

NovioTax COVID-19: 5 fiscale aandachtspunten

Augustus 2020

De (wereldwijde) inspanning tegen de verdere verspreiding van de COVID-19 pandemie heeft een diepgaande impact op de wereldeconomie. Veel ondernemingen ervaren dit jaar een daling van de omzet evenals verstoringen in de aanvoer en distributie van goederen en diensten. De impact verschilt sterk per sector. Grote winstdalingen vinden plaats in bijvoorbeeld de sectoren energie, consumentengoederen en de maakindustrie. Bedrijven die opereren in de sectoren gezondheidszorg, technologie en communicatie verwachten echter positieve (of minder negatieve) resultaten. Het is de vraag wat deze verschuivingen betekenen voor Nederlandse ondernemingen. In deze blog wordt een inkijk gegeven in de volgende vijf fiscale thema's:

1. Volgt een toename van transfer pricing geschillen?
2. Wat is de impact van COVID-19 op de innovatiebox?
3. Hoe verloopt de samenhang van de NOW-regeling en transfer pricing?
4. Zijn er mogelijkheden voor een belastingteruggaaf?
5. Leidt thuiswerken tot een vaste inrichting?

1. Volgt een toename van transfer pricing geschillen?

Veel grote bedrijven centreren hun transfer pricing beleid rond een centrale hoofdonderneming en buitenlandse ondersteunende ondernemingen, zoals bijvoorbeeld contractfabrikanten en (routinematige) contractdistributeurs. Het hoofdkantoor dient daarbij als centrale onderneming die de belangrijkste risico's draagt, de strategische beslissingen neemt en eigenaar is van de belangrijkste immateriële activa. De werkzaamheden van de routinematige contractfabrikanten en contractdistributeurs zijn meer bijkomstig of ondersteunend van aard. Zij dragen minder risico's en gebruiken een beperkt volume aan (immateriële) activa. Normaliter genereren routinematige bedrijven kleine maar relatief stabiele winsten en heeft de hoofdonderneming recht op het resterende resultaat (verlies of winst). De verrekenprijsmethoden die hier het meest worden toegepast zijn de cost-plus-methode en transactional net margin-methode. De toe te passen verrekenprijzen worden gebaseerd op wat een derde voor de activiteiten bereid zou zijn te betalen, onderbouwd aan de hand van benchmarkanalyses van bruto of netto marges van vergelijkbare ondernemingen.

Een complicerende factor is dat benchmarkanalyses gebaseerd zijn op de resultaten van derde bedrijven in een pré-COVID-19 tijdperk. Deze informatie weerspiegelt niet of onvoldoende de nieuwe marktomstandigheden. Door te vertrouwen op dergelijke informatie bestaat de kans dat een hoofdkantoor haar dochterondernemingen in 2020 en mogelijk ook in 2021 overcompenseert. Dit transfer pricing-beleid zal naar verwachting kritisch worden beoordeeld door de Belastingdienst.

Het verantwoorden van een verlies (of een verminderd resultaat) kan echter ook tot discussies leiden met de belastingdienst van het land van de contractfabrikant en/of de contractdistributeur. Het is de vraag of de contractfabrikant en/of de contractdistributeur het risico als gevolg van COVID-19 beheerst en/of kan beheersen. Van belang hierbij is dat de belastinginkomsten van landen als gevolg van de COVID-19 pandemie gaan dalen en dat contractfabrikanten van Europese ondernemingen zich veelvuldig bevinden in Aziatische landen (India, China, Bangladesh, Indonesië e.d.). Deze landen zijn naar verhouding zwaarder getroffen door de COVID-19 pandemie gelet op de relatief grote omvang van de (zwaar getroffen) maakindustrie (consumentengoederen en elektronica). In zoverre verwachten wij bij aanpassing van het transfer pricing-beleid en het verantwoorden van een verlies (of verminderd resultaat) transfer pricing discussies.

