

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

NADruk VERBODEN

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie



CFC-wetgeving in artikel 7 en 8 ATAD

*Een onderzoek naar de implementatie van de CFC-wetgeving uit de ATAD
in Nederland gelet op een aantal kwaliteitseisen voor wetgeving*

Naam: Sander van den Broek

Studentnummer: 383145

Scriptiebegeleider: L.C. van Hulten MSc

Tweede beoordelaar: Prof. Dr. P. Kavelaars

Datum: 6 december 2018

Plaats: Rotterdam

Voorwoord

Beste lezer,

Momenteel leest u het voorwoord van mijn scriptie ter afronding van de masteropleiding Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Tevens impliceert deze masterscriptie het einde van mijn studententijd. Ik kan mij nog goed herinneren dat ik in mijn eerste studiejaar door een aantal willekeurig gekozen masterscripties bladerde: puur uit nieuwsgierigheid naar wat mij over een aantal jaar te wachten zou staan. Het feit dat veel van deze scripties een voorwoord bevatte, wekte bij mij een gevoel op van amusement omringd door een vleugje irritatie; waar halen die afstuderende studenten immers de energie vandaan om – na het schrijven van ruim honderd pagina's – nog uitgebreid de moeite te nemen voor een voorwoord. Op het moment van schrijven voel ik hiertoe merkwaardig genoeg toch enige drang die niet het minst veroorzaakt wordt door mijn behoefte om een aantal personen te bedanken. Desalniettemin – mede om mijn vroegere zelf niet geheel te verloochenen – houd ik het verder kort.

Allereest wil ik graag mijn familie en vrienden bedanken die – ondanks hun wazige blikken – altijd geïnteresseerd zijn geweest in 'hoe het met mijn scriptie ging'. In het bijzonder bedank ik mijn ouders Chris en Gerard en jongere broer Stijn voor hun steun en vertrouwen gedurende mijn gehele studententijd. Bovendien gaat extra dank uit naar mijn tante Karin en vader. Zij wezen mij met hun scherpe blik stevast op taal- en spelfouten waar ikzelf tot dan toe meermaals overheen had gelezen. Tot slot wil ik uiteraard mijn scriptiebegeleidster Loes van Hulten bedanken voor haar accurate feedback, snelle reacties en bovenal fijne samenwerking.

Niets resteert mij verder om u bij dezen veel leesplezier toe te wensen.

Sander van den Broek

Rotterdam, december 2018

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK 1: INLEIDING	9
1.1 AANLEIDING	9
1.2 ONDERZOEKSVRAAG	13
1.3 TOETSINGSKADER.....	14
1.4 OPZET	16
1.5 AFBAKENING	17
HOOFDSTUK 2: CONTROLLED FOREIGN COMPANIES (CFC'S).....	19
2.1 INLEIDING	19
2.2 CFC'S EN BELASTINGONTWIJKing	19
2.2.1 <i>Belastinguitstel</i>	22
2.2.2 <i>Belastingvermindering</i>	25
2.3 BELEIDSOVERWEGINGEN VAN DE OESO	26
2.4 CFC-WETGEVING IN DE ATAD	29
2.4.1 <i>Definitie van een CFC</i>	29
2.4.2 <i>Drempelvereisten</i>	30
2.4.3 <i>Definitie van CFC-inkomen</i>	31
2.4.3.1 <i>Inkomstenbenadering</i>	31
2.4.3.2 <i>Transactiebenadering</i>	32
2.4.4 <i>Berekenen van CFC-inkomen</i>	33
2.4.5 <i>Toewijzen van CFC-inkomen</i>	33
2.4.6 <i>Voorkomen van de dubbele belastingheffing</i>	33
2.5 TOEPASSING VAN CFC-WETGEVING	34
2.6 DEELCONCLUSIE	35
HOOFDSTUK 3: NOODZAKELIJKHEID	37
3.1 INLEIDING	37
3.2 ARTIKEL 13A WET VPB 1969	37
3.2.1 <i>Doel</i>	37
3.2.2 <i>Strekking</i>	38
3.3 CFC-WETGEVING VERSUS ARTIKEL 13A WET VPB 1969.....	41
3.3.1 <i>Controlevereiste</i>	42
3.3.2 <i>Oogmerktoets</i>	43
3.3.3 <i>Onderworpenheidstoets</i>	45
3.3.4 <i>Bezittingentoets</i>	46
3.3.5 <i>Wijze van inclusie van CFC-inkomen</i>	47
3.4 TUSSENCONCLUSIE	48
3.5 ARTIKEL 15E, ZEVENDE LID, WET VPB 1969.....	48
3.5.1 <i>Strekking</i>	49
3.6 CFC-WETGEVING VERSUS ARTIKEL 15E, ZEVENDE LID, WET VPB 1969.....	51
3.7 TUSSENCONCLUSIE	53
3.8 DEELCONCLUSIE	53

HOOFDSTUK 4: RECHTMATIGHEID	55
4.1 INLEIDING	55
4.2 EU-RECHT	55
4.2.1 <i>Primair EU-recht</i>	55
4.2.2 <i>Jurisprudentie</i>	57
4.2.2.1 Cadbury Schweppes	58
4.2.2.2 Thin Cap GLO	60
4.2.2.3 Oy AA	61
4.3 CFC-WETGEVING VERSUS EU-RECHT	63
4.3.1 <i>Inkomstenbenadering</i>	64
4.3.2 <i>Transactiebenadering</i>	66
4.3.3 <i>Rechtvaardiging?</i>	67
4.4 TUSSENCONCLUSIE	70
4.5 VERDRAGENRECHT	70
4.6 CFC-WETGEVING VERSUS HET VERDRAGENRECHT	71
4.6.1 <i>Artikel 7, eerste lid, OESO-modelverdrag</i>	72
4.6.2 <i>Artikel 10, vijfde lid, OESO-modelverdrag</i>	74
4.7 TUSSENCONCLUSIE	76
4.8 DEELCONCLUSIE	76
HOOFDSTUK 5: DOELTREFFENDHEID & DOELMATIGHEID	78
5.1 INLEIDING	78
5.2 DOELTREFFENDHEID	78
5.2.1 <i>Doeltreffendheid en CFC-wetgeving</i>	79
5.2.1.1 <i>Empirisch onderzoek</i>	79
5.2.1.2 <i>Inkomstenbenadering versus transactiebenadering</i>	82
5.2.1.3 <i>Overige aspecten</i>	86
5.2.1.3.1 <i>Keuze(vrijheid) inzake de vormgeving van nationale CFC-wetgeving</i>	86
5.2.1.3.2 <i>Tussentijdse dividenduitkering</i>	87
5.3 TUSSENCONCLUSIE	88
5.4 DOELMATIGHEID	89
5.4.1 <i>Inkomstenbenadering versus transactiebenadering</i>	90
5.4.2 <i>Overige aspecten</i>	92
5.5 TUSSENCONCLUSIE	93
5.6 DEELCONCLUSIE	94
HOOFDSTUK 6: NEDERLANDSE IMPLEMENTATIE	96
6.1 INLEIDING	96
6.2 IMPLEMENTATIE VAN CFC-WETGEVING DOOR NEDERLAND	96
6.2.1 <i>‘Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking’</i>	97
6.2.1.1 <i>Definitie van een CFC</i>	97
6.2.1.3 <i>Definitie van CFC-inkomen</i>	98
6.2.1.4 <i>Berekenen van CFC-inkomen</i>	99
6.2.1.5 <i>Toewijzen van CFC-inkomen</i>	99
6.2.1.6 <i>Voorkomen van de dubbele belastingheffing</i>	99
6.3 ANALYSE	99
6.3.1 <i>Rechtmatigheid</i>	100

6.3.1.1 EU-recht	100
6.3.1.2 Verdragenrecht	101
6.3.2 <i>Doeltreffendheid</i>	102
6.3.3 <i>Doelmatigheid</i>	103
6.4 AANBEVELINGEN	104
6.5 DEELCONCLUSIE	107
HOOFDSTUK 7: CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	109
7.1 INLEIDING	109
7.2 CONCLUSIES	109
7.3 AANBEVELINGEN	114
LITERATUURLIJST	116

Gehanteerde afkortingen

ATAD	<i>Anti-Tax Avoidance Directive</i>
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
BW	<i>Burgerlijk Wetboek</i>
CBS	<i>Centraal Bureau voor Statistiek</i>
CFC	<i>Controlled Foreign Company</i>
EC	<i>Europese Commissie</i>
EER	<i>Europese Economische Ruimte</i>
EU	<i>Europese Unie</i>
HvJ	<i>Hof van Justitie</i>
M(F)	<i>Ministerie van Financiën</i>
MLI	<i>Multilateraal Instrument</i>
NOB	<i>Nederlandse Orde van Belastingadviseurs</i>
OESO	<i>Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling</i>
VI	<i>vaste inrichting</i>
VwEU	<i>Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie</i>
Wet IB 2001	<i>Wet inkomstenbelasting 2001</i>
Wet VpB 1969	<i>Wet op de vennootschapsbelasting 1969</i>

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding

*“Bedrijven ontwijken de belasting voor miljarden”*¹, zo luidde de krantenkop van het Algemeen Dagblad het afgelopen jaar. Bovendien schrijft de Volkskrant: *“EU legt belastingontwijking van multinationals als Apple en McDonald's aan banden”*² en het NRC: *“Belastingontwijking is simpel op te lossen”*³. Het voorgaande vormt een duidelijke indicatie van de ophef die in de afgelopen jaren is ontstaan omtrent het thema van internationale belastingontwijking door multinationals. Daarenboven bieden de geciteerde krantenkoppen een goed inzicht in de opbouw van deze inleiding; allereerst wordt kort toegelicht hoe de mogelijkheid voor bedrijven ontstaat om ‘voor miljarden’ aan belasting te ontwijken, vervolgens wordt een concreet voorbeeld gegeven van het multinationale bedrijf Apple om tot slot een aantal maatregelen tegen belastingontwijking uiteen te zetten waarvan één maatregel centraal staat in dit onderzoek.

In het kader van internationale belastingontwijking betreft het hoofdzakelijk multinationale ondernemingen met vestigingen in verschillende landen die – door handig gebruik te maken van dispariteiten die bestaan tussen belastingstelsels van de betreffende landen – een relatief lage vennootschapsbelastingdruk weten te creëren. Dit ligt in lijn met resultaten van empirisch onderzoek van het *Centraal Bureau voor Statistiek* (“CBS”) naar de verdeling van de effectieve vennootschapsbelastingdruk van ondernemingen in Nederland. Uit dit onderzoek blijkt immers dat relatief grote en internationaal opererende ondernemingen aan een lagere effectieve vennootschapsbelastingdruk onderworpen zijn dan kleine en nationaal opererende ondernemingen.⁴ Dit laat zich onder andere verklaren door het feit dat aan zuiver nationaal opererende ondernemingen logischerwijs niet de mogelijkheid ter beschikking staat om in te spelen op dispariteiten die bestaan tussen belastingstelsel van verschillende landen. Ter illustratie van het voorgaande geef ik het volgende voorbeeld: uit onderzoek van de Eurocommissaris Vestager bleek dat de multinational Apple in de periode van 2003 tot 2014 effectief slechts één procent tot zelfs 0,005 procent belasting betaalde over haar wereldwijde miljardenwinst.⁵

¹ S. van Marsbergen, ‘FNV: Bedrijven ontwijken de belasting voor miljarden’, *Algemeen Dagblad* 3 juni 2017.

² M. Peeperkorn, ‘EU legt belastingontwijking van multinationals als Apple en McDonald's aan banden’, *Volkskrant* 21 februari 2017.

³ W. van Noort, ‘Belastingontwijking is simpel op te lossen’, *NRC* 10 november 2017.

⁴ *De effectieve druk van de vennootschapsbelasting 2001 – 2006*, Den Haag: CBS 2008, p. 16.

⁵ W. van Noort, ‘Apple heeft berg kasgeld van kwart biljoen dollar’, *NRC* 3 mei 2017.

Hoewel door Apple vraagtekens worden gezet bij de juistheid van deze getallen⁶ wordt niettemin duidelijk waar de algehele consensus – dat grote multinationals door middel van belastingontwijking effectief (veel) te weinig belasting betalen over hun wereldwijde winst – op is gebaseerd. Het probleem van de vorige zin zit hem echter in het deel ‘door middel van belastingontwijking’. Het creëren van een relatief lage belastingdruk door middel van het ontwijken van belasting is immers een legale aangelegenheid aangezien dit zich binnen de grenzen van de belastingwet afspeelt. Ondanks het gegeven dat de facto een strijdigheid met de belastingwet ontbreekt, is in de praktijk steeds meer de morele aanvaardbaarheid van dergelijk ‘aggressive tax planning’⁷ door bedrijven onder druk komen te staan.⁸

Teneinde de eerdergenoemde mogelijkheid voor bedrijven tot – aldus legale – belastingontwijking in te perken, is door de internationale *Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling* (“OESO”) getracht om landen in dit kader tot méér wetgeving aan te sporen. De betreffende wetgeving zou dan gebaseerd moeten worden op de actiepunten (lees: maatregelen) uit het actieplan *Base Erosion and Profit Shifting* (“BEPS”). Kort gezegd is het doel van het BEPS-actieplan het presenteren van actiepunten die nodig zijn om op effectieve wijze situaties van zowel dubbele non-belastingheffing als situaties van relatief lage belastingheffing te bestrijden. Overigens zijn deze maatregelen slechts gericht op voornoemde situaties indien daarin op kunstmatige wijze het belastbaar inkomen wordt gescheiden van (de plaats van) de activiteit die dit inkomen genereert.⁹ Landen zijn echter niet verplicht om de in het BEPS-actieplan voorgestelde maatregelen te implementeren in hun nationale wetgeving; het actieplan heeft derhalve geen dwingend karakter.

Op 20 juni 2016 is de zogenoemde *Anti-Tax Avoidance Directive* (“ATAD”)¹⁰ aangenomen in Europa. Zoals de naam reeds doet vermoeden betreft het een richtlijn ter bestrijding van eerdergenoemde belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de Europese interne markt. De artikelen uit ATAD zijn grotendeels gebaseerd op de voorgestelde maatregelen in het BEPS-actieplan en behelzen respectievelijk een renteaftrekbepanking, een exithedding, een algemene antimisbruikbepaling, regelingen betreffende gecontroleerde buitenlandse vennootschappen en een regeling aangaande kwalificatieconflicten door hybride structuren. In tegenstelling tot het BEPS-actieplan heeft de ATAD wél een dwingend karakter

⁶ *EC Opinion Investor FAQ*, 2 september 2016, p. 2.

⁷ ‘Aggressive tax planning’ is het actief- en bewust opzoeken van de grenzen van de belastingwet.

⁸ R. Happé, ‘Fiscale ethiek voor multinationals’, *WFR* 2015/938, p. 1.

⁹ OESO (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, p. 13.

¹⁰ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

in de zin dat lidstaten van de *Europese Unie* (“EU”) verplicht zijn om dergelijke Europese richtlijnen op termijn in hun nationale wetgeving te implementeren.

Het onderwerp dat centraal staat in dit onderzoek is de wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD inzake zogenoemde *Controlled Foreign Companies* (“CFC’s”). Een dochtervennootschap of *vaste inrichting* (“VI”) (hierna gemakshalve slechts: ‘dochtervennootschap’, tenzij expliciet anders wordt aangegeven) van een moedervennootschap wordt aangemerkt als een CFC indien de winst van deze dochtervennootschap aan een te lage winstbelasting is onderworpen in het buitenland. Om te kunnen spreken van een ‘te lage’ winstbelasting wordt een vergelijking gemaakt tussen de winstbelasting waaraan de dochtervennootschap daadwerkelijk is onderworpen in het buitenland en de winstbelasting waaraan de dochtervennootschap in theorie onderworpen zou zijn indien zij in dezelfde lidstaat zou zijn gevestigd als de moedervennootschap.¹¹ Het belangrijkste gevolg van de kwalificatie van een dochtervennootschap zijnde CFC is dat bepaalde niet-uitgekeerde winsten van deze dochtervennootschap onder de winstbelastinggrondslag van de moedervennootschap worden geschaard en vervolgens worden belast naar de maatstaven van de lidstaat waarin de moedervennootschap is gevestigd.¹² Middels dergelijke CFC-wetgeving wordt beoogd te voorkomen dat winsten worden opgepot in een laagbelaste dochtervennootschap door deze aan een reële heffing te onderwerpen en wel in de lidstaat van de moedervennootschap.¹³ Bij afwezigheid van CFC-wetgeving zou winst die is gegenereerd door een activum dat binnen concernverband – en tevens naar een laagbelastende jurisdictie – is verschoven immers niet of relatief (te) laag belast blijven. Samengevat realiseert de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD derhalve een reële heffing ter zake van laagbelaste buitenlandse dochtervennootschappen die wordt geheven van de moedervennootschap en wel op het niveau van de lidstaat waarin zij is gevestigd.

Bovenstaande CFC-wetgeving wordt getoetst aan achtereenvolgend het criterium van noodzakelijkheid, rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Deze criteria zijn ontleend aan de nota Zicht op Wetgeving in welke een beleidsplan is opgesteld ter verbetering van het algemene wetgevingsbeleid van de Nederlandse overheid.¹⁴ In dit beleidsplan zijn een aantal kwaliteitseisen (lees: criteria) vastgelegd en gedefinieerd waaraan ‘goede’ wetgeving in Nederland behoort te voldoen. Eveneens is in dit beleidsplan opgenomen dat wetgeving getoetst

¹¹ Art. 7, eerste lid, onderdeel b, ATAD.

