

Rechterlijke uitspraken uit 2003 wekten de indruk dat de Antillenroute voor royaltybetalingen weer mogelijk is.

Een wetswijziging op een ogenschijnlijk heel ander front regels maakt die constructie echter tot fiscaal dynamiet.

JOS PETERS*

Het onderbrengen van sterk winstgevende bedrijfsonderdelen, waaronder bijvoorbeeld de exploitatie van intellectuele eigendomsrechten, in Antilliaanse dochtervennootschappen leek enige tijd een onhaalbare kaart. In een arrest van de Hoge Raad uit 1987 was immers beslist dat de Antilliaanse dochter (concernverzekeringsmaatschappij) van een Nederlands scheepvaartconcern, ondanks eigen personeel op de Antillen, toch voor het overgrote deel van de behaalde winst in Nederland belastbaar bleef.

Antillenroute

In 2003 boog het Gerechtshof in Amsterdam zich voor het eerst weer eens over deze Antillenroute, en bracht een aantal nuances aan die voor een herleving van deze voor Nederlandse bedrijven zo aantrekkelijke fiscale planning zouden kunnen zorgen. Het Hof oordeelde onder meer dat als de te verrichten werkzaamheden relatief gering van omvang zijn en de Antilliaanse directie voldoende deskundigheid bezit om deze uit te voeren, de Antilliaanse winst niet - zoals bij de onfortuinlijke verzekeraar - in Nederland kan worden belast.

Men moet echter oppassen de oude fiscale



FOTO: KEES BROUWER

Antilliaans dynamiet

Men heeft niet alleen de wettekst tegen maar ook de nieuwe regels voor doorstroomlichamen.

technieken weer nieuw leven in te blazen. Tussentijds is er namelijk een wetswijziging rond de deelnemingsvrijstelling geweest die op het eerste gezicht weinig te maken heeft met de Antillenroute, maar deze in gevallen van exploitatie van intellectuele eigendomsrechten toch onmogelijk zal maken. Bovendien heeft Financiën cassatie aangetekend tegen de Hofuitspraak, maar dat terzijde.

Royalty's

Om dit in te zien, moet er een uitstapje worden gemaakt naar de onderwerpen 'royalty's' en 'bronheffingen', en de nieuwe Nederlandse regels voor doorstroomlichamen die uiterlijk per 31 december 2005 in werking treden. Wie intellectuele eigendomsrechten in een fiscaal vriendelijk behandelde dochtervennootschap wil onderbrengen, moet zich realiseren dat de opbrengsten van zulke rechten - bijvoorbeeld merkenrechten, patenten, octrooien, knowhow en auteursrechten - in de zin van de fiscale wetgeving van het land van de betaler vrijwel altijd royalty's zullen zijn. En royaltybetalingen aan fiscaal vriendelijke oorden als de Antillen gaan meestal gepaard met anti-misbruikregels. De voornaamste daarvan zijn:

- de royaltybetaling is fiscaal niet aftrekbaar voor de gebruiker van de rechten;
- op de betaling zelf is een bronheffing van toepassing van doorgaans 25 procent (royalty tax).

In tweeën knippen

In het verleden werd dit vaak op eenvoudige wijze opgelost door de royaltystromen als het ware in tweeën te knippen: de Antilliaanse NV exploiteerde de rechten niet zelf, maar gaf een exploitatielicentie aan een Nederlandse BV (de moedervennootschap of een andere Nederlandse groepsmaatschappij), die op haar beurt aan de gebruikers van de rechten een gebruikslicentie verleende. De Nederlandse vennootschap moest daarbij op basis van gepubliceerd *ruling*-beleid een geringe winstmarge behalen, maar kon het overgrote deel van de winst op deze transacties doorpompen naar de Antillen. De Antilliaanse winst kon vervolgens, als de fiscale constructie

de diverse toetsen van gerechtshoven en Hoge Raad kon doorstaan, belastingvrij naar Nederland worden overgemaakt onder de deelnemingsvrijstelling. Op deze wijze werd een winst die normaalgesproken tegen 35 procent zou zijn belast, effectief belast tegen een gecombineerd Nederlands- Antilliaans tarief van zo'n vijf procent.