Overwogen kan worden (i) om nog dit jaar de bestaande benchmark te updaten (door middel van bijvoorbeeld regressieanalyses, de extrapolatie van data afkomstig uit een eerdere crisis en/of het interpreteren van externe informatie) en (ii) om te beoordelen of vergelijkbare bedrijven te vinden zijn die functioneel dicht bij de betreffende dochteronderneming staan wat betreft gevoeligheid voor de economische impact van de COVID-19 pandemie. Op basis van de eerste ervaringen uit de praktijk blijkt dat belastingdiensten (in diverse landen) terughoudend zullen zijn met het (al dan niet tijdelijk) toepassen van data van een vorige crisis. Deze crisis is te ver terug in de tijd.

Wij zien aanknopingspunten om COVID-19 aanpassingen te onderbouwen in benchmarkstudies. Illustratief is dat sommige contractfabrikanten van Nederlandse bedrijven streven naar het beperken van verliezen. Producten worden daarbij onder de kostprijs verkocht om de kosten van de onbenutte capaciteit te beperken en om liquiditeiten te genereren. Volledige kostendekking is daarbij niet mogelijk vanwege overtollige voorraden en een tekort aan inkomsten. De verkoop zonder afdoende afdekking van de overheadkosten is (op grond van het arm's length beginsel) onvermijdelijk en noodzakelijk. Daarnaast is het voorstelbaar dat in derde situaties partijen contractueel verplichte leveringen van goederen en diensten (ook bij afwezigheid van force majeure bepalingen in overeenkomsten) tijdelijk pauzeren. Beide partijen kunnen immers belang hebben bij het overeind houden van elkaar om toekomstige leveringen te waarborgen.

Het is verstandig om in de loop van 2020 aandacht te besteden aan de toe te passen verrekenprijs om tijdrovende en kostbare transfer pricing geschillen in latere jaren te beperken. Overwogen kan worden om de bestaande verrekenprijs al dan niet tijdelijk aan te passen als gevolg van de COVID-19 pandemie. Aanvullend kan overwogen worden te beoordelen of de interne overeenkomst met dochterondernemingen aangepast of gepauzeerd dient te worden en dienen mogelijk afspraken gemaakt te worden over het verlies als gevolg van de COVID-19 pandemie. Een eventuele aanpassing dient te worden voorzien van een onderbouwing van de zakelijkheid van de verrekenprijs. Gelet op de afwezigheid van beschikbare data van functioneel vergelijkbare ondernemingen (deze zijn pas in de loop van 2021 beschikbaar) kan een dergelijke onderbouwing tot discussies leiden. Daarnaast heeft een aanpassing mogelijk gevolgen voor invoerheffingen en de BTW en dienen de gevolgen van een verrekenprijsaanpassing op de crisismaatregelen (NOW-regelingen) beoordeeld te worden. Het is echter de vraag of ondernemingen kunnen voldoen aan het arm's length beginsel indien bestaande verrekenprijzen, die gebaseerd zijn op het pré-COVID-19 tijdperk, gehandhaafd worden.

2. Wat is de impact van COVID-19 op de innovatiebox?

Als de R&D-werkzaamheden binnen een onderneming een kernfunctie zijn en het aandeel van de kwalificerende immateriële activa in de totale opbrengsten relatief groot is, wordt het voordeel uit hoofde van deze kwalificerende immateriële activa voor de toepassing van de innovatiebox (veelal) bepaald door de zogenoemde afpelmethode. Hierbij worden de verschillende functies binnen een onderneming onderscheiden in enerzijds ondersteunende en meer routinematige functies en anderzijds in kernfuncties. Uitgaande van de operationele winst van de onderneming wordt eerst een deel van deze winst aan de ondersteunende en meer routinematige functies gealloceerd. Dit gebeurt op dezelfde wijze als de beloning van de (hiervoor toegelichte) contractfabrikanten en contractdistributeurs. Het voordeel dat voor de toepassing van de innovatiebox in aanmerking komt, bedraagt maximaal het deel van de restwinst dat aan de kernfunctie R&D kan worden toegerekend waarbij in de praktijk veelal waarde wordt toegekend aan o.a. de functies productie en marketing/verkoop. Een dergelijke innovatieboxafpraak draagt in de regel bij tot een substantiële verlaging van het effectieve belastingtarief.