¹² Art. 7, tweede lid, onderdelen a en b, ATAD.

¹³ P. Kavelaars, ‘Earningstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen’, *TFO* 2016/147.1, p. 7.

¹⁴ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, 1-2, p. 3.

moet worden op twee niveaus: ten eerste moet worden getoetst of het metterdaad noodzakelijk is dat (nieuwe) wetgeving wordt ingevoerd en ten tweede moet – aan de hand van een toetsing aan deze kwaliteitseisen – de inhoud van de eventueel nieuwe wetgeving worden bepaald.¹⁵ De eerdergenoemde criteria van rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid vormen twee segmenten binnen het totaal aan kwaliteitseisen die worden genoemd in het beleidsplan.

Ik kies voor een toetsing aan specifiek deze kwaliteitseisen om reden van het volgende. Ten eerste dient wetgeving vanzelfsprekend in overeenstemming met het recht te zijn.¹⁶ Rechtmatigheid wordt in het beleidsplan dan ook omschreven als “*de meest wezenlijke kwaliteitseis*” binnen het totaal aan kwaliteitseisen.¹⁷ Ten tweede is het apert dat het streven is om internationale belastingontwijking (middels CFC’s) door multinationals tegen te gaan. Mijns inziens is dan logisch en elementair om – door middel van een toetsing aan doeltreffendheid – te onderzoeken in hoeverre dit streven daadwerkelijk wordt bereikt. Wat dan resteert is een beschouwing van een aantal praktische overwegingen die in ogenschouw genomen dienen te worden bij de implementatie van nieuwe wetgeving. Deze praktische overwegingen worden in het beleidsplan weergegeven door de overige kwaliteitseisen. Men denke in de richting van uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid, eenvoud, duidelijkheid, subsidiariteit en coördinatie van en rondom nieuwe wetgeving.¹⁸ In mijn ogen hebben deze overige kwaliteitseisen een gemeenschappelijke deler; ieder heeft invloed op het niveau van de bijkomende lasten en kosten van nieuwe wetgeving en daarmee indirect op de kwaliteitseis aangaande doelmatigheid. Duidelijk vormgegeven en goed uitvoerbare wetgeving zal in de praktijk immers minder uitvoeringskosten met zich mee brengen dan onduidelijke en moeilijk uitvoerbare wetgeving. Bovendien wordt in het beleidsplan aangegeven dat de kwaliteitseisen inderdaad overlap (kunnen) vertonen.¹⁹ Het voorgaande bezien – in combinatie met het feit dat simpelweg geen ruimte is om aan alle genoemde kwaliteitseisen te toetsen – maak ik de keuze om slechts aan de in mijn ogen overkoepelende kwaliteitseis van doelmatigheid te toetsen. Ter ondersteuning van mijn keuze voor het beschreven drietal kwaliteitseisen wijs ik op het feit dat in het beleidsplan expliciet staat opgenomen dat “*doeltreffendheid en doelmatigheid – net als rechtmatigheid – uiterst belangrijke kwaliteitseisen zijn voor het wetgeven*”.²⁰ Voor een nadere behandeling van de benoemde kwaliteitseisen verwijs ik naar paragraaf 1.3.

¹⁵ *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, 1-2, p. 23.*

¹⁶ *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, 1-2, p. 24.*

¹⁷ *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, 1-2, p. 24.*

¹⁸ *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, 1-2.*

¹⁹ *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, 1-2, p. 23.*

²⁰ *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, 1-2, p. 25.*

Aan de hand van een toetsing aan dit drietal kwaliteitseisen wordt evenwel onderzocht in welke vorm de Nederlandse overheid de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD in haar nationale fiscale wetgeving dient te implementeren. Zoals reeds is vermeld, vormt een correcte implementatie van de artikelen immers een verplichting voor de lidstaten ergo voor Nederland. Lidstaten hebben hierin echter enige keuzevrijheid; lidstaten zijn namelijk autonoom in de vormgeving van hun belastingstelsel en daarbij betreft het zogenoemde minimumnormen in de ATAD waardoor het aan lidstaten vrij staat om strengere eisen te stellen in hun nationale wetgeving. Bovendien wordt in artikel 7 en 8 ATAD expliciet een keuze gegeven aan lidstaten met betrekking tot onder andere het te hanteren heffingsobject. Enerzijds bestaat de keuze om specifieke vormen van (passief) inkomen van de CFC te belasten (de ‘inkomstenbenadering’).²¹ Anderzijds kunnen lidstaten kiezen voor de zogenoemde ‘transactiebenadering’ waarbij aansluiting wordt gezocht bij het inkomen dat voortvloeit uit bepaalde kunstmatige constructies.²² In het voorliggende wetsvoorstel kiest het kabinet voor een combinatie van beide.²³

1.2 Onderzoeksvraag

In de voorgaande paragraaf is kort de essentie van het onderzoek uiteengezet: het betreft een toetsing van de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD aan de criteria van ‘goede’ wetgeving die zijn ontleend aan de nota Zicht op Wetgeving. Mede op basis van deze toetsing doe ik een aantal aanbevelingen ten aanzien van de manier waarop de betreffende CFC-wetgeving in de Nederlandse belastingwet dient te worden geïmplementeerd. De onderzoeksvraag luidt derhalve:

Is de implementatie van nieuwe CFC-wetgeving gebaseerd op artikel 7 en 8 ATAD noodzakelijk voor Nederland, en zo ja: welke aanbevelingen kunnen ten opzichte van het voorliggende wetsvoorstel worden gemaakt, gelet op een toetsing van de betreffende CFC-wetgeving op rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid?

Ik beantwoord bovenstaande onderzoeksvraag aan de hand van de volgende deelvragen:

(1) Wat zijn CFC's en welke problematiek speelt omtrent deze CFC's?

(2) Welke oplossingen bieden artikel 7 en 8 ATAD voor deze problematiek?

²¹ Art. 7, tweede lid, onderdeel a, ATAD.

²² Art. 7, tweede lid, onderdeel b, ATAD.

²³ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, 2.

(3) Is de implementatie van nieuwe CFC-wetgeving gebaseerd op artikel 7 en 8 ATAD noodzakelijk voor Nederland?

(4) In hoeverre is de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD rechtmatig?

(5) In hoeverre is de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD doeltreffend?

(6) In hoeverre is de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD doelmatig?

(7) Welke aanbevelingen kunnen ten opzichte van het voorliggende wetsvoorstel worden gemaakt, gelet op de beantwoording van voorgaande deelvragen?

1.3 Toetsingskader

Deze paragraaf geeft een nadere invulling aan de toetsingscriteria die onder andere in de onderzoeksvraag en deelvragen naar voren komen.

* Noodzakelijkheid: Om te beginnen het criterium van noodzakelijkheid. Het woordenboek definieert het begrip ‘noodzakelijk’ als: ‘absoluut nodig’ of met andere woorden: ‘iets waaraan niet ontkomen kan worden’. Ik heb reeds aangegeven dat lidstaten verplicht zijn om de wetgeving uit de ATAD op termijn en op een juiste wijze in hun nationale wetgeving te implementeren. Een verplichting vormt logischerwijs iets waaraan in principe niet ontkomen kan worden. Daarom is de implementatie van artikel 7 en 8 ATAD in de Nederlandse wetgeving mijns inziens dus op het eerste gezicht als een noodzakelijkheid aan te duiden.

De vraag die echter opkomt, is of Nederland niet reeds voldoet aan voornoemde verplichting. Nederland kent in haar huidige wetgeving namelijk al een aantal bepalingen die als CFC-achtige wetgeving kwalificeren. Het betreft onder andere artikel 13a van de *Wet op de vennootschapsbelasting 1969* (“Wet VpB 1969”) welke in zoverre overeenkomt met artikel 7 en 8 ATAD, dat artikel 13a Wet VpB 1969 – onder voorwaarden – tevens leidt tot belastingheffing in het land van de moedervernootschap (in casu: Nederland) als gevolg van een belang in een buitenlands lichaam dat aldaar aan een ‘te lage’ belasting onderworpen is.²⁴ Evenzeer kent Nederland thans artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 welke bewerkstelligt dat de objectvrijstelling geen toepassing vindt voor buitenlandse ondernemingswinsten van een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming.²⁵ Dit heeft als gevolg dat de betreffende buitenlandse ondernemingswinsten effectief aan de Nederlandse belastingheffing onderworpen zijn wat kenmerkend is voor CFC-wetgeving. Ik geef in dit onderzoek derhalve de volgende

²⁴ Art. 13a, eerste lid, Wet VpB 1969.

²⁵ In de zin van art. 15g Wet VpB 1969.

invulling aan het criterium van noodzakelijkheid: ‘is nieuwe CFC-wetgeving – naast de reeds bestaande CFC-achtige wetgeving in Nederland – iets waaraan niet ontkomen kan worden?’

* Rechtmatigheid: Voorts het criterium van rechtmatigheid. Uit de nota Zicht op Wetgeving blijkt dat wetten niet in strijd mogen komen met geschreven regels van een hogere orde.²⁶ Men denke bijvoorbeeld aan regelgeving van een internationale en/of communautaire aard.²⁷ In dit onderzoek acht ik de betreffende CFC-wetgeving derhalve rechtmatig indien zij niet in strijd komt met deze geschreven regels van het internationale en/of communautaire recht. De geschreven regels van het communautaire recht worden in dit onderzoek vormgegeven door het primaire recht van de EU en de bijbehorende jurisprudentie van het *Hof van Justitie* (“HvJ”). Een voorbeeld van deze jurisprudentie is het zogenoemde ‘Cadbury Schweppes’-arrest. In dit arrest stelt het HvJ grenzen aan de juridische werking van de CFC-wetgeving van lidstaten om de overeenstemming van deze wetgeving met het primaire EU-recht te waarborgen.²⁸ Het primaire EU-recht betreft in dit kader de vrijheid van vestiging zoals deze is vastgelegd in artikel 49 tot en met 55 van het *Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie* (VwEU).

De geschreven regels van het internationale aard worden in dit onderzoek vormgegeven door het Nederlandse verdragennetwerk in combinatie met het multilaterale Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht²⁹ waarvan Nederland mede partij is. Ingevolge dit Verdrag van Wenen zijn contracterende staten van een verdrag gehouden te goeder trouw uitvoering te geven aan de afspraken die daarin zijn gemaakt.³⁰ Bovendien kunnen (nadien ingevoerde) nationaalrechtelijke bepalingen geen rechtvaardiging vormen voor het verzaken van (één van) de contracterende staten in deze verplichting.³¹ Onderzocht wordt of en in hoeverre nieuwe CFC-wetgeving in de Nederlandse nationale wetgeving wrijving veroorzaakt binnen dit domein van het internationale verdragenrecht.

* Doeltreffendheid & Doelmatigheid: Tot slot de criteria van doeltreffendheid en doelmatigheid welke respectievelijk effectiviteit en efficiëntie betekenen. Wetgeving is doeltreffend indien zij – op zijn minst in belangrijke mate – leidt tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstelling.³² Daarenboven moet deze doelstelling op een zo gunstig mogelijke wijze worden bereikt; het criterium van doelmatigheid. Dit houdt in dat wetgeving niet tot ‘nodeloze

²⁶ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, 1-2, p. 15.

²⁷ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, 1-2, p. 15.

²⁸ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*).

²⁹ Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, Wenen 23 mei 1969, *Trb.* 1985, 79.

³⁰ Art. 26 Verdrag van Wenen.

³¹ Art. 27 Verdrag van Wenen.

³² *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, 1-2, p. 25.

inefficiency’ mag leiden en dat de lasten die een uitvoering van de wetgeving met zich meebrengt niet in een wanverhouding mogen staan met de baten.³³

Voorts is het van belang om de beoogde doelstelling helder en volledig te formuleren aangezien deze centraal staat in de toetsing van beide criteria.³⁴ De doelstelling van de CFC-wetgeving in dit onderzoek definieer ik als volgt: ‘het voorkomen dat multinationale ondernemingen in hun vestigingsstaat de heffing van winstbelasting (kunnen) ontwijken doordat zij – met behulp van CFC’s – handig gebruik maken van dispariteiten die zich voordoen tussen belastingstelsels van landen’. Deze doelstelling komt bij benadering tevens overeen met hetgeen is vastgelegd in de derde maatregel van het eerdergenoemde BEPS-actieplan. Bovendien behandel ik beide criteria samen in Hoofdstuk 5; tussen het niveau van doeltreffendheid en doelmatigheid dient namelijk een balans gevonden te worden³⁵ hetgeen in die zin een samenspel vormt.

1.4 Opzet

In Hoofdstuk 2 wordt antwoord gegeven op de eerste twee deelvragen. Hoofdstuk 2 vormt derhalve een uiteenzetting van de relevante feiten en begrippen die noodzakelijk zijn voor de toetsing later in het onderzoek. Zo wordt aan de hand van een voorbeeld geconcretiseerd tot welke problematiek het gebruik van CFC’s leidt in het kader van internationale belastingontwijking. Vervolgens wordt aan de hand van artikel 7 en 8 ATAD aangetoond op welke wijze de *Europese Commissie* (“EC”) een eind tracht te maken aan deze problematiek. Bovendien worden een aantal – voor dit onderzoek relevante – beleidsoverwegingen van de OESO ten aanzien van CFC-wetgeving besproken.

Hoofdstuk 3 geeft antwoord op de derde deelvraag en toetst de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD zodoende op noodzakelijkheid. Met andere woorden: door middel van een toetsing van deze CFC-wetgeving aan de reeds bestaande CFC-achtige wetgeving in de Nederlandse belastingwet – te weten artikel 13a en artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 – wordt onderzocht in hoeverre nieuwe CFC-wetgeving iets is waaraan niet ontkomen kan worden.

Vervolgens toetst Hoofdstuk 4 artikel 7 en 8 ATAD op rechtmatigheid waarmee eveneens antwoord wordt gegeven op de vierde deelvraag. Getoetst wordt of de betreffende CFC-wetgeving in strijd komt met de geschreven regels van het internationale en/of communautaire recht. Voor deze laatste vormt het primaire EU-recht – in combinatie met de daarbij behorende

³³ *Kamerstukken II 1990/91*, 22 008, 1-2, p. 25.

³⁴ *Kamerstukken II 1990/91*, 22 008, 1-2, p. 25.

³⁵ Zie paragraaf 5.1, p. 78.

jurisprudentie – de maatstaf. Voor een toetsing van de CFC-wetgeving aan de geschreven regels van het internationale recht wordt de maatstaf gevormd door het Nederlandse verdragennetwerk in combinatie met het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.

Hoofdstuk 5 toets de CFC-wetgeving uit de ATAD op zowel doeltreffendheid als op doelmatigheid. Ten behoeve van de beantwoording van de respectievelijk vijfde en zesde deelvraag wordt evenwel getoetst in hoeverre de CFC-wetgeving op zowel effectieve als efficiënte wijze voorkomt dat multinationale ondernemingen in hun vestigingsstaat de heffing van winstbelasting (kunnen) ontwijken doordat zij – met behulp van CFC's – handig gebruik maken van dispariteiten die zich voordoen tussen belastingstelsels van landen.

Hoofdstuk 6 analyseert de inhoud van het eerdergenoemde wetsvoorstel in het licht van hetgeen ik heb geconcludeerd ten aanzien van de noodzakelijkheid, rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid van de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD. Op basis van deze analyse doe ik vervolgens een aantal aanbevelingen.

Tot slot geeft Hoofdstuk 7 een samenvattende conclusie aan de hand waarvan ik de onderzoeksvraag beantwoord.

1.5 Afbakening

Het onderzoek behelst enkel (een toetsing van) de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD. Dit houdt in dat alle overige bepalingen uit de ATAD ter voorkoming van internationale belastingontwijking niet of nauwelijks aan de orde komen. Het betreft respectievelijk een renteaftrekbeperking (artikel 4), een exitheffing (artikel 5), een algemene anti misbruikregeling (artikel 6) en een regeling ter voorkoming van kwalificatieconflicten door hybride structuren (artikel 9).

Bovendien is slechts (de doelstelling van) actiepunt 3 van het BEPS-actieplan van belang voor dit onderzoek. Dit is een logisch gevolg van het feit dat artikel 7 en 8 ATAD grotendeels gebaseerd zijn op dit specifieke actiepunt. Andere actiepunten van het BEPS-actieplan blijven derhalve buiten beschouwing en komen overigens overeen met de opgesomde thema's ter voorkoming van internationale dubbele belasting uit de eerste alinea.

Voorts spelen enkel de artikelen 13a en 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 in dit onderzoek een rol bij de toetsing van artikel 7 en 8 ATAD op noodzakelijkheid. Deze artikelen vormen immers de voornaamste instrumenten in de huidige Nederlandse belastingwet ter bestrijding van belastingontwijking met behulp van CFC's.

In het kader van rechtmatigheid wordt bij de toetsing aan het Nederlandse verdragen netwerk aangesloten bij het standaard Nederlandse fiscale verdragsbeleid en derhalve wordt het zogenoemde OESO-modelverdrag als uitgangspunt genomen.³⁶ Aangezien Nederland met een groot aantal landen belastingverdragen ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten, vormt het analyseren van ieder afzonderlijk belastingverdrag immers een zeer omvangrijke en tevens onoverzichtelijke opgave die de reikwijdte van dit onderzoek bovendien overstijgt.