Deelnemingsvrijstelling

Sinds de jaren waarin de in 2003 door het Hof berechte gevallen plaats hadden, is de deelnemingsvrijstelling echter aangepast. Om Nederlandse multinationals te bewegen hun concernfinanciering, die vanwege de lage belastingtarieven meestal in België of Ierland was ondergebracht, naar Nederland terug te halen, werd een tweesporenbeleid geformuleerd:

- de deelnemingsvrijstelling op de treasury-winsten van Belgische, Ierse en andere dochtervennootschappen kwam te vervallen;
- Nederland voerde voor Nederlandse treasury centers een speciaal tarief in van zeven procent effectieve vennootschapsbelasting.

De tweede regeling is kortgeleden ingetrokken, maar de eerste is blijven bestaan.

Groepsfinanciering

Het probleem zit hem in de wettelijke definitie van concernfinanciering. Deze omvat - op speciaal verzoek van de Tweede Kamer destijds - ook licentiëringstructuren. Om het de multinationals naar de zin te maken, wilde men niet alleen 'kale' groepsfinanciering onder het gunstige zevenprocenttarief kunnen brengen. Een Antilliaans lichaam dat voor zijn intellectuele eigendomsrechten exploitatielicenties verstrekt aan een Nederlandse moeder of groepsmaatschappij, zodat die gebruikslicenties kan verstrekken aan derden, wordt hierdoor echter in wettelijke zin een groepsfinancieringsmaatschappij.

Geen 'beneficial oner'

Men zou kunnen beargumenteren dat het er per saldo om gaat - 'slechts' via een

Nieuwe Antilliaanse fiscale planning zou tot een fiscale ramp uit onverwachte hoek kunnen leiden.

Nederlandse tussenstap - gebruiksrechten aan derden te verstrekken en dat de tussenkomst van het Nederlandse lichaam hierbij dus in feite geen groepsfinanciering is. Dat zou dan gelijk staan met de stelling dat in het Nederlandse lichaam geen waarde wordt toegevoegd, en dat de vraag of hier sprake is van 'concernlicentiëring' in feite genegeerd zou mogen worden.

Helaas heeft men in dit geval niet alleen de wettekst tegen, maar ook de per 1 januari 2002 ingevoerde nieuwe Nederlandse regels voor doorstroomlichamen (overgangsregeling tot uiterlijk 31 december 2005): indien een tussen-geschakeld Nederlands lichaam met betrekking tot de ontvangen en grotendeels weer doorbetaalde royaltystromen geen toegevoegde waarde biedt, dan is zij in de zin van artikel 8c VpB een dienstverlenend lichaam en kan zij geen gebruikmaken van de verlaging van de buitenlandse bronheffing op de te ontvangen royaltybetalingen. Dit omdat dit lichaam naar Nederlandse opvattingen in verdragszin geen *beneficial owner* van de royaltystroom is.

Dynamiet

Nederland heeft zich verplicht om bij constatering van dergelijke gevallen, de fiscus in de landen van de royaltybetalers actief in te lichten via zogenaamde 'renseignering'. Nieuwe Antilliaanse fiscale planning op basis van de Amsterdamse rechterlijke uitspraak in 2003, is dus uiterst gevaarlijk indien men niet tevens enkele wijzigingen aanbrengt om het geschetste concernfinancieringsprobleem te vermijden. Op de oude voet doorgaan zou in voorkomende gevallen tot een fiscale ramp uit onverwachte hoek kunnen leiden. Vooral jongere fiscalisten realiseren zich mogelijk niet altijd dat het spelen met dit soort fiscaal dynamiet gevaarlijk is: het ding kan recht in je gezicht ontploffen. Dat ook accountants hiervoor moeten oppassen, behoeft geen betoog. ■

Noot

* Jos Peters is zelfstandig gevestigd fiscalist bij Rima Marlyn Consultancy Group te Rotterdam.