Volgend op de COVID-19 pandemie is het echter de vraag of de feiten en omstandigheden ten tijde van het aangaan van de overeenkomst niet gewijzigd zijn. In de meeste vaststellingsovereenkomsten is hierover een bepaling opgenomen dat aanvullend overleg met de Belastingdienst benodigd is in het geval van een wezenlijke wijziging van de feiten en de omstandigheden (het is daarbij vaak een grijs gebied wat precies bedoeld wordt met een wezenlijke wijziging). De COVID-19 pandemie kan er echter toe leiden dat (grotere) bedrijven de buitenlandse werkzaamheden geografisch gaan spreiden of terughalen (onshoring) om de impact van (al dan niet locatiegebonden) lockdowns te beperken. Ook is het denkbaar dat toeleveringsketens worden ingekort om de impact van verstoringen te beperken. Daarnaast zal de vraag naar duurzamere productiemethoden en de inzet van digitale technologieën gaan toenemen. Een aantal bedrijven waren zich daarbij reeds aan het voorbereiden op de toenemende wereldwijde handelsspanningen. De COVID-19 pandemie kan dit proces versterken.

Afgezien van de vraag of de feiten en omstandigheden wel of niet (wezenlijk) zijn gewijzigd zal zich op korte termijn de impact van de COVID-19 pandemie manifesteren bij de beloning van de routinematige beloningen. Momenteel zijn deze gebaseerd op praktische afspraken die hun oorsprong vinden in de bestaande transfer pricing praktijk en de corresponderende benchmarkanalyses. Deze benchmarkanalyses zijn gebaseerd op de resultaten van derde bedrijven uit een pré-COVID-19 tijdperk. Indien argumenten voorhanden zijn om deze aan te passen, waarbij het overeenkomstig redenerend mogelijk moeilijker kan zijn om argumenten te vinden om de bestaande benchmark te sauveren, bestaat de mogelijkheid dat het aan de Nederlandse innovatiebox toe te rekenen voordeel zal toenemen.

Wijzigingen als gevolg van de COVID-19 pandemie, die bezien van een afstand geen impact hebben op de Nederlandse R&D-werkzaamheden en niet snel resulteren in een wezenlijk verschil van inzicht en waardering van de rol van R&D binnen een onderneming, kunnen overigens zijdelings toch een impact hebben op de toepassing van de innovatiebox. Ingeval de productieafdeling van een onderneming wordt gereorganiseerd of indien assemblagewerkzaamheden worden verplaatst naar het buitenland (en als ondersteunend gaan kwalificeren) zal het relatieve belang van de R&D-afdeling in Nederland

wijzigen. Het is daarbij de vraag of bijvoorbeeld de reorganisatiekosten en/of een eventuele eindafrekening, die ziet op de overdracht van de assemblagewerkzaamheden, meegenomen dienen te worden in de grondslag van de innovatiebox. Ingeval van de reorganisatiekosten kunnen wij ons voorstellen dat deze onder de innovatiebox wordt verantwoord. De R&D-werkzaamheden moeten de reorganisatiekosten immers terugverdienen.

3. Hoe verloopt de samenhang van de NOW-regeling en transfer pricing?

De NOW-regeling is van toepassing op ondernemingen die een omzetverlies lijden van minimaal 20% als gevolg van de COVID-19 pandemie. Gerelateerd aan dit omzetverlies kan voor een periode van drie maanden¹ een tegemoetkoming in de loonkosten worden aangevraagd. Voor de bepaling van het omzetverlies dient dit verlies op geconsolideerd niveau beoordeeld te worden. Een uitzondering is gemaakt voor concerns die kampen met een omzetverlies van minder dan 20% maar waar één of meerdere werkmaatschappijen standalone een omzetverlies van 20% of meer ervaren. Op basis van de concernregeling kunnen dergelijke werkmaatschappijen aanspraak maken op de NOW-regeling.