Tot slot – en tevens in het kader van rechtmatigheid – beperk ik mij tot een toetsing van de CFC-wetgeving uit de ATAD aan de artikelen 7, eerste lid, en 10, vijfde lid, OESO-modelverdrag. Dit om reden dat de OESO in haar commentaar bij specifiek deze twee artikelen uit het OESO-modelverdrag zich genoodzaakt heeft gevoeld om te beargumenteren waarom CFC-wetgeving – volgens haar – geen inbreuk maakt op hetgeen zij bepalen.³⁷ Met andere woorden: de OESO verwacht rondom specifiek de artikelen 7 en 10 uit het OESO-modelverdrag enige spanning in het kader van rechtmatigheid.

³⁶ M(F), *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*, februari 2011, p. 9.

³⁷ OESO-commentaar punt 14 bij art. 7 OESO-modelverdrag en OESO-commentaar punt 37 bij art. 10 OESO-modelverdrag.

Hoofdstuk 2: Controlled Foreign Companies (CFC's)

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk illustreert de aanleiding voor dit onderzoek. Deswege wordt aan de hand van een aantal voorbeelden toegelicht op welke wijze multinationale ondernemingen – gebruikmakend van CFC's – in hun vestigingsstaat belasting konden ontwijken. Aangezien de intentie van de volgende paragraaf derhalve puur is gelegen in het schetsen van de problematiek die heerst omtrent CFC's laat ik een toepassing van de CFC-wetgeving op dit punt vooralsnog buiten beschouwing. Paragraaf 2.3 behandelt vervolgens een aantal beleidsoverwegingen van de OESO ten aanzien van door haar opgestelde maatregelen ter bestrijding van de in paragraaf 2.2 geïllustreerde vorm van belastingontwijking (hierna: CFC-maatregelen). Aansluitend staat in paragraaf 2.4 de CFC-wetgeving uit de ATAD centraal welke haar oorsprong kent in voormelde CFC-maatregelen en tevens besproken zal worden aan de hand van dezelfde zes segmenten als die de OESO hanteert met betrekking tot deze CFC-maatregelen. Tot slot vindt – omwille van de concretisering van het geheel – een toepassing plaats van de betreffende CFC-wetgeving op het voorbeeld uit de eerste paragraaf.

2.2 CFC's en belastingontwijking

Deze paragraaf concretiseert het probleem van internationale belastingontwijking door middel van CFC's. Zowel actiepunt 3 uit het BEPS-actieplan als de CFC-wetgeving uit de ATAD zijn immers een rechtstreeks gevolg van deze vorm van belastingontwijking. Alvorens een paar voorbeelden te verstrekken, geef ik eerst een invulling van hetgeen in dit onderzoek wordt verstaan onder de term 'belastingontwijking door middel van CFC's'. Belastingontwijking door middel van CFC's kan worden gedefinieerd als: het vestigen van een of meerdere gecontroleerde buitenlandse entiteit(en) in doorgaans belastingparadijzen of laagbelastende jurisdicties – door de achterliggende belastingplichtige(n) die controle uitoefenen over deze buitenlandse entiteit(en) – teneinde belastingheffing uit te stellen, te verminderen of in haar geheel te ontlopen middels het omleiden van inkomen naar deze buitenlandse entiteit(en) voordat dit inkomen wordt belast in de staat van vestiging van de achterliggende belastingplichtige(n).³⁸ Kenmerk van een belastingparadijs of laagbelastende jurisdictie uit voormelde definitie is overigens dat winst aldaar niet of nauwelijks onderworpen is aan enige vorm van belasting.³⁹ Bovendien sluiten beide begrippen elkaar niet uit; een laagbelastende

³⁸ C. Evans, 'Containing tax avoidance: Anti-avoidance strategies', in: G.J. Head & R. Krever, *A volume in memory of Richard Musgrave, series on international taxation*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 533.

³⁹ Brief van het M(F) van 22 december 2006, 2006-00931, p. 1.

jurisdictie is tevens een belastingparadijs indien zij – naast dat zij geen of weinig belasting heft over belastbaar inkomen – respectievelijk (i) geen of weinig informatie uitwisselt aan andere jurisdicties, (ii) weinig transparant is (over bijvoorbeeld de persoon van de uiteindelijk gerechtigde), en (iii) belastingvoordelen toekent aan ondernemingen die zonder complementaire substance aldaar zijn gevestigd.⁴⁰

In het te schetsen voorbeeld is de moeder vennootschap gevestigd in Nederland welke derhalve overeenkomt met ‘de staat van vestiging van de achterliggende belastingplichtige’ uit de gegeven definitie. Over de winst die wordt behaald door de in Nederland gevestigde moeder vennootschap moet logischerwijs belasting worden betaald aan de Nederlandse fiscus.⁴¹ De dochter vennootschap ofwel de CFC is daarentegen – tevens conform de definitie in de vorige alinea – gevestigd in een laagbelastende jurisdictie en is derhalve onderworpen aan het aldaar geldende belastingregime. En hoewel het niet expliciet uit de betreffende definitie volgt, is het niet ongebruikelijk dat belastingontwijking (door middel van CFC’s) plaatsvindt binnen internationaal opererende concerns.⁴² Deswege maken de moeder vennootschap en de dochter vennootschap in het voorbeeld deel uit van een internationaal concern. Een concern of (samenwerkende) groep wordt vanuit Nederlands optiek gedefinieerd als een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch met elkaar zijn verbonden.⁴³ Voorts is kenmerkend aan een concern dat de groepsvennootschappen onder een gemeenschappelijke leiding opereren⁴⁴ te weten onder de leiding van de moeder vennootschap van het concern. In het voorbeeld zijn de overige groepsvennootschappen ieder gevestigd in andere landen zijnde hoogbelastende jurisdicties. De beschreven situatie is in onderstaande Figuur 1 weergegeven.

Stel nu dat de Nederlandse moeder vennootschap het merkeigendom in handen heeft van de onderneming die door het concern wordt gedreven. Deze staat tevens als immaterieel activum en tegen bijbehorende waarde op haar balans. Immateriële activa zijn echter zeer mobiel en derhalve is het juridische eigendom van het immateriële activum vrij eenvoudig verplaatsbaar.⁴⁵ Gebruikmakend van deze eigenschap heeft de moeder vennootschap besloten om het juridische eigendom van het merkrecht te verplaatsen naar de CFC in de laagbelastende jurisdictie.

⁴⁰ OESO, *Countering Offshore Tax Evasion: Some Questions and Answers*, 2009, p. 11.

⁴¹ Art. 1 Wet VpB 1969 jo. art. 2, eerste lid, Wet VpB 1969.

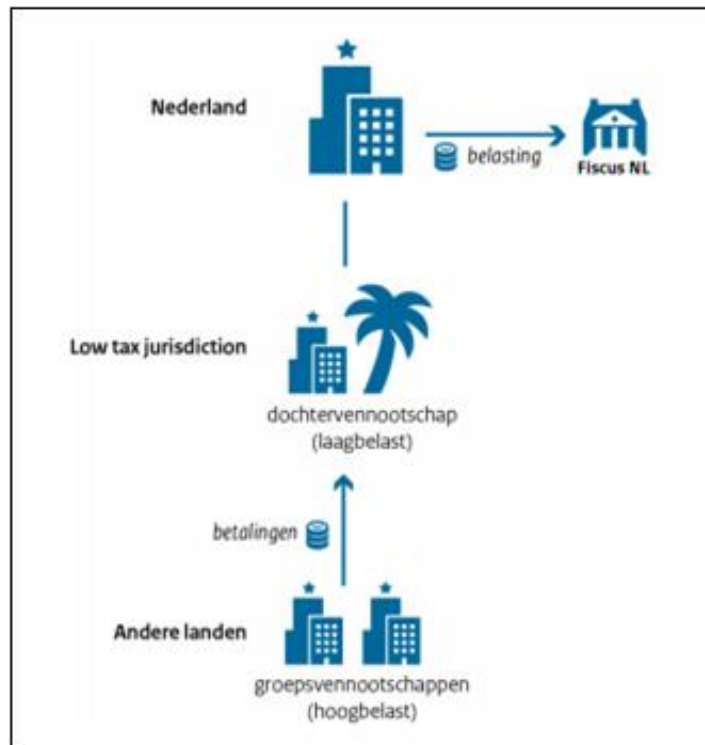
⁴² J. Kruithof, ‘Strategieën tegen belastingontwijking door multinationals’, *WFR* 2013/1418, p. 1.

⁴³ Art. 2:24b BW.

⁴⁴ M.J. Kroeze, L. Timmerman & J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 215.

⁴⁵ *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 2438, p. 2.

Zodoende is het voor multinationale concerns mogelijk om winsten op kunstmatige wijze en binnen het concern te verschuiven naar doorgaans laagbelastende jurisdicties. In Figuur 1 laat deze verplaatsing zich kernmerken door de stroom van betalingen die plaatsvindt van de overige groepsvennootschappen aan de CFC. Deze stroom van betalingen vormt een vergoeding die de overige groepsvennootschappen verschuldigd zijn aan de CFC voor het gebruiksrecht van het merk waarvan het betreffende eigendom dus in handen is van de CFC. Deze vorm van vergoeding wordt ook wel als ‘royalty’ aangeduid.⁴⁶



Figuur 1: Belastingontwijking door middel van een CFC.⁴⁷

Tot slot de opmerking dat ik in het voorbeeld uit ga van een situatie waarin de deelnemingsvrijstelling ex. artikel 13 Wet VpB 1969 niet van toepassing is, omdat sprake is van een zogenoemde niet-kwalificerende beleggingsdeelneming⁴⁸ van de moedervernootschap in de CFC. Gezien de mate van overeenkomst tussen de kenmerken van een CFC⁴⁹ en de voorwaarden die gelden voor een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming lijkt dit mij geen irreële aanname. Gevolg hiervan is dat eventueel dividend dat de CFC uitkeert aan de moedervernootschap niet is vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling, maar zodoende is onderworpen aan Nederlandse vennootschapsbelasting. De Nederlandse moedervernootschap

⁴⁶ Art. 2, onderdeel b, Richtlijn (EU) 2003/49.

⁴⁷ Dit figuur is ontleend aan: Aanpak belastingontwijking en belastingontduiking, bijlage bij de Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 23 februari 2018, nr. 2018-0000026987, p. 6.

⁴⁸ Art. 13, negende lid en verder, Wet VpB 1969.

⁴⁹ Zie sub-paragraaf 2.4.1, p. 29.

heeft daarentegen in beginsel wel recht op de deelnemingsverrekening ex. artikel 23c Wet VpB 1969. Artikel 13aa Wet VpB 1969 bepaalt immers dat de belastingplichtige die een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming houdt – onder voorwaarden – recht heeft op verrekening van de reeds (daadwerkelijk) door de deelneming en in de laagbelastende jurisdictie betaalde winstbelasting over de voordelen die zij ontvangt uit haar deelneming. Op deze manier verleent Nederland derhalve eenzijdig voorkoming van internationaal dubbele belastingheffing. Overigens wordt in deze Nederlandse verrekenings-systematiek maximaal 5% van de eerdergenoemde voordelen verrekend met de in Nederland te betalen vennootschapsbelasting; Nederland veronderstelt hiermee zodoende dat laagbelaste beleggingsdeelnemingen in haar berekeningen effectief maximaal 5% winstbelasting betalen in het buitenland.

2.2.1 Belastinguitstel

In de situatie die nu is gecreëerd, is het ten eerste mogelijk om belastingheffing in de jurisdictie van vestiging van de achterliggende belastingplichtige (in casu: Nederland) uit te stellen. Om dit uitstel van belastingheffing te realiseren, kan de moedervernootschap beslissen om consistent aan zichzelf geen dividend uit te laten keren door de CFC. De moedervernootschap heeft immers feitelijk de leiding over het gehele concern. De CFC wordt dan gebruikt als ‘spaarpot’ in het buitenland die – althans in dit voorbeeld – is gevuld met royaltybetalingen. Om in termen van de eerder gegeven definitie te blijven: door middel van het omleiden van inkomen via de CFC – voordat dit inkomen als winst wordt belast in Nederland – wordt uitstel van belastingheffing gerealiseerd. Indien deze royaltybetalingen van de overige groepsvennootschappen immers zonder tussenkomst van de CFC aan de moedervernootschap in Nederland waren betaald, dan zouden deze direct aan de Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen zijn en daarmee tevens aan een hoger effectief belastingtarief dan hetgeen nu het geval is. Kenmerk van een belastingparadijs of laagbelastende jurisdictie is immers dat winst aldaar niet of nauwelijks onderworpen is aan enige vorm van belasting.⁵⁰ Alhoewel het wellicht niet meteen voor de hand ligt, kan uitstel van belastingheffing wel degelijk tot een aanzienlijk belastingvoordeel leiden. Zo schrijft Cnossen in dit kader: “*een belastingplichtige die zijn belasting kan uitstellen is bijna altijd beter af dan iemand die dat niet kan*” en wijdt dit vervolgens aan de zogenoemde ‘tijds waarde van geld’.⁵¹ Het feit dat een belastingplichtige rendement op een uitstaand bedrag kan ontvangen, betekent namelijk dat iedere euro aan belasting die pas in de toekomst betaald hoeft te worden

⁵⁰ Zie paragraaf 2.2, p. 19.

⁵¹ S. Cnossen, ‘Belastinguitstel = belastingverlaging’, *WFR* 1997/269, p. 1.

hedendaags voor een bedrag lager dan één euro kan worden verkregen. Met andere woorden: de waarde van geld daalt naar mate de tijd verstrijkt. Ik geef het volgende voorbeeld: op $t=0$ ontvangt de CFC € 4.000.000 aan royalty's van de overige groepsvennootschappen welk bedrag anders direct aan de Nederlandse moedermaatschappij zou zijn betaald. In Nederland zou op dat tijdstip derhalve € 1.000.000⁵² aan vennootschapsbelasting moeten worden betaald. In onderstaande Tabel 1 illustreer ik het bedrag dat in dit voorbeeld middels de CFC aan belasting wordt ontweken, berekend voor verschillende rendementen en perioden van belastinguitstel. Op basis van historische rendementen uit de periode van 1900 tot en met 2014 veronderstel ik tevens dat het gemiddelde wereldwijde rendement op een spaarrekening, op obligaties en op aandelen respectievelijk 0,6%, 1,7% en 5,0% bedraagt.⁵³

Uit de tabel valt bijvoorbeeld af te lezen dat – indien de moedervennootschap een rendement van 0,6% per jaar ontvangt op uitstaand geld – de monetaire waarde van één jaar belastinguitstel voor haar overeenkomt met € 5.964 ofwel 0,6% van het anders direct verschuldigde belastingbedrag in Nederland van € 1.000.000. De waarde van deze verplichting is na één jaar immers gedaald van € 1.000.000 tot € 994.036⁵⁴. Wordt echter een periode van 20 jaar belastinguitstel gerealiseerd terwijl de moedervennootschap een rendement van 5,0% per jaar ontvangt op uitstaand geld, dan heeft dit uitstel voor de moedervennootschap een waarde van € 623.111. Dat is maar liefst 62,3% van het oorspronkelijk te betalen bedrag aan belasting. De waarde van deze verplichting is in deze periode immers gedaald van € 1.000.000 tot € 376.889⁵⁵. Indien men dergelijke cijfers in een perspectief plaats van royaltybetalingen van tientallen zo niet honderden miljoenen euro's, dan realiseert men zich wellicht de gewichtigheid van het geschetste probleem omtrent CFC's. Niet voor niets schrijft Kavelaars dat CFC-wetgeving dient te voorkomen dat geld wordt opgepot in laagbelaste dochtervennootschappen ofwel in CFC's.⁵⁶

⁵² € 4.000.000 * 25% = € 1.000.000, waarbij ik gemakshalve slechts uitga van het hoogste tarief van 25%, zie art. 22 Wet VpB 1969.

⁵³ 'Wat is een realistisch rendement?', *Robeco* 2 maart 2017, Robeco.nl.

⁵⁴ € 1.000.000 – € 5.964 of € 1.000.000 / 1,006¹.

⁵⁵ € 1.000.000 – € 623.111 of € 1.000.000 / 1,05²⁰.

⁵⁶ P. Kavelaars, 'Earningstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen', *TFO* 2016/147.1, p. 7.

Periode van belastinguitstel	Waarde van belastinguitstel in absolute (€) en relatieve (%) eenheden					
	Bank (0,6%)		Obligaties (1,7%)		Aandelen (5,0%)	
t=0	€ 0 ⁵⁷	0% ⁵⁸	€ 0	0%	€ 0	0%
t=1	€ 5.964	0,6%	€ 16.716	1,7%	€ 47.619	4,8%
t=2	€ 11.893	1,2%	€ 33.152	3,3%	€ 92.971	9,3%
t=3	€ 17.786	1,8%	€ 49.314	4,9%	€ 136.162	13,6%
t=4	€ 23.644	2,4%	€ 65.205	6,5%	€ 177.298	17,7%
t=5	€ 29.467	2,9%	€ 80.831	8,1%	€ 216.474	21,6%
t=10	€ 58.067	5,8%	€ 155.129	15,5%	€ 386.087	38,6%
t=15	€ 85.823	8,6%	€ 223.421	22,3%	€ 518.983	51,9%
t=20	€ 112.761	11,3%	€ 286.193	28,6%	€ 623.111	62,3%

Tabel 1: Waarde van belastinguitstel in absolute en relatieve eenheden berekend tegen verschillend(e) rendement en perioden van belastinguitstel.

