel van de Europese Commissie ging over de introductie van een algemene antimisbruikbepaling. Deze beoogde geen voordelen toe te kennen aan kunstmatige constructies die opgezet zijn met als hoofddoel, of een van de hoofddoelen, een belastingvoordeel te verkrijgen. Een constructie wordt

²⁰ Besluit van 14 november 2013, nr. 2013/184M (Verrekenprijsbesluit), onder punt 9 (inkopen in concernverband).

²¹ Zie Richtlijn 2014/86/EU.

kunstmatig geacht wanneer deze niet is opgezet om zakelijke redenen en niet de economische werkelijkheid weerspiegelt. Mitroyanni lichtte toe dat het hier een minimumvereiste betreft en dat het lidstaten vrij staat om strengere nationale regels in te voeren.²²

Mitroyanni ging vervolgens in op de rente- en royaltyrichtlijn. Op grond van de rente- en royaltyrichtlijn worden grensoverschrijdende rente- of royaltybetaling binnen de EU vrijgesteld van bronbelasting, indien de betaling tussen verbonden lichamen plaatsvindt.

In 2011 heeft de Europese Commissie een voorstel tot aanpassingen van de rente- en royaltyrichtlijn gedaan om de richtlijn meer in lijn te brengen met de moeder-dochterrichtlijn. Dit voorstel is nog steeds aanhangig omdat lidstaten geen overeenstemming kunnen vinden over de minimale mate waarin rente of royalty belast zou moeten worden om voor richtlijnvoordelen in aanmerking te kunnen komen. Als discussiepunten, noemde Mitroyanni, royaltybetalingen aan een land met een (laagbelast) IP-box-regime of de *Double Irish* structuur, zoals deze bestond vóór recente veranderingen.

Met het Letse voorzitterschap van de Europese Unie is de verwachting dat de discussie tussen lidstaten hervat zal worden. Hierbij zal als belangrijkste doelstelling de invoering van een algemene anti-misbruikbepaling zijn zoals onlangs neergelegd in de moeder-dochterrichtlijn.

Douma besprak de aanpassingen aan de moeder-dochterrichtlijn in een breder EU-rechtelijk perspectief. Hij stelde de vraag of de nieuwe anti-misbruikbepaling over het kwalificatieverschil van hybride leningen, het risico van staatssteun zou kunnen opleveren. Stel dat alle lidstaten de nieuwe bepaling zeer strikt zouden implementeren, zodat de bepaling alleen zou zien op intra-EU-betalingen. Zou in dat geval gesteld kunnen worden dat betalingen op een hybride lening, van *niet* in de EU gevestigde dochtermaatschappijen, beter behandeld zouden worden dan betalingen van *wel* in de EU gevestigde dochtermaatschappijen?

Als reactie op deze stelling werd vanuit de zaal gerefereerd aan de zaken Autogrill en Santander.²³ De zaak Autogrill ging over de afschrijving van goodwill in Spanje. In Spanje mag *wel* op goodwill afgeschreven worden na aankoop van een niet in Spanje gevestigde deelneming, terwijl *niet* op goodwill afgeschreven mag worden na aankoop van een in Spanje gevestigde deelneming. In de ogen van de Europese Commissie vormde dit staatssteun, maar het Gerecht van de Europese Unie vernietigde deze beslissing en was van oordeel dat de selectiviteit van de maatregel niet voldoende door de Europese Commissie is aangetoond. Douma stelde dat de Autogrill-uitspraak op gespannen voet lijkt te staan met eerdere rechtspraak en door het HvJ EU wellicht vernietigd zal worden omdat er juist wel sprake is van selectiviteit. Spanje verleent in deze zaak een voordeel aan een belastingplichtige en verleent dit voordeel niet aan een andere belastingplichtige, terwijl beoordeeld naar het doel van de maatregel, beide belastingplichtigen gelijk zijn.

Tot nog toe heeft Nederland altijd de deelnemingsvrijstelling toegestaan op hybride leningen wanneer aan alle wettelijke voorwaarden is voldaan. Wanneer strikte implementatie van de moeder-dochterrichtlijn zou leiden tot een minder gunstige behandeling van niet-intra-EU-betalingen, zou dit inconsistent kunnen zijn met ons belastingstelsel en zou een dergelijke regeling een risico tot staatssteun vormen.

Tot slot werd ingegaan op de algemene anti-misbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn. Een punt van aandacht, aldus Douma, is of de tekst van de anti-misbruikbepaling voor belastingplichtigen voldoende duidelijk is. De vraag is bij welke situaties de anti-misbruikbepaling precies in werking treedt. Door de enigszins vage bewoording bestaat het risico dat de bepaling strijd met het rechtszekerheidsbeginsel oplevert. Hierbij refereerde Douma aan de Belgische zaak SIAT²⁴ waarin het HvJ EU oordeelde dat een Belgische anti-misbruikbepaling niet voldoende duidelijk was voor belastingplichtigen. Een dergelijk onduidelijke bepaling leverde in de ogen van het HvJ EU strijdigheid met het primaire EU-recht op. Douma is van mening dat de anti-misbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn niet duidelijker lijkt opgeschreven is dan de Belgische bepaling. In zijn ogen bestaat er geen twijfel dat deze vraag vroeg of laat aan de rechter zal worden voorgelegd.

²² Zie Richtlijn 2014/86/EU.

²³ Gerecht van de EU 7 november 2014, T-219/10 (*Autogrill España vs. Commissie*), ECLI:EU:T:2014:939 en GvA EU 7 november 2014, T-399/11 (*Banco Santander en Santus vs. Commissie*), ECLI:EU:T:2014:938. Beroep is ingesteld onder nummer C-20/15P respectievelijk C-21/15P.

²⁴ HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10 (*SIAT*).