Een voorwaarde voor gebruikmaking van dit deel van de NOW-regeling, zijnde de concernregeling, is dat het transfer pricing systeem zoals gehanteerd in de jaarrekening 2019 (of de laatst vastgestelde jaarrekening) leidend is voor de NOW-periode en niet mag worden aangepast. Het is echter de vraag of het transfer pricing beleid als gevolg van het arm's length beginsel in het jaar 2020, of specifiek, ten tijde van de COVID-19 pandemie, niet juist moet worden aangepast. Het is aanvullend de vraag of bijvoorbeeld de baten van de NOW-regeling moeten worden doorberekend aan ontvangers van goederen of diensten binnen de groep. Met andere woorden, moet de kostenbasis verlaagd worden bij het bepalen van de verrekenprijs voor een dergelijk goed of dienst? Naar onze mening dient deze vraag met 'nee' beantwoord te worden. Een onafhankelijke derde zou een kostenvoordeel niet overdragen aan een derde dienstverlener.

Opgemerkt wordt dat in veel lokale steunregelingen (in bijvoorbeeld de V.S., Duitsland en Nederland) de steun gekoppeld is aan het personeelsbestand (dat niet kan werken als gevolg van de lockdown). In zoverre is het de vraag of überhaupt sprake kan zijn van een dienst ten tijde van de COVID-19 pandemie of de lockdown. Het bestaan van de overheidssteun is naar onze mening een indicatie om de afwezigheid van een interne transactie te rechtvaardigen. Illustratief in deze is dat in veel steunregelingen bepalingen zijn opgenomen die de overdracht van het voordeel frustreren (bijvoorbeeld door geen dividenden uit te keren gedurende een bepaalde periode).

Conceptueel zit (mogelijk) wel een (klein) addertje onder het gras. Ons antwoord is gegeven in de veronderstelling dat de markt voor een goed of een dienst als gevolg van de COVID-19 pandemie niet wezenlijk is veranderd (en dat de prijzen dus niet zijn veranderd). Voorstelbaar is echter dat de prijs van diverse diensten is gewijzigd als gevolg van de COVID-19 pandemie (gelet op het toegenomen aanbod en de stilgevalen vraag). Alsdan is het logisch om de interne prijs voor dergelijke diensten in de toekomst aan te passen aan het marktniveau om concurrerend te blijven.

4. Zijn er mogelijkheden voor een belastingteruggaaf?

In veel landen zijn als gevolg van de COVID-19 pandemie de achterwaartse en voorwaartse verliesverrekeningstermijnen opgerekt evenals maatregelen ingevoerd die de jaarlijkse verliesverrekening tijdelijk versoepelen. In Nederland is dit (vooralsnog) geobjectiveerd door de invoering van de coronareserve. Een COVID-19 gerelateerd verlies kan door middel van de coronareserve ten laste van de in 2019 belastbare winst worden gebracht. De resultaten van de jaren 2019 en 2020 worden op deze wijze gelijkmatiger verdeeld. Voor het vormen van een coronareserve zijn enkele voorwaarden gesteld, te weten: (i) het te verwachten COVID-19 verlies kan niet groter zijn dan het totale verlies over het jaar 2020, (ii) de dotatie aan de coronareserve bedraagt maximaal de winst over het jaar 2019 en (iii) de bedoelde reserve wordt ultimo 2020 in de winst opgenomen. Het aanpassen van achterwaartse en voorwaartse verliesverrekeningstermijnen leidt in beginsel tot een liquiditeitsvoordeel. Dit voordeel kan echter toenemen ingeval van een mogelijke (vereiste) aanpassing van het transfer pricing beleid. In het onderstaande voorbeeld is dit toegelicht.

Het Nederlandse hoofdkantoor is de entrepreneur binnen de groep met de belangrijkste functies. In Nederland wordt research en development uitgevoerd en worden de belangrijkste immateriële activa gehouden en beschermd. Het Nederlandse hoofdkantoor heeft bepaalde fabricagehandelingen uitbesteed aan een Indiase contractfabrikant, zijnde een dochtervennootschap. Verder worden verkopen in de Verenigde Staten uitgevoerd door een contractdistributeur (eveneens een dochtervennootschap). Deze laatste twee dochters ontvangen een routinematige (stabiele) positieve vergoeding van respectievelijk 10% van de totale kosten (kostprijs omzet plus operationele kosten) en 4% van de omzet. In ons rekenvoorbeeld is eenvoudigheidshalve de netto marge gelijk aan de belastbare winst. Verder is per land één tarief gehanteerd, zonder tariefsopstap. Uit onderstaand voorbeeld blijkt dat de totale belastingdruk in een normaal winstgevend jaar 806 bedraagt.