Let wel: de bedragen uit bovenstaande tabel geven de waarden weer van de belastingheffing die in Nederland wordt ontweken. Voor de berekening van de waarde van het netto belastingvoordeel dat op concernniveau wordt gerealiseerd, dient het bedrag dat daadwerkelijk door de CFC in de laagbelastende jurisdictie aan belasting wordt betaald hierop nog in mindering te worden gebracht. Indien de royaltybetalingen immers rechtstreeks aan de Nederlandse moederverenootschap waren betaald, dan zou hierover ook geen belasting verschuldigd zijn in de laagbelastende jurisdictie. In feite kan men dit beschouwen als een soort kosten-batenanalyse waarin de waarde van het belastinguitstel (de bate) wordt afgewogen tegen de daadwerkelijk extra betaalde belasting door de CFC (de kosten). Overigens zullen deze kosten – juist omdat het laagbelastende jurisdicties betreft – relatief laag zijn dan wel non-existent waardoor de bate van het belastinguitstel niet buitengewoon hoog hoeft te zijn alvorens op concernniveau een netto belastingvoordeel kan worden gerealiseerd.

Overigens hanteer ik in bovenstaand voorbeeld de begrippen belastingontwijking en belastinguitstel enigszins door elkaar. Het uitstel van belastingheffing is immers een onderdeel binnen de overkoepelende term van belastingontwijking.⁵⁹ Ik heb getracht een monetaire waarde te geven aan deze vorm van belastingontwijking met behulp van het fenomeen

⁵⁷ $\text{€ } 1.000.000 - (\text{€ } 1.000.000 / (1 + [\text{rendement}]) ^ [\text{periode van belastinguitstel}])$.

⁵⁸ $([\text{bedrag aan belastingontwijking}] / \text{€ } 1.000.000) * 100\%$.

⁵⁹ Zie de eerder gegeven definitie van ‘belastingontwijking door middel van CFC’s’, paragraaf 2.2, p. 19.

‘tijdswaarde van geld’ teneinde het probleem omtrent CFC’s en belastingontwijking te concretiseren en om bovendien de gewichtigheid van dit probleem te illustreren.

2.2.2 Belastingvermindering

Naast belastinguitstel speelt echter nog een andere vorm van belastingontwijking, namelijk het verminderen van de belastinggrondslag door middel van ‘excessieve aftrekbare betalingen’ welk probleem tevens wordt aangekaart in actiepunt 3 van het BEPS-actieplan. Men denke hierbij voornamelijk aan interestbetalingen. In het betreffende actiepunt wordt een probleem geschetst waarin een groepsvennootschap binnen het concern een lening aantrekt van een andere vennootschap en waarbij deze laatste vennootschap tevens onderworpen is aan een gunstig(er) belastingregime.⁶⁰ Gevolg hiervan is dat een discrepantie ontstaat tussen enerzijds de hoogte van het belastingtarief waartegen de ontvanger van de lening – zijnde de eerstgenoemde groepsvennootschap – de interestbetalingen kan aftrekken en anderzijds de hoogte van het belastingtarief waartegen de uitgever van de lening – zijnde de laagbelaste vennootschap – voor haar interestontvangsten wordt belast. Binnen het concern wordt op deze wijze derhalve een netto belastingvoordeel behaald.

Teneinde bovenstaande theorie te concretiseren, betrek ik deze op het eerder gegeven voorbeeld. Stel nu dat de royaltyontvangsten van de CFC ter waarde van € 4.000.000 niet worden opgepot in de laagbelastende jurisdictie, maar dat deze op onbelaste wijze worden verstrekt aan de moedervernootschap in Nederland door middel van een lening ter grootte van hetzelfde bedrag. Bovendien wordt afgesproken dat de moedervernootschap jaarlijks een interestpercentage van – stel – 4% verschuldigd is over het geleende bedrag. Dit komt neer op een jaarlijkse interestbetaling ten bedrage van € 160.000⁶¹ welke de moedervernootschap vervolgens jaarlijks kan aftrekken van haar belastbare winst.⁶² Uitgaande van een belastingpercentage van 25%⁶³ bespaart (lees: ontwijkt) de moedervernootschap ieder jaar voor € 40.000⁶⁴ aan belasting doordat zij haar belastinggrondslag verminderd. Voorts veronderstel ik dat in het land van vestiging van de CFC geen winstbelasting wordt geheven over de aldaar ontvangen interest. Gezien de eerder gegeven definitie van laagbelastende jurisdicties en belastingparadijzen⁶⁵ lijkt mij dit geen irreële aanname. Dit betekent dat ook op concernniveau de belastinggrondslag – en daarmee de te betalen belasting – jaarlijks wordt verminderd met

⁶⁰ OESO (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, p. 16.

⁶¹ € 4.000.000 * 4%.

⁶² Art. 3.25 Wet IB 2001 jo. art. 8, eerste lid, Wet VpB 1969.

⁶³ € 160.000 * 25%.

⁶⁴ Ik ga gemakshalve slechts uit van het hoogste tarief van 25%, zie art. 22 Wet VpB 1969.

⁶⁵ Zie paragraaf 2.2, p. 19 + 20.

€ 40.000 als gevolg van de eerdergenoemde discrepantie. In zijn algemeenheid kan met behulp van CFC's derhalve jaarlijks voor € $([\text{winstbelastingpercentage}] * [\text{interestpercentage lening}] * [\text{bedrag lening}])^{66}$ aan belasting worden ontweken. Indien men zich wederom realiseert dat het in de praktijk kan gaan om leningen die een veelvoud zijn van de € 4.000.000 uit het voorbeeld dan kan deze belastingontwijking oplopen tot aanzienlijke bedragen. Ik schrijf in voorgaande zin expliciet van 'belastingontwijking' aangezien het verminderen van belasting door middel van grondslaguitholling tevens onder deze term wordt geschaard.⁶⁷

Tot slot heb ik in deze paragraaf meermaals gesproken van zowel laagbelaste (dochter)vennootschappen als van CFC's. Hoewel beide benamingen elkaar niet uitsluiten, zijn deze daarentegen niet per definitie gelijk aan elkaar. Ten behoeve van een duidelijke afbakening zullen in paragraaf 2.4 daarom alle kenmerken van een CFC worden behandeld zoals deze in artikel 7 en 8 ATAD naar voren komen. Alvorens ik daarmee aanvang, behandel ik in de volgende paragraaf eerst een aantal – voor het vervolg van dit onderzoek relevante – algemene beleidsoverwegingen van de OESO ten aanzien van haar CFC-maatregelen in welke de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD haar oorsprong vindt.

2.3 Beleidsoverwegingen van de OESO

Naar schatting van de OESO wordt – als gevolg van de internationale praktijk van grondslaguitholling en winstverschuiving (de Nederlandse vertaling van 'BEPS') – wereldwijd voor jaarlijks tussen de 100 en 240 miljard Amerikaanse dollars aan winstbelastingopbrengst misgelopen door overheden. Dit komt neer op 4 tot 10% van de huidige totale wereldwijde winstbelastingopbrengst.⁶⁸ Ik heb in de vorige paragraaf geïllustreerd op welke manier het gebruik van CFC's door multinationale concerns hier een bijdrage aan levert. Als reactie op deze internationale belastingontwijking in combinatie met de toenemende mate van politieke druk is naar aanloop van de G-20 vergadering in juli 2013 door de OESO het eerdergenoemde BEPS-actieplan gepubliceerd. Het BEPS-actieplan bevat door de OESO voorgestelde maatregelen ter bestrijding van grondslaguitholling en winstverschuiving. De betreffende maatregelen zijn nadien verder uitgewerkt waarna in 2015 uiteindelijk het finale BEPS-rapport is gepubliceerd door de G-20 en de OESO gezamenlijk. Hoofdstuk 3 van dit finale BEPS-rapport⁶⁹ bevat maatregelen die specifiek zijn gericht op het tegengaan van belastingontwijking

⁶⁶ Aangenomen dat in de laagbelastende jurisdictie geen belasting verschuldigd is over de interestontvangsten. Anders moet het bedrag uit de formule nog met deze belasting worden verminderd.

⁶⁷ Zie de eerder gegeven definitie van 'belastingontwijking door middel van CFC's', paragraaf 2.2, p. 19.

⁶⁸ Redactie Vakstudie-Nieuws, 'Samenvatting '2015 Final Reports' 15 BEPS-actiepunten', V-N 2015/56.2, p. 19.

⁶⁹ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*.

door middel van CFC's. Het hoofdstuk is ingedeeld in 6 verschillende segmenten aan de hand waarvan ik in de volgende paragraaf artikel 7 en 8 ATAD bespreek.

Alvorens ik hier echter mee aanvang, geef ik eerst een aantal beleidsoverwegingen uit het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3 waarvan wordt verwacht dat jurisdicties deze in acht nemen bij de uiteindelijke implementatie van de CFC-maatregelen in hun nationale wetgeving. Ten eerste moet bij de implementatie goed gerealiseerd worden dat de CFC-maatregelen in wezen zijn ontworpen als een soort afschrikmiddel voor multinationale ondernemingen tegen de in paragraaf 2.2 geïllustreerde praktijk van winstverschuiving naar CFC's. Anders geformuleerd: het doel van de CFC-maatregelen is niet primair gelegen in het verhogen van de belastingopbrengst van de betreffende jurisdicties.⁷⁰ Dit is ook logisch aangezien redelijkerwijs verwacht mag worden dat – als gevolg van deze CFC-maatregelen – de meerwaarde voor multinationale ondernemingen wordt weggenomen om winst te verschuiven naar een CFC; het aantal situaties waarop de CFC-maatregelen van toepassing zijn, zal dus afnemen.⁷¹

Ten tweede hebben jurisdicties bij de vormgeving van hun CFC-wetgeving de afweging tussen enerzijds wederom het gewenste niveau waarop effectief belastingontwijking door middel van CFC's wordt bestreden en anderzijds de internationale concurrentiepositie van de jurisdictie die inherent is aan deze vormgeving.⁷² Jurisdicties die kiezen voor strenge CFC-wetgeving zijn als vestigingsplaats namelijk minder aantrekkelijk voor multinationale ondernemingen; een CFC van een moedervernootschap die gevestigd is in een jurisdictie met strenge CFC-wetgeving wordt immers eerder en/of zwaarder belast ten opzichte van zowel lokale ondernemingen in de laagbelastende jurisdictie als ten opzichte van aldaar gevestigde CFC's met een moedervernootschap gevestigd in een jurisdictie met soepele(re) CFC-wetgeving.⁷³ Voor lidstaten is het echter nog maar de vraag hoe streng zij dergelijke CFC-wetgeving mogen vormgeven. Sinds het eerdergenoemde Cadbury Schweppes in 2006 zijn hieraan immers restricties opgelegd in Europa. Ik kom hier in Hoofdstuk 4 nog uitgebreid op terug.

Voorts moet bij de implementatie een afweging worden gemaakt tussen enerzijds het gewenste niveau van effectiviteit van de CFC-maatregelen en anderzijds de hoogte van de bijkomende administratieve lasten en nalevingskosten⁷⁴ bij zowel de belastingdienst als in het

⁷⁰ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 13, punt 7.

⁷¹ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 13, punt 7.

⁷² OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 15, punt 14.

⁷³ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 15 + 16, punt 14.

⁷⁴ Nalevingskosten zijn de kosten die noodzakelijkerwijs gemaakt moeten worden om te voldoen aan/handelen naar (nieuwe CFC-)wetgeving.

bedrijfsleven.⁷⁵ Indien het beleid van een jurisdictie in hoge mate is gericht op het (effectief) bestrijden van internationale grondslaguitholling en winstverschuiving – en dus de bijkomende nalevingskosten en administratieve lasten wellicht eerder voor lief worden genomen – dan ligt het voor de hand dat de betreffende jurisdictie neigt naar de implementatie van CFC-wetgeving die – in plaats van mechanisch – tamelijk flexibel is vormgegeven en vice versa. CFC-wetgeving die flexibel is vormgegeven laat namelijk meer ruimte open voor interpretatie dan sterker mechanisch vormgegeven CFC-wetgeving dat doet. Het handhaven en naleven van dergelijk vormgegeven CFC-wetgeving brengt derhalve meer kosten met zich mee.⁷⁶ Flexibel vormgegeven CFC-wetgeving legt de nadruk op (het ontbreken van voldoende) onderliggende substance van de winst, waar mechanische CFC-wetgeving vaak categorisch is vormgegeven en sluit bijvoorbeeld aan bij bepaalde (passieve) vormen van winst.⁷⁷ Voor een concreet voorbeeld van een dergelijke beleidsoverweging verwijs ik naar de keuze tussen hetzij de inkomstenbenadering hetzij de transactiebenadering in paragraaf 2.4.3 welke tevens een rol speelt bij de toetsing van CFC-wetgeving aan doelmatigheid en doeltreffendheid in Hoofdstuk 5.

Tot slot – en eveneens van belang in het kader van doelmatigheid en doeltreffendheid – schrijft de OESO dat spanning kan ontstaan tussen de CFC-maatregelen en de regels van transfer pricing. Transfer pricing regels zijn namelijk bedoeld om de belastbare winst van gelieerde ondernemingen te herverdelen indien de prijzen of voorwaarden van transacties tussen beide verschillen van de prijzen of voorwaarden die tot stand waren gekomen indien de betreffende ondernemingen niet gelieerd zouden zijn.⁷⁸ Aangezien de CFC-maatregelen (1) per definitie betrekking hebben op gelieerde ondernemingen⁷⁹ en (2) door jurisdicties vaak worden gebruikt als middel om een onjuiste winstverdeling tussen dergelijke ondernemingen te bestrijden, bevinden beide (maat)regelingen zich zo gezegd mogelijk in elkaars vaarwater.⁸⁰ CFC-regels worden daarom ook vaak gezien als een soort extra vangnet naast de transfer pricing regels.⁸¹ Ik kom in Hoofdstuk 5 terug op dit spanningsveld.

⁷⁵ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 14, punt 10.

⁷⁶ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 14, punt 10.

⁷⁷ Ik verwijs naar de ‘categorische-analyse’ en de ‘substance-analyse’, OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, §4.2.1 en §4.2.2.

⁷⁸ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 14, punt 8.

⁷⁹ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 25, punt 37.

⁸⁰ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 14, punt 8.

⁸¹ Zie bijvoorbeeld: J. Fleming, R. Peroni & S. Shay, ‘Worse than Exemption’, *Emory Law Journal* 2009/59.

2.4 CFC-wetgeving in de ATAD

Op 20 juni 2016 is de ATAD aangenomen in Europa. Bovendien vinden de artikelen uit de ATAD hun oorsprong in de CFC-maatregelen uit het hiervoor genoemde finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3. Ik behandel de CFC-wetgeving in de ATAD derhalve aan de hand van dezelfde zes segmenten als welke in dit BEPS-rapport worden gehanteerd. Aangezien het een verplichting vormt voor de lidstaten om de CFC-wetgeving uit de ATAD uiterlijk op 31 december 2018 in hun nationale wetgeving te implementeren,⁸² wordt op deze wijze – in ieder geval in Europa – een enigszins geharmoniseerd geheel van CFC-wetgeving geïntroduceerd ter bestrijding van grondslaguitholling en winstverschuiving door middel van CFC's.

2.4.1 Definitie van een CFC

Met betrekking tot de (rechts)vorm van een CFC wordt in het eerste lid van artikel 7 ATAD bepaald dat de betreffende CFC-wetgeving van toepassing is op zowel juridische entiteiten als op VI's. In het artikel wordt echter niet expliciet aangegeven om welk type entiteit het gaat: enkel om entiteiten met rechtspersoonlijkheid of tevens om transparante entiteiten. Niettemin wordt in de vierde overweging van de ATAD uitdrukkelijk aangegeven dat het niet wenselijk is dat richtlijn van toepassing is op soorten entiteiten die in een lidstaat niet aan winstbelasting onderworpen zijn (lees: transparante entiteiten). Bovendien wordt in artikel 1, tweede lid, ATAD expliciet bepaald dat specifiek artikel 9bis ATAD tevens van toepassing is op fiscaal transparante entiteiten. Ik beredeneer a contrario dat voor de overige artikelen – waaronder dus artikel 7 en 8 ATAD – geldt dat deze slechts van toepassing zijn op het type entiteit mét rechtspersoonlijkheid. Doch is dit mijns inziens geen groot gemis. Het kenmerk van dergelijke entiteiten is immers dat door hen heen wordt gekeken als het ware zijn transparant waardoor de winst normaliter wordt belast bij de achterliggende aandeelhouder(s). Dit is echter precies hetgeen CFC-wetgeving realiseert en deze is naar mijn mening derhalve in beginsel overbodig wat betreft transparante CFC's.