¹ Aanvullend ziet de aanvraag NOW 2.0 op een periode van 4 maanden (omzetdalingen vanaf 1 juni 2020).

Situatie 2020 zonder invloed COVID-19				
	NL BV Hoofdkantoor	India Ltd Contract Manufacturer	US Inc Sales / distributor	
Omzet	13.400	8.800	15.000	
Kostprijs omzet	8.800	5.000	13.400	
Bruto marge	4.600	3.800	1.600	
Operationele kosten	3.000	3.000	1.000	
Netto marge	1.600	800	600	3.000
Tarief	25%	35%	21%	
Vennootschapsbelasting	400	280	126	806
Netto marge / Omzet			4%	
Netto Cost Plus marge		10%		

Nu wordt vanwege de COVID-19 pandemie een verlies geleden. Op basis van het gehanteerde verrekenprijsbeleid dienen de Indiase vennootschap en de vennootschap in de Verenigde Staten jaarlijks een vaste vergoeding te ontvangen, zoals ook in het voorgaande rekenvoorbeeld is aangegeven. Dit leidt tot een aanzienlijk verlies in Nederland:

Situatie 2020 ten tijde van COVID-19 (zonder TP aanpassingen)				
	NL BV Hoofdkantoor	India Ltd Contract Manufacturer	US Inc Sales / distributor	
Omzet	7.640	7.810	9.000	
Kostprijs omzet	7.810	4.100	7.640	
Bruto marge	- 170	3.710	1.360	
Operationele kosten	3.000	3.000	1.000	
Netto marge	- 3.170	710	360	-/- 2.100
Tarief	25%	35%	21%	
Vennootschapsbelasting	N/a	249	76	325
Verliesverrekening	-/- 793			-/- 793
Totaal				-/- 468
Netto marge / Omzet			4%	
Netto Cost Plus marge		10%		

Zoals eerder aangegeven zal in veel sectoren de winstgevendheid van bedrijven flink zijn afgenomen vanwege de COVID-19 pandemie. Dit zal vaak ook gelden voor de vergelijkbare bedrijven uit een benchmark analyse. In ons voorbeeld zou dit betekenen dat de gehanteerde marges moeten worden bijgesteld. Het kan zelfs zo zijn, dat uit de functionele analyse naar voren komt, dat de vennootschappen in India en de Verenigde Staten functioneel in staat zijn bepaalde belangrijke risico's zelfstandig te beheersen. In dat geval kan hieruit resulteren dat ook verliezen (deels) gedeeld moeten worden met het Nederlandse hoofdkantoor.

In het onderstaande voorbeeld wordt uitgegaan van een verlaagde routinematige vergoeding in India en een klein verlies in de Verenigde Staten. Tot voor kort was het in de Verenigde Staten niet mogelijk om verliezen te verrekenen met voorgaande jaren. Dat is vanwege de COVID-19 maatregelen nu wel mogelijk. Een dergelijk verlies kan zelfs 5 jaar terug worden gewenteld naar een jaar waarin nog een hoger belastingtarief van toepassing was.

Situatie 2020 ten tijde van COVID-19 (met TP aanpassingen)

	NL BV Hoofdkantoor	India Ltd Contract Manufacturer	US Inc Sales / distributor	
Omzet	8.540	7.140	9.000	
Kostprijs omzet	7.140	4.100	8.540	
Bruto marge	1.400	3.040	460	
Operationele kosten	3.000	3.000	1.000	
Netto marge	- 1.600	40	- 540	- / - 2.100
Tarief	25%	35%	21%	
Vennootschapsbelasting	N/a	14	N/a	14
Carry Back	-/- 400		-/- 189*	-/- 589
Totaal				-/- 575
Netto marge / Omzet			-/- 6%	
Netto Cost Plus marge		0 / 1%		

*Vanwege de carry back termijn van 5 jaar kan veelal worden verrekend met jaren waarin een hoger tarief van toepassing was (ca. 35%).