Voorts wordt in artikel 7, eerste lid, onderdeel a, ATAD bepaald dat – in het geval van een potentiële CFC zijnde een entiteit – sprake is van voldoende controle indien de moederverenootschap zelf, of tezamen met zijn gelieerde ondernemingen: een rechtstreekse of middellijke deelneming houdt van meer dan 50% van de stemrechten, rechtsreeks of middellijk in het bezit is van meer dan 50% van het kapitaal of recht heeft op meer dan 50% van de winst van de potentiële CFC. In de ATAD lijkt derhalve gekozen te zijn voor de aanbevolen

⁸² Art. 11, eerste lid, ATAD.

combinatie van het type wettelijke en economische controle uit het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3.⁸³ Bovendien is het percentage van 50% overgenomen.⁸⁴ Overigens wordt in dit kader onder een ‘gelieerde onderneming’ verstaan: een entiteit waarin de moeder vennootschap rechtstreeks- of middellijk 25% of meer van het stemrecht of kapitaal bezit dan wel rechtstreeks of middellijk voor 25% of meer recht heeft op de winst.⁸⁵

2.4.2 Drempelvereisten

Artikel 7 en 8 ATAD kennen twee drempels voor hun toepassing. Ten eerste moet de daadwerkelijk door de CFC betaalde belasting over haar winst lager zijn dan het verschil tussen de winstbelasting die van de CFC zou zijn geheven indien deze was gevestigd in de jurisdictie van de moeder vennootschap en de daadwerkelijk door haar betaalde winstbelasting.⁸⁶ Ik geef het volgende voorbeeld ter illustratie: stel een CFC betaalt lokaal 5% winstbelasting. Indien de CFC in dezelfde jurisdictie zou zijn gevestigd als de moeder vennootschap dan zou hij 20% winstbelasting verschuldigd zijn. Het verschil in belasting bedraagt derhalve 15%.⁸⁷ Aangezien de daadwerkelijk door hem betaalde belasting van 5% lager is dan 15% is de CFC-wetgeving van toepassing. Mijns inziens is het bovenstaande vrij omslachtig vormgegeven, omdat simpelweg kan worden volstaan met het volgende: de daadwerkelijk door de CFC betaalde belasting moet lager zijn dan 50% van de door de CFC-betaalde winstbelasting ingeval deze zou zijn gevestigd in de jurisdictie van de moeder vennootschap.⁸⁸ Voorts wordt gesproken over de ‘betaalde belasting over zijn winst’ en niet over een ‘belastingtarief’ of iets dergelijks. Ik neem aan dat hiermee wordt bedoeld op het effectieve belastingtarief zijnde de betaalde belasting als percentage van de totale winst. Dit effectieve belastingtarief wordt vervolgens getoetst aan een fictief effectief belastingtarief in de jurisdictie van de moeder vennootschap waarmee op dit onderdeel wordt aangesloten bij de aanbevelingen in het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3.⁸⁹

Bovendien kent de CFC-wetgeving in de ATAD een optionele de minimis-regel. Op grond van deze regeling hebben lidstaten de keuze om de betreffende CFC-wetgeving niet toe te passen indien hetzij de boekhoudkundige winst van de CFC maximaal € 750.000 en de inkomsten uit

⁸³ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 24, punt 35.

⁸⁴ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 25, punt 37.

⁸⁵ Art. 2, vierde lid, onderdeel a, ATAD.

⁸⁶ Art. 7, eerste lid, onderdeel b, ATAD.

⁸⁷ 20% – 5%.

⁸⁸ Ik illustreer dit aan de hand van een korte vergelijking waarin ‘D’ staat voor de ‘Daadwerkelijk door de CFC betaalde winstbelasting’ en ‘F’ voor de ‘Fictief door de CFC verschuldigde winstbelasting indien gevestigd in de jurisdictie van de moeder vennootschap’: $D < F - D \rightarrow 2D < F \rightarrow D < 0,5F$.

⁸⁹ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 37, punt 63.

andere activiteiten dan handel maximaal € 75.000 bedragen⁹⁰ hetzij indien de boekhoudkundige winst maximaal 10% van de exploitatiekosten van de CFC voor het belastingtijdvak bedraagt.⁹¹ De term ‘exploitatiekosten’ in voormelde zin wordt niet expliciet gedefinieerd, maar ik neem aan dat hieronder worden verstaan de totale kosten die zijn gemaakt ten behoeve van het drijven van een onderneming.⁹² Deze de minimis-regel is echter slechts geldig indien lidstaten kiezen voor de eerdergenoemde transactiebenadering welke in de volgende paragraaf aan bod komt. Middels deze de minimis-regelingen met betrekking tot de winst voldoet de ATAD aan de aanbevelingen uit het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3.⁹³

2.4.3 Definitie van CFC-inkomen

Krachtens het tweede lid van artikel 7 ATAD wordt aan lidstaten expliciet de keuze gegeven voor het toepassen van hetzij de inkomstenbenadering hetzij de transactiebenadering.

2.4.3.1 Inkomstenbenadering

Ingevolge de inkomstenbenadering worden de volgende categorieën niet-uitgekeerde inkomsten van de CFC in de heffing betrokken bij de achterliggende aandeelhouders:⁹⁴

- rente of andere inkomsten die worden gegenereerd door financiële activa;
- royalty's of andere inkomsten die worden gegenereerd door intellectuele eigendom;
- dividenden en inkomsten uit de vervreemding van aandelen;
- inkomsten uit financiële leasing;
- inkomsten uit verzekerings-, bank- en andere financiële activiteiten, en;
- inkomsten uit factureringsvennootschappen die hun verkoop- en diensteninkomsten halen uit goederen en diensten, gekocht van en verkocht aan gelieerde ondernemingen, en weinig of geen economische waarde toevoegen;

Een uitzondering op dit beginsel wordt echter gemaakt indien de CFC een wezenlijke economische activiteit exploiteert die wordt ondersteund door personeel, uitrusting, activa en gebouwen.⁹⁵ De implementatie van deze uitzondering vormt in beginsel een verplichting voor de lidstaten. Indien de CFC echter is gevestigd in een jurisdictie welke geen partij is bij de overeenkomst van de *Europese Economische Ruimte* (“EER”) dan staat het lidstaten vrij om af

⁹⁰ Art. 7, vierde lid, onderdeel a, ATAD.

⁹¹ Art. 7, vierde lid, onderdeel b, ATAD.

⁹² Overigens met uitzondering van de kosten die zijn gemaakt voor goederen die – vanuit het perspectief van de CFC – zijn verkocht in het buitenland dan wel betalingen die zijn gedaan aan gelieerde ondernemingen, zie: Art. 7, vierde lid, ATAD.

⁹³ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 33, punt 53.

⁹⁴ Art. 7, tweede lid, onderdeel a ATAD.

⁹⁵ Art. 7, tweede lid, onderdeel a ATAD.

te zien van voornoemde uitzondering.⁹⁶ Met deze vormgeving van de inkomstenbenadering hanteert de EC mijns inziens een combinatie van de categorische-analyse en de substance-analyse uit het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3.⁹⁷

Tot slot wordt in het derde lid van artikel 7 ATAD bepaald dat – indien lidstaten kiezen voor de inkomstenbenadering – lidstaten de CFC-wetgeving niet behoeven toe te passen op het CFC-inkomen indien dit minder dan een derde deel van het totale inkomen van de CFC behelst. Eveneens in het derde lid wordt hetzelfde bepaald ten aanzien van CFC's die een financiële onderneming drijven, maar dan met betrekking tot transacties met gelieerde ondernemingen ten opzichte van het totaal aan transacties. Mijns inziens geldt derhalve in beginsel de transactiemethode uit het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3⁹⁸ tenzij de lidstaten kiezen voor hetgeen wordt bepaald in het derde lid van artikel 7 ATAD; dan wordt de entiteit-methode⁹⁹ toegepast.

2.4.3.2 Transactiebenadering

Ingevolgde de transactiebenadering worden niet-uitgekeerde inkomsten van de CFC bij de achterliggende aandeelhouders belast indien deze inkomsten voortkomen uit kunstmatige constructies die zijn opgezet met als wezenlijk doel een belastingvoordeel te verkrijgen.¹⁰⁰ Een constructie is als kunstmatig aan te merken voor zover de CFC geen eigenaar van de winstgenererende activa zou zijn dan wel niet (een deel van) de bijbehorende risico's zou nemen indien deze niet onder de zeggenschap (lees: controle) had gestaan van een vennootschap waarin de sleutelfuncties die relevant zijn voor de betreffende activa en risico's worden verricht.¹⁰¹ Onder de transactiebenadering wordt derhalve per inkomensstroom en onderliggend activum en/of risico individueel gekeken of deze wel of niet als CFC-inkomen is aan te merken. Dit komt mijns inziens overeen met de transactiemethode uit het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3.¹⁰² Een keuze voor het toepassen van de entiteit-methode wordt onder de transactiebenadering niet geboden aan de lidstaten. Daarentegen hebben lidstaten wel de keuze om bij deze benadering een minimum (winst)drempel in te voeren voor het daadwerkelijk toepassen van de CFC-wetgeving.¹⁰³ Bovendien wordt met de transactiebenadering uitvoering gegeven aan het anti-ontwijkingsvereiste¹⁰⁴ uit het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3; de

⁹⁶ Art. 7, tweede lid, onderdeel a ATAD.

⁹⁷ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 44, punt 77, en p. 47, punt 81.

⁹⁸ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 50+51, punt 95.

⁹⁹ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 50+51, punt 95.

¹⁰⁰ Art. 7, tweede lid, onderdeel b, ATAD.

¹⁰¹ Art. 7, tweede lid, onderdeel b, ATAD.

¹⁰² OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 50+51, punt 95.

¹⁰³ Art. 7, vierde lid, ATAD.

¹⁰⁴ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 36, punt 60.

CFC-wetgeving is onder deze benadering immers slechts van toepassing indien het doel van de transactie of structuur is gelegen in het ontwijken van belasting.

2.4.4 Berekenen van CFC-inkomen

Indien de inkomstenbenadering van toepassing is dan wordt de hoogte van het CFC-inkomen berekend volgens de regels van de (winst)belastingwet van de jurisdictie waarin de moedervennootschap is gevestigd.¹⁰⁵ Verliezen van een CFC worden uitgesloten voor deze berekening, maar kunnen – in overeenstemming met het nationale recht van de betreffende jurisdictie – eventueel voorwaarts worden verrekend.¹⁰⁶ Indien daarentegen de transactiebenadering wordt toegepast dan is het CFC-inkomen gelijk aan de bedragen die zijn gegenereerd door de activa en risico's die verbonden zijn met de eerdergenoemde sleutelfuncties die worden verricht door achterliggende aandeelhouder(s).¹⁰⁷ Deze manier van berekenen is grotendeels in overeenstemming met hetgeen in dit kader wordt aanbevolen in het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3.¹⁰⁸

2.4.5 Toewijzen van CFC-inkomen

Artikel 8, derde lid, ATAD bepaalt dat het aan een aandeelhouder toe te wijzen deel van het totale CFC-inkomen moet worden berekend naar evenredigheid van de deelneming van deze aandeelhouder in de CFC. Hiervoor vormt het eerdergenoemde controlepercentage van 50% het minimum. Overigens wordt niet expliciet duidelijk of deze toewijzing naar evenredigheid slechts geldt voor het percentage van controle in de CFC of dat deze tevens ziet op de periode van het aandeelhouderschap indien deze slechts voor een gedeelte van een belastingjaar aanwezig is. Voorts moet het toegewezen deel van het CFC-inkomen in de belastinggrondslag van de aandeelhouder worden opgenomen en wel in hetzelfde belastingtijdvak van de aandeelhouder als in welke het belastingjaar van de CFC eindigt.¹⁰⁹ Middels deze manier van toewijzen van het CFC-inkomen wordt eveneens in grote lijnen voldaan aan de aanbevelingen in het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3.¹¹⁰

2.4.6 Voorkomen van de dubbele belastingheffing

Tot slot de wijze waarop dubbele belastingheffing wordt voorkomen die wellicht ontstaat als gevolg van CFC-wetgeving. Ten eerste verleent artikel 8, vijfde lid, ATAD een vermindering

¹⁰⁵ Art. 8, eerste lid, ATAD.

¹⁰⁶ Art. 8, eerste lid, ATAD.

¹⁰⁷ Art. 8, tweede lid, ATAD.

¹⁰⁸ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 57, punt 100.

¹⁰⁹ Art. 8, vierde lid, ATAD.

¹¹⁰ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 62, punt 115.

van de belastinggrondslag van de moeder vennootschap voor zover zich hierin daadwerkelijk door de CFC uitgekeerde winst bevindt en deze winst bovendien reeds bij de moeder vennootschap belast is geweest als gevolg van eerdergenoemde CFC-wetgeving in artikel 7 ATAD. Deze bepaling voorkomt met andere woorden dat eenzelfde winst niet tweemaal wordt belast bij de moeder vennootschap. Voorts bepaalt het zesde lid van artikel 8 ATAD dat – indien de moeder vennootschap haar deelneming vervreemdt en een deel van de vervreemdingsopbrengsten voordien in haar belastinggrondslag is begrepen – een overeenkomstig bedrag van haar belastinggrondslag wordt afgetrokken. Overeenkomstig met het vijfde lid wordt zo voorkomen dat eenzelfde winst tweemaal wordt belast bij de moeder vennootschap. Het verschil in beide zit hem echter in de oorzaak; het vijfde lid voorkomt dubbele belastingheffing als gevolg van een daadwerkelijke winstuitkering door de CFC waar het zesde lid dubbele belastingheffing voorkomt als gevolg van een vervreemding door de moeder vennootschap van haar deelneming in de CFC. Tot slot geeft artikel 8, zevende lid, ATAD een voorkoming voor dubbele belastingheffing door een belastingvermindering te verlenen bij de moeder vennootschap voor hetzelfde bedrag dat de CFC in de laagbelastende jurisdictie reeds over het toegewezen CFC-inkomen aan belasting heeft betaald.

Met deze bepalingen ter voorkoming van dubbele belastingheffing die ontstaat als gevolg van CFC-wetgeving heeft de ATAD zich grotendeels aangesloten bij de aanbevelingen uit het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3.¹¹¹ De enige situatie die in de ATAD wordt genegeerd is degene waarin meerdere jurisdicties hun CFC-wetgeving toepassen op hetzelfde CFC-inkomen.¹¹² Het risico op dubbele belastingheffing blijft in dergelijke situaties derhalve bestaan.

2.5 Toepassing van CFC-wetgeving

Teneinde de voorgaande CFC-wetgeving uit de ATAD te concretiseren, pas ik haar toe op het in paragraaf 2.2 gegeven voorbeeld van belastingontwijking. Het betrof een in Nederland gevestigde moeder vennootschap met een deelneming in een dochter vennootschap welke is gevestigd in een laagbelastende jurisdictie. Bovendien maken moeder en dochter deel uit van een internationaal concern en betalen de overige groepsvennootschappen jaarlijks € 4.000.000 aan royalty's aan de dochter voor het gebruik van een merkrecht waarvan het eigendom logischerwijs in handen is van de dochter. Het voorbeeld is in Figuur 1 weergegeven.

¹¹¹ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 65, punt 122 + 123.

¹¹² OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 66, punt 126.

Om te beginnen heeft de dochtervennootschap de vorm van een (niet-transparante) entiteit waardoor aan het (rechts)vormvereiste wordt voldaan. Daarenboven is de moedervennootschap enig aandeelhouder waardoor eveneens aan het minimum controlevereiste van 50% wordt voldaan. Voorts betaalde de CFC in het voorbeeld geen belasting over de door haar ontvangen royalty's waar zij in Nederland € 1.000.000 verschuldigd zou zijn geweest. In de laagbelastende jurisdictie betaalde de CFC derhalve effectief 0% belasting tegen een fictief effectief belastingpercentage van 25% in Nederland. Duidelijk mag zijn dat aan het eerste drempelvereiste met betrekking tot het tarief wordt voldaan; 0% is immers lager dan 50% van 25% zijnde 12,5%. Bovendien neem ik omwille van het voorbeeld aan dat – ongeacht de gekozen benadering – alle (optionele) de minimis-regelingen te boven worden gegaan. De buitenlandse dochtervennootschap kwalificeert zodoende als CFC.

Uitgaande van de inkomstenbenadering kwalificeren de niet-uitgekeerde royalty's als CFC-inkomen, namelijk onder de categorie: 'royalty's of andere inkomsten die worden gegenereerd door intellectuele eigendom'. Uitgaande van de transactiebenadering kwalificeren de niet-uitgekeerde royalty's eveneens als CFC-inkomen indien deze royalty's zijn voortgekomen uit een kunstmatige constructie die is opgezet met als wezenlijk doel een belastingvoordeel te verkrijgen. Gezien de situatie in het voorbeeld is dit mijns inziens aannemelijk. Zoals ik reeds heb opgemerkt is de transactiebenadering echter flexibel(er) vormgegeven en staat deze derhalve meer open voor interpretatie.

Verder is de moedervennootschap enig aandeelhouder en heeft derhalve een deelneming van 100%. Dit betekent dat 100% van het berekende CFC-inkomen van € 4.000.000 aan de belastinggrondslag van de moedervennootschap wordt toegevoegd. Tot slot hoeft geen voorkoming van dubbele belasting te worden verleend aangezien de CFC geen belasting verschuldigd was over de royaltyontvangsten in de laagbelastende jurisdictie en bovendien geen sprake was van een daadwerkelijke uitkering van de CFC-inkomsten of van een vervreemding van de deelneming door de Nederlandse moedervennootschap.

Conclusie is derhalve dat de € 4.000.000 aan royalty's wordt belast onder het Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel waardoor de geïllustreerde belastingontwijking in het voorbeeld wordt bestreden.

2.6 Deelconclusie

In het begin van dit hoofdstuk heb ik de term 'belastingontwijking door middel van CFC's' gedefinieerd als: het vestigen van een of meerdere CFC('s) in doorgaans laagbelastende

jurisdicties teneinde belastingheffing uit te stellen, te verminderen of in haar geheel te ontlopen middels het omleiden van inkomen naar deze buitenlandse entiteit(en) voordat dit inkomen wordt belast in de staat van vestiging van de achterliggende belastingplichtige(n). Vervolgens heb ik aan de hand van een voorbeeld de problematiek geïllustreerd die speelt in dit kader. Men denke aan het voordeel dat kan worden behaald door middel van bijvoorbeeld het uitstellen van belasting in combinatie met de tijdswaarde van geld of het verminderen van belasting middels het creëren van excessieve aftrekbare betalingen als gevolg van een interne lening van de CFC.

Het tweede gedeelte van dit hoofdstuk bestond uit oplossingen tegen deze vorm van belastingontwijking. Centraal hierin staan artikel 7 en 8 ATAD welke gebaseerd zijn op de CFC-maatregelen uit het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3 van de OESO waarvan ik bovendien een aantal – voor het vervolg van dit onderzoek – relevante beleidsoverwegingen behandelt heb.

Voorts heb ik de CFC-wetgeving besproken aan de hand van zes segmenten in welke het volgende naar voren kwam: een CFC wordt gedefinieerd als een niet-transparante buitenlandse entiteit of vaste inrichting waarin de moedervernootschap meer dan 50% procent controle heeft. Voorts moet de door de CFC betaalde winstbelasting lager zijn dan de helft van de winstbelasting die van de CFC zou zijn geheven indien deze was gevestigd in de jurisdictie van de moedervernootschap. Jurisdicties hebben de keuze tussen de inkomstenbenadering en de transactiebenadering voor het definiëren van CFC-inkomen. Bovendien kent de CFC-wetgeving een aantal de minimis-regelingen afhankelijk van de gekozen benadering. Het CFC-inkomen wordt vervolgens toegewezen naar evenredigheid van (de grootte van) de deelneming van de aandeelhouder(s) in de CFC. Tot slot wordt voorkoming van dubbele belasting verleend door middel van een grondslagvermindering dan wel een belastingaftrek.

Indien CFC-wetgeving van toepassing is dan wordt het CFC-inkomen onder de winstgrondslag van de moeder geschaard en daarmee tevens belast onder het belastingregime van de betreffende jurisdictie om als zodanig belastingontwijking tegen te gaan. Ik heb deze CFC-wetgeving omwille van de beeldvorming in de laatste paragraaf toegepast op het voorbeeld uit de tweede paragraaf.

Hoofdstuk 3: Noodzakelijkheid

3.1 Inleiding

Dit hoofdstuk toetst de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD op noodzakelijkheid. Aan dit criterium heb ik reeds de volgende invulling gegeven: ‘is de implementatie van nieuwe CFC-wetgeving – naast de reeds bestaande CFC-achtige wetgeving in Nederland – iets waaraan niet ontkomen kan worden?’¹¹³ Ik beantwoord deze vraag aan de hand van een toetsing van de huidige Nederlandse CFC-achtige wetgeving – bestaande uit zowel artikel 13a als artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 – aan de minimumeisen die in de CFC-wetgeving van de ATAD zijn opgenomen. Paragraaf 3.2 bespreekt doel en strekking van het eerstgenoemde artikel waarna deze in paragraaf 3.3 wordt getoetst aan de CFC-wetgeving uit de ATAD. Voorts bespreekt paragraaf 3.4 doel en strekking van artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 waarna deze in paragraaf 3.5 eveneens wordt getoetst aan de betreffende CFC-wetgeving. Paragraaf 3.6 sluit af met een samenvattende deelconclusie.

3.2 Artikel 13a Wet VpB 1969

De CFC-wetgeving uit de ATAD wordt getoetst aan het criterium van noodzakelijkheid door middel van een vergelijking met onder andere artikel 13a Wet VpB 1969. Alvorens met deze toetsing aan te vangen, is het van belang om – naast de eerder besproken werking van de CFC-wetgeving – tevens de werking van artikel 13a Wet VpB 1969 helder te formuleren. Ik bespreek dit aan de hand van doel en strekking van het artikel in de volgende sub-paragrafen.

3.2.1 Doel

De oorsprong van artikel 13a Wet VpB 1969 is gelegen in het voormalige artikel 28b Wet VpB 1969 welke onderdeel was van het Nederlandse regime aangaande de fiscale beleggingsinstelling. Het toenmalige doel van artikel 28b Wet VpB 1969 was het voorkomen dat beleggingsinstellingen zich – vanuit Nederland – naar het buitenland verplaatsten met de bedoeling een herwaardering van de aandelen bij hun aandeelhouders te ontlopen. Aandeelhouders in – in Nederland gevestigde – beleggingsinstellingen waren namelijk gedwongen om – onder bepaalde voorwaarden – hun aandelenpakket in een beleggingsinstelling te herwaarderen.¹¹⁴ Het voormalige artikel 28b Wet VpB 1969 bepaalde dat aandeelhouders in buitenlandse beleggingsinstellingen eveneens – en tevens onder bepaalde voorwaarden – hun aandelenpakket moesten herwaarderen waardoor aldus een gelijke fiscale

¹¹³ Zie paragraaf 1.3, p. 15.

¹¹⁴ *Kamerstukken I* 1989/90, 20 701, 78b, p. 18.

behandeling van aandelen in hetzij binnenlandse beleggingsinstellingen hetzij buitenlandse beleggingsinstellingen bewerkstelligd werd.

Weber typeerde artikel 28b Wet VpB 1969 reeds in 2004 als een soort CFC-wetgeving “*en zelfs een bijzonder agressieve vorm, want de belastingdruk in het buitenland is in beginsel niet relevant*”¹¹⁵ en toont daarmee de aard alsmede de oorsprong van artikel 13a Wet VpB 1969. Artikel 28b Wet VpB 1969 is in 2006 namelijk komen te vervallen en is vervolgens vervangen door een soortgelijke bepaling welke is vastgelegd in artikel 13a Wet VpB 1969.¹¹⁶ Het doel van het nieuwe artikel 13a Wet VpB 1969 kan worden gedefinieerd als het tegengaan van belastinguitstel dat wordt bereikt door beleggingen onder te brengen in zogenoemde ‘niet-kwalificerende beleggingsinstellingen’¹¹⁷. Gezien het feit dat artikel 13a Wet VpB 1969 in de literatuur wordt bestempeld als ‘Nederlandse CFC-wetgeving’¹¹⁸, kan mijns inziens het doel van artikel 13a Wet VpB 1969 evenzo worden gevonden in het tegengaan van de praktijk van ‘belastingontwijking door middel van niet-kwalificerende beleggingsinstellingen’¹¹⁹.

3.2.2 Strekking

Het eerste lid van artikel 13a Wet VpB 1969 bepaalt dat – indien een Nederlandse belastingplichtige een belang van 25% of meer in een lichaam als belegging houdt – dit belang onder voorwaarden geherwaardeerd dient te worden tegen de bijbehorende ‘waarde in het economische verkeer’¹²⁰. Het artikel is eveneens van toepassing indien dit belang van 25% of meer tezamen met een met de belastingplichtige verbonden lichaam¹²¹ wordt gehouden. Daarenboven de opmerking dat het hier nadrukkelijk dochtervennootschappen zijnde lichamen betreft en dus geen VI’s. Bovendien geldt een extra tweetal cumulatieve voorwaarden, te weten: (i) het betreffende lichaam is niet onderworpen aan een winstbelasting die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing, en (ii) de bezittingen, onmiddellijk of middellijk, van het lichaam bestaan (nagenoeg) uitsluitend uit laagbelaste vrije beleggingen.¹²² In voorgaande

¹¹⁵ D.M. Weber, ‘VPB 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten’, *WFR* 2004/6591, p. 6.

¹¹⁶ Zie de wet van 30 november 2006, houdende wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstelling uit de nota «Werken aan winst» (Wet werken aan winst), *Stb.* 2006, 631.

¹¹⁷ Zie voor een definitie sub-paragraaf 3.2.2.

¹¹⁸ Zie bijvoorbeeld: E. Swaving Dijkstra, ‘Art. 13a Wet VPB 1969 – toe aan een herwaardering?’, *WFR* 2015/872, p. 1.

¹¹⁹ Ik leg hier de link met het eerder gedefinieerde ‘belastingontwijking door middel van CFC’s’ alleen dan ten aanzien van niet-kwalificerende beleggingsinstellingen, zie paragraaf 2.2, p. 19.

¹²⁰ De waarde in het economische verkeer van de deelneming is gelijk aan ‘de prijs die bij aanbidding van de deelneming op meest geschikte wijze na de beste voorbereiding door de meestbiedende gegadigde daarvoor zou zijn besteed’, zie HR 5 februari 1969, ECLI:NL:HR:1969:AX5888.

¹²¹ Art. 10a, vierde lid, Wet VpB 1969 jo. art. 13a, eerste lid, Wet VpB 1969.

¹²² Art. 13a, eerste lid, onderdelen a en b, Wet VpB 1969.

passage heb ik een aantal zinsdelen onderstreept, omdat deze naar mijn mening een verdere bespreking behoeven:

- ‘Als belegging’: Het belang van de Nederlandse belastingplichtige in haar dochtervennootschap dient – voor een toepassing van het artikel – als belegging gehouden te worden. Op basis van jurisprudentie is sprake van beleggen indien de Nederlandse belastingplichtige streeft naar het verkrijgen van een rendement uit zogenoemd ‘normaal vermogensbeheer’.¹²³ Van normaal vermogensbeheer is in ieder geval géén sprake indien evident is dat de Nederlands belastingplichtige het doel heeft: *“het behalen van voordelen welke het aan een belegger in zodanige goederen normaliter opkomende rendement te boven gaat”*.¹²⁴

Aangezien de fiscus – naar ik mag aannemen – niet beschikt over paranormale gaven is het een lastige aangelegenheid om met voldoende zekerheid het doel te bepalen dat de Nederlandse belastingplichtige nastreeft. Daarom vind ik het geen slechte ontwikkeling dat nadien door de wetgever is bepaald dat hiervoor zo nodig kan worden gekeken naar objectieve elementen, zoals de aard, functie en activiteiten van de Nederlandse belastingplichtige en/of haar dochtervennootschap.¹²⁵ Daarmee is de discussie natuurlijk niet afgedaan, maar wel worden op deze manier (objectieve) handvaten gegeven om het (subjectieve) doel van de Nederlands belastingplichtige beter vast te kunnen stellen.

Het bovenstaande wordt ook wel aangeduid als de ‘oogmerktoets’; het doel (lees: oogmerk) waarmee een deelneming wordt gehouden is – in beginsel – doorslaggevend voor het wel of niet voldoen aan deze toets. De oogmerktoets wordt eveneens gehanteerd in artikel 13, negende lid, Wet VpB 1969 inzake de (toepassing van de) deelnemingsvrijstelling.

- ‘Reële heffing’: Voor de toepassing van artikel 13a Wet VpB 1969 geldt tevens als voorwaarde dat de dochtervennootschap niet onderworpen is aan een belastingheffing die naar Nederlandse begrippen reëel is. Een belastingheffing over de winst is naar Nederlandse begrippen reëel indien deze 10% of meer bedraagt. Deze 10% betreft een absolute ondergrens en moet derhalve niet relatief worden gezien ten opzichte van de hoogte van de Nederlandse vennootschapsbelastingtarieven.¹²⁶ Bovendien moet voor

¹²³ HR 8 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4143, r.o. 4.

¹²⁴ HR 7 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9757, r.o. 9.

¹²⁵ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, 8, p. 28.

¹²⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, 8, p. 32.

deze voorwaarde in beginsel naar het statutaire buitenlandse belastingtarief worden gekeken waarbij eventuele op- en afstapjes naar en van het betreffende tarief buiten beschouwing worden gelaten.¹²⁷ In voormelde zin schrijf ik ‘in beginsel’, omdat in specifieke gevallen – waarin het statutaire buitenlandse belastingtarief lager is dan 10% – de mogelijkheid bestaat om aan te tonen dat effectief wel degelijk een reële belastingheffing plaatsvindt: bijvoorbeeld doordat de buitenlandse winstbelastinggrondslag breder is vormgegeven dan de Nederlandse.¹²⁸ Deze zogenoemde ‘onderworpenheidstoets’ wordt eveneens gehanteerd in artikel 13, elfde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969 inzake de (toepassing van de) deelnemingsvrijstelling.

- ‘Laagbelaste vrije beleggingen’: Tot slot geldt als voorwaarde voor de toepassing van art. 13a Wet VpB 1969 dat de bezittingen van de dochtervennootschap, onmiddellijk of middellijk, uitsluitend- of nagenoeg uitsluitend (lees: voor 90% tot 100%), bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen. Onder ‘vrije beleggingen’ worden in het kort verstaan: andere beleggingen dan die welke redelijkerwijs noodzakelijk zijn in het kader van de ondernemingsactiviteiten van de dochtervennootschap, bezittingen die worden aangewend ter financiering van de moedervennootschap én bedrijfsmiddelen die ter beschikking worden gesteld aan de moedervennootschap.¹²⁹ In essentie tellen beleggingen dus niet mee voor deze zogenoemde ‘bezittingentoets’ indien zij redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor het uitoefenen van de ondernemingsactiviteiten van het lichaam dat de beleggingen bezit (lees: de dochtervennootschap).¹³⁰ Deze bezittingentoets wordt eveneens gehanteerd in artikel 13, elfde lid, onderdeel b en twaalfde lid, Wet VpB 1969 inzake de (toepassing van de) deelnemingsvrijstelling.

Ik heb hieraan voorafgaand drie zinsdelen van artikel 13a Wet VpB 1969 onderstreept en aan de hand daarvan aangetoond op welke wijze respectievelijk de oogmerktoets, de onderworpenheidstoets en de bezittingentoets uit de deelnemingsvrijstelling in het artikel zijn verwerkt. Gevolg hiervan is dat een wisselwerking ontstaat tussen enerzijds de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet VpB 1969 en anderzijds de Nederlandse CFC-wetgeving van artikel 13a Wet VpB 1969; de deelnemingsvrijstelling is namelijk niet van toepassing indien aan de eerder genoemde toetsen wordt voldaan, terwijl een toepassing van de betreffende Nederlandse CFC-wetgeving daarentegen afhankelijk is van het juist wél voldoen

¹²⁷ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, 8, p. 33.

¹²⁸ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, 8, p. 34.

¹²⁹ Art. 13, twaalfde lid, Wet VpB 1969.

¹³⁰ *Kamerstukken II 2009/10*, 30 572, 9, p. 14.

aan deze toetsen. Met andere woorden: als de betreffende Nederlandse CFC-wetgeving van toepassing is dan is de deelnemingsvrijstelling dat niet en vice versa.

Deze wisselwerking tussen beide artikelen is bovendien een logische; het wezen van CFC-wetgeving is immers dat CFC-inkomen wordt belast – en dus niet wordt vrijgesteld door een regeling als de Nederlandse deelnemingsvrijstelling – bij de moedervernootschap en op het niveau van de bijbehorende jurisdictie. Anders zou het niet dan wel laagbelaste CFC-inkomen immers alsnog niet dan wel laag-belast zijn. Gevolg van deze wisselwerking tussen beide artikelen is derhalve dat het (jaarlijkse) herwaarderingsresultaat van artikel 13a Wet VpB 1969 daadwerkelijk belast wordt dan wel aftrekbaar is in Nederland.

Overigens is op het herwaarderingsresultaat daarentegen wel de eerder genoemde deelnemingsverrekening¹³¹ van toepassing en worden de dochtervennootschappen waarop de Nederlandse CFC-wetgeving van artikel 13a Wet VpB 1969 van toepassing is – en dus de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet VpB 1969 niet – ook wel aangemerkt als ‘niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen’.

3.3 CFC-wetgeving versus artikel 13a Wet VpB 1969

Nu zowel de CFC-wetgeving uit de ATAD als de huidige Nederlandse CFC-wetgeving van artikel 13a Wet VpB 1969 zijn behandeld, wordt door middel van een vergelijking tussen beide getoetst in hoeverre de implementatie van nieuwe CFC-wetgeving in de nationale wetgeving noodzakelijk is voor Nederland. Nieuwe CFC-wetgeving is immers overbodig (lees: niet noodzakelijk) indien de huidige Nederlandse CFC-wetgeving reeds voldoet aan de minimumeisen die gesteld worden in artikel 7 en 8 ATAD.

Bovendien onderzoek ik – indien nieuwe CFC-wetgeving noodzakelijk blijkt – op welke aspecten artikel 13a Wet VpB 1969 zodoende tekort schiet. Vervolgvraag is dan of deze tekortkoming(en) middels een (enkele) aanpassing van artikel 13a Wet VpB 1969 kunnen worden opgelost of dat de implementatie via een nieuw artikel de voorkeur geniet. Ik toets de CFC-wetgeving op noodzakelijk door middel van een vergelijking met artikel 13a Wet VpB 1969 op de volgende onderdelen: het minimum controlevereiste, de oogmerktoets, de onderworpenheidstoets, de bezittingentoets en de wijze waarop het besmette (CFC-)inkomen in de winst wordt betrokken bij de moedervernootschap. Het betreft in deze paragraaf expliciet

¹³¹ De deelnemingsverrekening geeft slechts een voorkoming van dubbele belasting en verhindert derhalve niet dat naar Nederlandse maatstaven belasting wordt geheven over het herwaarderingsresultaat, zie paragraaf 2.2, p. 22.

een toetsing van situaties met daarin buitenlandse dochtervennootschappen zijnde lichamen; artikel 13a Wet VpB 1969 is immers niet van toepassing op VI's.