Uit bovenstaande berekening blijkt per saldo een belastingteruggaaf van 575. Dit is hoger dan de teruggaaf (per saldo) bij het hanteren van hogere routinematige vergoedingen in India en de Verenigde Staten (468).

5. Leidt thuiswerken tot een vaste inrichting?

Als gevolg van de COVID-19 pandemie is het voor werknemers die grensoverschrijdend werken ingewikkeld om fysiek hun werkzaamheden uit te voeren. Dit kan gevolgen hebben voor bijvoorbeeld de (fiscale) woonplaats van werknemers, de 183-dagenregeling en/of tewerkstellingsvergunningen. Voor bedrijven kan dit echter ook impliceren dat eerder sprake is van een vaste inrichting of dat de vestigingsplaats van vennootschappen wijzigt. De OESO heeft op 3 april jongstleden richtlijnen gegeven aan landen om bedoelde gevolgen die voortvloeien uit de COVID-19 pandemie te beoordelen.

De OESO merkt op dat een werknemer die vanwege het buitengewone karakter van de COVID-19 pandemie thuis blijft om op afstand te werken in beginsel geen vaste inrichting zal creëren. Het karakter van thuiswerken is onvoldoende permanent en mist de benodigde continuïteit. Daarnaast zal de onderneming geen toegang of controle hebben over het thuishkantoor. Strikt genomen kan als gevolg van thuiswerken ook sprake zijn van het aannemen van een vaste vertegenwoordiging (bijvoorbeeld als de werknemer 'habitually' contracten sluit namens de onderneming). Volgens de OESO is het onwaarschijnlijk dat een werknemer die, slechts tijdelijk en gedwongen door overheidsmaatregelen, vanuit huis werkt, namens de onderneming 'habitually' contracten sluit. Ten aanzien van de uitvoering van werkzaamheden heeft de OESO landen aangeraden de termijn van de lockdown mee te nemen in de bepaling van de duur van de constructie (veelal 6 of 12 maanden). De COVID-19 pandemie kan eveneens aanleiding geven tot een mogelijke wijziging van de plaats van de effectieve leiding van ondernemingen. De OESO merkt op dat bij het bepalen van de plaats van de feitelijke leiding alle relevante feiten en omstandigheden moeten worden onderzocht en niet alleen de werkzaamheden die betrekking hebben op een uitzonderlijke en tijdelijke periode zoals de COVID-19 pandemie.

Opgemerkt wordt dat ten tijde van de OESO richtlijnen, zijnde 3 april 2020, nog relatief weinig bekend was over de duur van de beperkende overheidsmaatregelen. Het kan niet worden uitgesloten dat een aantal beperkende maatregelen zich langer gaan manifesteren. Daarnaast is het de vraag wat de toenemende inzet van digitale technologieën zal betekenen voor de bepaling van de vestigingsplaats van ondernemingen en/of het in aanmerking nemen van vaste inrichtingen.

DISCLAIMER

De informatie in dit blog is van algemene aard en heeft geen betrekking op de specifieke omstandigheden van een bepaald individu of een bepaalde entiteit. De informatie in dit blog is daarom bedoeld voor algemene informatieve doeleinden en kan niet als advies worden beschouwd. Hoewel we ernaar streven om nauwkeurige en tijdige informatie te verstrekken en er veel zorg is besteed aan het samenstellen van dit blog, kan er geen garantie worden gegeven dat dergelijke informatie correct is vanaf de datum waarop deze is ontvangen, of dat deze in de toekomst correct zal blijven. Niemand mag op basis van dergelijke informatie handelen zonder passend professioneel advies na een grondig onderzoek van de specifieke situatie. Wij aanvaarden geen enkele aansprakelijkheid voor de gevolgen die voortvloeien uit het gebruik van de informatie in deze publicatie.

Author(s):

By Gert-Jan Hop and Patrick T.F. Schrievers