3.3.1 Controlevereiste

Voor een toepassing van artikel 13a Wet VpB 1969 is een controleniveau vereist van minimaal 25% in een niet-kwalificerende beleggingsinstelling. Daarentegen hanteert de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD een minimum controleniveau van 50% die de moedervennootschap moet bezitten in een CFC. Let wel dat de ATAD een minimumrichtlijn betreft waardoor lidstaten ieder de keuze hebben voor een lager minimum controleniveau. Desalniettemin bestaat een verschil in het minimum controlevereiste tussen beide ter grootte van 25 procentpunt. Dit betrekkelijk grote verschil wordt verklaard door twee factoren. Ten eerste dient CFC-wetgeving situaties te bestrijden waarin het mogelijk is om kunstmatig winsten te verschuiven. Louter een betrekkelijk hoog minimum controleniveau van 50% past bij deze doelstelling.¹³² Ten tweede heb ik in sub-paragraaf 3.2.1 behandeld dat artikel 13a Wet VpB 1969 oorspronkelijk slechts betrekking had op het Nederlandse regime voor fiscale beleggingsinstellingen. Kenmerk van een beleggingsinstelling is echter dat het veel deelnemers heeft met ieder een relatief laag niveau van controle. Bovendien kent het fiscale beleggingsinstellingen-regime van artikel 28 Wet VpB 1969 een aantal limieten met betrekking tot het maximum controleniveau dat in haar gehouden mag worden.¹³³ Gevolg hiervan is dat in artikel 13a Wet VpB 1969 voor een betrekkelijk laag minimum controleniveau van 25% is gekozen welke sinds de invoering van de bepaling¹³⁴ niet meer is gewijzigd. De combinatie van dit betrekkelijk hoge minimum controleniveau in de CFC-wetgeving en dit betrekkelijk lage minimum controleniveau in artikel 13a Wet VpB 1969 maakt de discrepantie tussen beide derhalve aanzienlijk.

Binnen dit kader vormt een overeenkomst tussen artikel 13a Wet VpB 1969 en de CFC-wetgeving dat de moedervennootschap het minimum controleniveau van 25% dan wel 50% tezamen met een met haar 'verbonden lichaam' respectievelijk 'gelieerde onderneming' kan bezitten. De definitie van beide – tussen aanhalingstekens geplaatste – termen is daarentegen niet geheel gelijklopend.¹³⁵

¹³² OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 25, punt 37.

¹³³ Art. 28, tweede lid, onderdelen c en d, Wet VpB 1969.

¹³⁴ Tot 2006: Art. 28b Wet VpB 1969.

¹³⁵ Men vergelijkte art. 10a, vierde lid, Wet VpB 1969 met art. 2, vierde lid, ATAD.

Voorts vormt een “*fundamenteel verschil*”¹³⁶ dat een toepassing van artikel 13a Wet VpB 1969 vereist dat het minimum controlepercentage in de niet-kwalificerende beleggingsinstelling direct wordt gehouden,¹³⁷ terwijl voor een toepassing van de CFC-wetgeving tevens indirecte belangen meegerekend dienen te worden.¹³⁸ Wat betreft het minimum controlevereiste zijn zodoende een aantal verschillen te onderkennen waardoor ik concludeer dat artikel 13a Wet VpB 1969 op dit onderdeel aldus niet (geheel) voldoet aan de minimum eisen van artikel 7 en 8 ATAD.

3.3.2 Oogmerktoets

De volgende alinea's betreffen een analyse aangaande de drie eerder besproken toetsen: het betreft respectievelijk de oogmerktoets, de onderworpenheidstoets en de bezittingentoets. De oogmerktoets stelt aan een toepassing van artikel 13a Wet VpB 1969 de voorwaarde dat de moedervernootschap haar deelneming ter belegging houdt. Of een deelneming ter belegging wordt gehouden is daarbij primair afhankelijk van het – subjectieve – oogmerk van de moedervernootschap waarmee zij die deelneming houdt en secundair van objectieve maatstaven zoals de aard, functie en activiteiten van de moedervernootschap en/of de dochtervernootschap.¹³⁹

De oogmerktoets is mijns inziens niet terug te vinden in de CFC-wetgeving althans niet in expliciete vorm. Swaving Dijkstra wijst in dit kader echter op de eerder besproken inkomstenbenadering als onderdeel van de CFC-wetgeving.¹⁴⁰ Op basis van deze inkomstenbenadering wordt inkomen van de CFC belast bij de moedervernootschap indien het bepaalde vormen van passief inkomen betreft. Een uitzondering op deze regel geldt echter indien de CFC een ‘wezenlijke economische activiteit’ exploiteert die wordt ondersteund door personeel, uitrusting, activa en gebouwen.¹⁴¹ Met andere woorden: de CFC-wetgeving is van toepassing indien in het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden géén wezenlijke economische activiteit aanwezig is die wordt ondersteund door personeel, uitrusting, activa en gebouwen, terwijl artikel 13a Wet VpB 1969 van toepassing is indien de deelneming ter belegging wordt gehouden.

¹³⁶ E. Swaving Dijkstra, ‘Alles went, behalve een fictief dividend: de CFC-regeling uit de ATAD en de gevolgen voor art. 13a Wet VPB 1969’, *WFR* 2017/117, p. 4.

¹³⁷ Art. 13a, eerste lid, Wet VpB 1969.

¹³⁸ Art. 7, eerste lid, onderdeel a, ATAD.

¹³⁹ Zie sub-paragraaf 3.2.2, p. 39.

¹⁴⁰ E. Swaving Dijkstra, ‘Alles went, behalve een fictief dividend: de CFC-regeling uit de ATAD en de gevolgen voor art. 13a Wet VPB 1969’, *WFR* 2017/117, p. 4.

¹⁴¹ Zie sub-paragraaf 2.4.3.1, p. 31.

De vraag die – om te bepalen in hoeverre de oogmerktoets van artikel 13a Wet VpB 1969 daadwerkelijk terugkomt in de CFC-wetgeving – mijns inziens vervolgens gesteld dient te worden, is in hoeverre een deelneming die ter belegging wordt gehouden overeenkomt met een deelneming waarin géén wezenlijke economische activiteit wordt geëxploiteerd. Normaliter – indien de moederverenootschap geen verzekeringsmaatschappij of iets dergelijks betreft – wordt een deelneming geacht ter belegging te worden gehouden indien in de dochtervennootschap géén onderneming wordt gedreven (de objectieve maatstaf).¹⁴² In de jurisprudentie heeft zich de volgende definitie van een onderneming gevormd: “*een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die gericht is op deelname aan het economische verkeer met het oogmerk winst te behalen*”.¹⁴³ Mijns inziens is deze definitie van een onderneming uit de oogmerktoets mogelijk strikter – maar in ieder geval niet ruimer – vormgegeven dan *het exploiteren van een wezenlijke economische activiteit die wordt ondersteund door personeel, uitrusting, activa en gebouwen* uit de ATAD. Onder een ‘economische activiteit’ wordt immers verstaan: “*iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt*”.¹⁴⁴ In deze laatste definitie ontbreken immers zowel de het bestaan van duurzaamheid alsmede het nastreven van een winstoogmerk welke voorwaarden wel aan het drijven van een onderneming worden gesteld.

Gevolg van het bovenstaande is derhalve dat artikel 13a Wet VpB 1969 op dit punt eerder van toepassing is dan de CFC-wetgeving; de definitie van een onderneming is mijns inziens immers strikter dan de definitie van het exploiteren van een wezenlijke economische activiteit waardoor de uitzondering – die een toepassing van beide regelingen voorkomt – ruimer is vormgegeven in de CFC-wetgeving dan in artikel 13a Wet VpB 1969 zodat deze laatste eerder wordt toegepast. Ik merk in dit kader wederom op dat de ATAD een minimumrichtlijn betreft en dus geen beletsel vormt voor dergelijke nationale bepalingen die een hoger niveau van bescherming garanderen voor binnenlandse vennootschapsbelastinggrondslagen.¹⁴⁵

Een wrijving met de ATAD ontstaat daarentegen indien de deelneming met een gemengd oogmerk wordt gehouden bestaande uit zowel beleggen als ondernemen.¹⁴⁶ In voormelde zin is het zwaartepunt van het gemengde oogmerk doorslaggevend voor de uiteindelijke kwalificatie

¹⁴² *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, 3, p. 58 + 59.

¹⁴³ Art. 2 Vennootschapsbelasting, belastingplicht van verenigingen en stichtingen.

¹⁴⁴ HvJ EU 18 juni 1998, ECLI:EU:C:1998:303, r.o. 36 (*Commissie v Italië*)

¹⁴⁵ Art. 3 ATAD.

¹⁴⁶ E. Swaving Dijkstra, ‘Alles went, behalve een fictief dividend: de CFC-regeling uit de ATAD en de gevolgen voor art. 13a Wet VPB 1969’, *WFR* 2017/117, p. 4 + 5.

van de deelneming voor de oogmerktoets.¹⁴⁷ Indien het zwaartepunt van de deelneming is gelegen in beleggen dan wordt de gehele deelneming derhalve geacht ter belegging te worden gehouden voor de toepassing van de oogmerktoets en vice versa.

Een dergelijke alles-of-niets-benadering strookt niet met de CFC-wetgeving; in de CFC-wetgeving wordt immers in beginsel per inkomensstroom getoetst in plaats van op het niveau van de entiteit. Hierop is weliswaar een uitzondering van toepassing indien lidstaten kiezen voor de eerdergenoemde inkomstenbenadering in combinatie met de transactie-methode, maar deze uitzondering brengt daarentegen een aantal beperkingen met zich mee welke op dit onderdeel niet in artikel 13a Wet VpB 1969 bestaan. De transactie-methode laat een dergelijke alles-of-niets-benadering immers slechts toe voor zover niet meer dan een derde van het inkomen van de dochtervennootschap bestaat uit de eerder genoemde lijst van ‘besmette’ passieve inkomensvormen¹⁴⁸ wat bovendien maakt dat deze alles-of-niets-benadering enkel mogelijk is indien het zwaartepunt van de dochtervennootschap ligt bij ondernemen in plaats van bij beleggen en niet andersom. Dergelijke beperkingen kent artikel 13a Wet VpB 1969 niet.

Al met al concludeer ik aangaande de oogmerktoets dat een aantal verschillen te onderkennen zijn tussen artikel 13a Wet VpB 1969 en de CFC-wetgeving. En hoewel deze verschillen kleiner worden indien lidstaten kiezen voor de inkomstenbenadering (in combinatie met de transactie-methode) blijven zij wel degelijk aanwezig. Bovendien is dit alles nog afgezien van het feit dat het in artikel 13a Wet VpB 1969 logischerwijs tevens ontbreekt aan een lijst van categorieën niet-uitgekeerde passieve inkomsten zoals deze wel bestaat in de inkomstenbenadering van de CFC-wetgeving. Met de transactiebenadering bestaat naar mijn mening überhaupt geen overeenkomst op dit onderdeel.

3.3.3 Onderworpenheidstoets

De onderworpenheidstoets stelt aan de toepassing van artikel 13a Wet VpB 1969 de voorwaarde dat de dochtervennootschap niet is onderworpen aan een belastingheffing die naar Nederlandse begrippen reëel is te weten aan een belastingheffing van 10%.¹⁴⁹ Voor een toepassing van de CFC-wetgeving op dit onderdeel geldt dat de daadwerkelijk door de CFC betaalde winstbelasting lager moest zijn dan 50% van de door de CFC-betaalde winstbelasting ingeval deze (fictief) zou zijn gevestigd in de jurisdictie van de moedervennootschap.¹⁵⁰

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, 8, p. 29.

¹⁴⁸ Zie sub-paragraaf 2.4.3.1, p. 31.

¹⁴⁹ Zie sub-paragraaf 3.2.2, p. 39.

¹⁵⁰ Zie sub-paragraaf 2.4.2, p. 30.

Indien een CFC bij fictie in Nederland zou zijn gevestigd dan zou deze onderworpen zijn aan een winstbelasting van 20% over de eerste € 200.000 en 25% over het meerdere.¹⁵¹ Aangezien tarief-opstapjes op dit onderdeel genegeerd dienen te worden¹⁵² moet de dochtervennootschap – om de CFC-wetgeving van toepassing te laten zijn – onderworpen zijn aan een winstbelasting die lager ligt dan 12,5%.¹⁵³ Ik concludeer derhalve dat artikel 13a Wet VpB 1969 in het kader van de onderworpenheidstoets minder strikt is dan de CFC-wetgeving – de ATAD CFC-wetgeving heeft op dit onderdeel immers een ruimer toepassingsbereik dan artikel 13a Wet VpB 1969 – en zodoende voldoet de onderworpenheidstoets niet aan de minimumeisen die in dit kader worden gesteld in artikel 7 en 8 ATAD.

3.3.4 Bezittingentoets

De bezittingentoets stelt aan de toepassing van artikel 13a Wet VpB 1969 de voorwaarde dat de bezittingen van de dochtervennootschap onmiddellijk of middellijk, (nagenoeg) uitsluitend (lees: voor 90% tot 100%), bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen. Met dit laatste worden kort gezegd beleggingen bedoeld die redelijkerwijs niet noodzakelijk zijn voor het uitoefenen van de ondernemingsactiviteiten van de dochtervennootschap.¹⁵⁴ In de CFC-wetgeving ontbreekt het mijns inziens volledig aan een dergelijke voorwaarde.

Swaving Dijkstra legt in dit kader nog wel kort de link naar de hier voor genoemde transactiemethode waarbij het inkomen van de dochtervennootschap voor maximaal een derde (lees: 33,3%) mag bestaan uit besmet passief inkomen.¹⁵⁵ Ik zie deze link echter niet, omdat de vergelijkingsmaatstaf simpelweg verschilt tussen beide; in de bezittingentoets gaat het immers om 90% tot 100% van de *bezittingen* van de dochtervennootschap waar het bij de transactiemethode 33,3% van haar *inkomen* betreft. Deze staan uiteraard niet in een perfecte één-op-één verhouding met elkaar.

Ik concludeer ten aanzien van de bezittingentoets derhalve dat deze op geen enkele manier terug komt in de CFC-wetgeving en dat artikel 13a Wet VpB 1969 zodoende aanpassing zou behoeven op dit punt. Door deze extra voorwaarde in de vorm van de bezittingentoets is het toepassingsbereik van artikel 13a Wet VpB 1969 immers strikter dan die van de CFC-

¹⁵¹ Art. 22 Wet VpB 1969.

¹⁵² Zie sub-paragraaf 3.2.2, p. 40.

¹⁵³ 50% * 25%.

¹⁵⁴ Zie sub-paragraaf 3.2.2, p. 40.

¹⁵⁵ E. Swaving Dijkstra, 'Alles went, behalve een fictief dividend: de CFC-regeling uit de ATAD en de gevolgen voor art. 13a Wet VPB 1969', *WFR* 2017/117, p. 5.

wetgeving uit de ATAD. Hoewel de ATAD een minimumrichtlijn betreft¹⁵⁶ – en een ruimer toepassingsbereik van het artikel derhalve geen beletsel vormt – vormt een strikter toepassingsbereik dat wel.

3.3.5 Wijze van inclusie van CFC-inkomen

Tot slot een analyse ten aanzien van de wijze waarop het besmette (CFC-)inkomen in de winst wordt betrokken bij de moeder vennootschap. De moeder vennootschap dient haar deelneming ingevolge artikel 13a Wet VpB 1969 te herwaarderen naar de waarde in het economische verkeer.¹⁵⁷ Deze herwaarderingsverplichting laat het netto resultaat (lees: de winst) van de niet-kwalificerende beleggingsdeelneming van het betreffende jaar tot uiting komen in winst van de moeder vennootschap.¹⁵⁸

Op dit onderdeel is een essentieel verschil te onderkennen tussen het artikel en de CFC-wetgeving; op basis van de CFC-wetgeving wordt immers niet de *winst* van de CFC, maar haar niet-uitgekeerde *inkomsten* in de heffing betrokken bij de moeder vennootschap.¹⁵⁹ Dit verschil heeft ten eerste als gevolg dat situaties ontstaan waarop de CFC-wetgeving wel van toepassing is en artikel 13a Wet VpB 1969 niet.

Ik geef het volgende voorbeeld: in 2018 ontvangt een CFC casu quo niet-kwalificerende beleggingsdeelneming een bedrag van € 5.000.000 aan CFC-inkomen. Daartegenover staat in dat jaar een aftrekpost van eveneens € 5.000.000 resulterend in een fiscale winst van € 0¹⁶⁰. In de geschetste situatie is de CFC-wetgeving van toepassing op het CFC-inkomen zodat een bedrag van € 5.000.000 aan de winstgrondslag van de moeder vennootschap wordt toegevoegd.¹⁶¹ Artikel 13a Wet VpB 1969 is daarentegen niet van toepassing aangezien geen winst is behaald en derhalve geen herwaardering naar het economische verkeer plaatsvindt door de moeder vennootschap.

Stel nu vervolgens dat de aftrekpost niet € 5.000.000, maar € 6.000.000 bedraagt zodat een negatieve fiscale winst (lees: fiscaal verlies) van € 1.000.000¹⁶² resulteert. De toepassing van

¹⁵⁶ Art. 3 ATAD.

¹⁵⁷ Zie sub-paragraaf 3.2.2, p. 38.

¹⁵⁸ E. Swaving Dijkstra, 'Alles went, behalve een fictief dividend: de CFC-regeling uit de ATAD en de gevolgen voor art. 13a Wet VPB 1969', *WFR* 2017/117, p. 5.

¹⁵⁹ Zie de definitie van 'CFC-inkomen' op basis van zowel de transactiebenadering als de inkomstenbenadering van paragraaf 2.4.3.

¹⁶⁰ € 5.000.000 - € 5.000.000.

¹⁶¹ Het is overigens niet relevant voor het voorbeeld op basis van welke benadering dit bedrag van € 5.000.000 is berekend.

¹⁶² € 5.000.000 - € 6.000.000.

de CFC-wetgeving blijft in dit geval onveranderd. Met betrekking tot (een toepassing van) artikel 13a Wet VpB 1969 treedt daarentegen wel een verandering op; op basis van het artikel herwaardeert de moeder vennootschap haar deelneming naar een waarde in het economische verkeer welke € 1.000.000 lager ligt dan aanvankelijk. Ik illustreer hiermee zodoende een tweede verschil tussen beide: een toepassing van artikel 13a Wet VpB 1969 kan tevens leiden tot een lagere winstbelastingheffing bij de moeder vennootschap, terwijl dat bij een toepassing van CFC-wetgeving is uitgesloten. CFC-wetgeving sluit zich immers aan bij CFC-inkomen welke nooit negatief is; een negatieve dividend-, interest-, of royaltyontvangst is per slot van rekening onmogelijk.

Ik concludeer derhalve dat ten aanzien van de wijze waarop het besmette (CFC-)inkomen in de winst wordt betrokken bij de moeder vennootschap artikel 13a Wet VpB 1969 zodanig verschilt van de CFC-wetgeving dat het artikel wederom niet voldoet aan de minimum eisen uit de ATAD.

3.4 Tussenconclusie

Ik concludeer ten aanzien van de gehele analyse dat tussen artikel 13a Wet VpB 1969 en de CFC-wetgeving veel (fundamentele) verschillen te onderkennen zijn. Hierdoor voldoet artikel 13a Wet VpB 1969 op de geanalyseerde onderdelen veelal niet aan de minimum eisen die de ATAD stelt. Bovendien zijn deze verschillen van een zodanige aard en omvang dat een (enkele) aanpassing van artikel 13a Wet VpB 1969 naar mijn mening niet zal volstaan.

3.5 Artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969

Waar artikel 13a Wet VpB 1969 Nederlandse CFC-wetgeving vormt ten aanzien van dochtervennootschappen zijnde lichamen, vormt artikel 15e, zevende lid, wet VpB 1969 Nederlandse CFC-wetgeving ten aanzien van VI's. Deze paragraaf bespreekt de strekking van artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 welke kennis vereist is om het artikel in de volgende paragraaf te toetsen aan de CFC-wetgeving op het criterium van noodzakelijkheid. Aangezien het betreffende artikel – evenals artikel 13a Wet VpB 1969 – in de literatuur wordt bestempeld als Nederlandse CFC-wetgeving¹⁶³ neem ik aan dat de artikelen hetzelfde doel¹⁶⁴ nastreven al zij het met een kleine modificatie; artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 ziet immers op

¹⁶³ G.I. van Eijk, 'Internetconsultatie implementatie richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken (ATAD1)', *NTFR* 2017/1902, p. 8.

¹⁶⁴ Zie sub-paragraaf 3.2.1, p. 37 + 38.

‘laagbelaste beleggingsondernemingen’¹⁶⁵ in plaats van op ‘niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen’.

3.5.1 Strekking

De werking van artikel 15e, zevende lid, wet VpB 1969 is onlosmakelijk verbonden met de werking van het gehele artikel 15e Wet VpB 1969. Artikel 15e Wet VpB 1969 staat ook wel bekend als de zogenoemde ‘objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten’ of simpelweg ‘objectvrijstelling’.¹⁶⁶

Ingevolge het eerste lid van het artikel wordt deze objectvrijstelling verleend aan de moedervernootschap en wel ter grootte van de – positieve of negatieve – winst die zij behaalt uit een andere staat. Het tweede lid van het artikel geeft vervolgens invulling aan hetgeen wordt verstaan onder ‘winst uit een andere staat’, namelijk: ‘de winst die toerekenbaar is aan (een gedeelte van) een buitenlandse onderneming die wordt gedreven met behulp van een VI aldaar’.¹⁶⁷ In zowel het vervolg van deze paragraaf als in de volgende paragraaf spreek ik zodoende van ‘hoofdhuis’ in plaats van ‘moedervernootschap’; dit is immers de correcte benaming indien sprake is van een (buitenlandse) VI in plaats van een (buitenlands) lichaam.

Ik illustreer de werking van het artikel als volgt: een in Nederland gevestigd hoofdhuis realiseert in 2018 een wereldwinst van € 3.000.000 waarvan € 1.000.000 toerekenbaar is aan een onderneming die door een buitenlandse VI wordt gedreven. Nederland verleent dan – in beginsel – een (object)vrijstelling van € 1.000.000 ter grootte van de buitenlandse ondernemingswinst zodat de facto € 2.000.000 van de wereldwinst onderworpen is aan de Nederlandse vennootschapsbelasting.

Overigens vindt in het bovenstaande voorbeeld de toerekening van de € 1.000.000 winst aan de buitenlandse VI plaats op basis van de zogenoemde ‘zelfstandigheidsfictie’ van artikel 15e, zesde lid, Wet VpB 1969 welke bepaalt dat voordelen aan een VI dienen te worden toegerekend als het ware zij een zelfstandige en onafhankelijke onderneming met dezelfde of soortgelijke activiteiten en onder dezelfde of soortgelijke omstandigheden waarbij de door de onderneming uitgeoefende functies, gebruikte activa en gelopen risico’s in aanmerking dienen te worden genomen.

¹⁶⁵ Zie sub-paragraaf 3.5.1, p. 49 – 51.

¹⁶⁶ Art. 15e, eerste lid, Wet VpB 1969.

¹⁶⁷ Art. 15e, tweede lid, onderdelen a en b, eerste, Wet VpB 1969.

Bovendien schrijf ik met opzet dat de objectvrijstelling ‘in beginsel’ toepassing vindt; artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 vormt hierop namelijk een uitzondering aangezien zij bepaalt dat de objectvrijstelling niet van toepassing is op winst uit een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming (tenzij deze winst op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting door Nederland alsnog vrijgesteld dient te worden). Een buitenlandse onderneming kwalificeert als laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming indien deze respectievelijk aan de zogenoemde ‘werkzaamhedoets’ en de eerder besproken onderworpenheidstoets voldoet:

- Werkzaamhedoets: Voor een dergelijke kwalificatie moeten de werkzaamheden van de buitenlandse onderneming op basis van deze toets grotendeels (lees: voor meer dan 50%) bestaan uit beleggen dan wel uit het direct of indirect financieren van (bedrijfsmiddelen van) het hoofdhuis of met haar verbonden lichamen. Voor deze toets tellen tevens mee de werkzaamheden van de lichamen waarin de VI, middellijk dan wel onmiddellijk, een toegerekend belang heeft van 5% of meer.¹⁶⁸
- Onderworpenheidstoets: Bovendien moet de buitenlandse onderneming – voor een kwalificatie als laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming – niet onderworpen zijn aan een belastingheffing over de winst die naar Nederlandse begrippen reëel is¹⁶⁹ te weten 10%.¹⁷⁰

Indien sprake is van een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming dan is de objectvrijstelling derhalve niet van toepassing, maar daarentegen is de verrekeningsmethode – op basis van artikel 15h Wet VpB 1969 jo. artikel 23d Wet VpB 1969 – dat wel. Ingevolge deze verrekeningsmethode is de wereldwinst van het hoofdhuis in haar geheel onderworpen aan de Nederlandse vennootschapsbelasting, maar wordt wel – tot een maximum van 5% – voorkoming van dubbele belasting verleend voor de winstbelasting die de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming in het buitenland heeft betaald.¹⁷¹

Indien in het voorbeeld de buitenlandse onderneming kwalificeert als laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming dan vervalt derhalve de objectvrijstelling ten bedrage van € 1.000.000. Het hoofdhuis is aan de Nederlandse fiscus belasting verschuldigd over haar wereldwinst van

¹⁶⁸ Art. 15g, eerste lid, onderdeel a, Wet VpB 1969.

¹⁶⁹ Art. 15g, eerste lid, onderdeel b, Wet VpB 1969.

¹⁷⁰ Zie voor een uitgebreide bespreking van de onderworpenheidstoets sub-paragraaf 3.2.2, p. 39 + 40.

¹⁷¹ Art. 23d, tweede lid, Wet VpB 1969.

€ 3.000.000 wat neerkomt op een bedrag van € 740.000¹⁷². In het voorbeeld bedraagt de maximaal te verrekenen winstbelasting 5% van de buitenlandse ondernemingswinst zijnde € 50.000¹⁷³ zodat het hoofdhuis de facto € 690.000¹⁷⁴ aan vennootschapsbelasting verschuldigd is. In het voorbeeld wordt de buitenlandse ondernemingswinst derhalve belast tot op het niveau van de jurisdictie waarin het hoofdhuis is gevestigd (in casu Nederland). Aangezien dit kenmerkend is voor CFC-wetgeving wordt artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 mijns inziens terecht als Nederlandse CFC-wetgeving aangeduid.

3.6 CFC-wetgeving versus artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969

Deze paragraaf toetst – door middel van een vergelijking van artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 met de CFC-wetgeving – in hoeverre de implementatie van nieuwe CFC-wetgeving in de nationale wetgeving noodzakelijk is voor Nederland ten aanzien van situaties waarin VI's een rol spelen. Ten eerste kent het artikel – evenals de CFC-wetgeving – logischerwijs geen minimum controlevereiste; een VI is immers onderdeel van het hoofdhuis waardoor deze laatste automatisch de directe en volledige controle heeft in de VI.

Ten tweede zie ik enige overeenkomst tussen de werkzaamhedentoets en de eerder besproken bezittingentoets uit artikel 13a Wet VpB 1969. In beide toetsen staan immers de eerder genoemde vrije beleggingen centraal. De nuance tussen beide toetsen zit hem mijns inziens in het feit dat voor de bezittingentoets het feitelijke *bezit* van de deze vrije beleggingen doorslaggevend is, terwijl het voor de werkzaamhedentoets draait om de *werkzaamheden* die met het bezit van deze zelfde vrije beleggingen gepaard gaan. Als gevolg van zowel deze overeenkomst tussen beide toetsen als het feit dat een werkzaamhedentoets zoals in artikel 15g Wet VpB 1969 in ieder geval niet expliciet terug te vinden is in de CFC-wetgeving concludeer ik ten aanzien van de werkzaamhedentoets dat deze – op basis van dezelfde redenering als ten aanzien van de bezittingentoets¹⁷⁵ – in het geheel niet (lees: ook niet impliciet) overeenkomt met de CFC-wetgeving.

Ten derde is de onderworpenheidstoets uit artikel 15g Wet VpB 1969 exact hetzelfde als die uit artikel 13a Wet VpB 1969 en zodoende is mijn conclusie ten aanzien van het op dit onderdeel wel of niet voldoen aan de CFC-wetgeving gelijkloidend; aangezien het

¹⁷² € 200.000 * 20% + (€ 3.000.000 - € 200.000) * 25%, zie art. 22 Wet VpB 1969.

¹⁷³ 5% * € 1.000.000.

¹⁷⁴ € 740.000 - € 50.000.

¹⁷⁵ Zie paragraaf 3.3.4, p. 46 + 47.

winstbelastingpercentage van 10% in de onderworpenheidstoets uit artikel 15g Wet VpB 1969 lager is dan 12,5% voldoet het artikel op dit punt niet aan de minimumeisen in de ATAD.¹⁷⁶

Ondanks de bovenstaande tekortkomingen van de betreffende Nederlandse CFC-wetgeving zie ik ten opzichte van de eerder besproken transactiebenadering¹⁷⁷ uit de CFC-wetgeving enige parallel. Ingevolge de transactiebenadering kwalificeert inkomen als CFC-inkomen indien dit voorkomt uit winst-genererende activa dan wel uit (een deel van) de bijbehorende risico's voor zover de CFC geen eigenaar van deze winst-genererende activa zou zijn dan wel (een deel van) de bijbehorende risico's niet zou nemen indien deze niet onder controle had gestaan van een vennootschap waarin de sleutelfuncties die relevant zijn voor de betreffende activa en risico's worden verricht. Met andere woorden: de hoogte van het CFC-inkomen is het verschil tussen het daadwerkelijke inkomen dat de CFC ontvangt en een fictief inkomen dat zij zou ontvangen indien zij niet onder controle had gestaan van de betreffende vennootschap.

Indien ik deze transactiebenadering bezie in combinatie met de eerder genoemde zelfstandigheidsfictie¹⁷⁸ als onderdeel van de huidige Nederlandse CFC-wetgeving dan kom ik tot de conclusie dat – met deze zelfstandigheidsfictie – vrijwel altijd wordt voldaan aan de transactiebenadering waardoor de facto nooit CFC-inkomen aanwezig is. Op basis van deze zelfstandigheidsfictie wordt winst immers aan de VI toegerekend op basis van de functies, activa en gelopen risico's van de VI en bovendien als ware zij een zelfstandige en onafhankelijke onderneming. Aangezien de hoogte van het aan de VI toe te rekenen inkomen op basis van de zelfstandigheidsfictie wordt bepaald aan de hand van dezelfde functies, activa en gelopen risico's als welke worden gehanteerd in de transactiebenadering en bovendien de hoogte van dit inkomen wordt bepaald als ware de VI niet onder controle staat van het hoofdhuis (lees: als het ware zij zelfstandig en onafhankelijk), betekent dit dat de hoogte van het CFC-inkomen automatisch nul is. Het CFC-inkomen was immers het verschil tussen het daadwerkelijk aan de CFC toegerekende inkomen en het fictieve inkomen dat zij zou ontvangen indien zij niet onder controle had gestaan van het hoofdhuis welke derhalve gelijk aan elkaar zijn.

De zelfstandigheidsbenadering en de transactiebenadering lopen naar mijn mening op dit onderdeel derhalve in lijn. Niet voor niets schrijven Van der Lans en Verhoog dat – indien Nederland voor de transactiebenadering kiest – voor situaties met daarin VI's geen significante

¹⁷⁶ Zie voor een uitgebreide analyse paragraaf 3.3, p. 45 + 46.

¹⁷⁷ Zie sub-paragraaf 2.4.3.2, p. 32 + 33.

¹⁷⁸ Zie sub-paragraaf 3.5.1, p. 49.

implementatie van extra CFC-wetgeving nodig lijkt te zijn.¹⁷⁹ Enige overeenkomst tussen de betreffende Nederlandse CFC-wetgeving en de tevens eerder besproken inkomstenbenadering¹⁸⁰ is daarentegen mijns inziens volledig afwezig.

Tot slot is de objectvrijstelling ingevolge artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 niet van toepassing op de winst van een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming. Als gevolg hiervan wordt deze winst in de winstgrondslag van het hoofdhuis opgenomen, terwijl het in de CFC-wetgeving juist het niet-uitgekeerde inkomen van de VI betreft. Het gevolg van dit verschil tussen *winst* enerzijds en *inkomen* anderzijds heb ik reeds aan de hand van een voorbeeld geïllustreerd en leidt tot de conclusie dat artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 op dit onderdeel niet voldoet aan de CFC-wetgeving.¹⁸¹

3.7 Tussenconclusie

Ik concludeer ten aanzien van de gehele analyse dat tussen artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 en de CFC-wetgeving veel (fundamentele) verschillen te onderkennen zijn. Hierdoor voldoet artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 op de geanalyseerde onderdelen veelal niet aan de minimum eisen die de ATAD stelt. Bovendien concludeer ik dat – waar artikel 13a Wet VpB 1969 wellicht meer overeenkomst had met de inkomstenbenadering – artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 meer in lijn is met de transactiebenadering. Desalniettemin voldoet de gehele Nederlandse CFC-wetgeving op legio punten niet aan de minimumeisen uit de ATAD of ontbreekt het soms simpelweg aan enige overeenkomst. Daarom verdient de introductie van geheel nieuwe CFC-wetgeving in de Nederlandse wetgeving mijns inziens de voorkeur.

3.8 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD – door middel van een vergelijking met de huidige Nederlandse CFC-wetgeving bestaande uit zowel artikel 13a Wet VpB 1969 en artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 – getoetst op het criterium van noodzakelijkheid. Zodoende is getoetst of de implementatie van nieuwe CFC-wetgeving – naast de reeds bestaande CFC-wetgeving in Nederland – iets is waaraan niet ontkomen kan worden.

Artikel 13a Wet VpB 1969 bewerkstelligt een jaarlijkse herwaardering naar de waarde in het economische verkeer van het belang dat een in Nederland belastingplichtige moedervennootschap houdt in een niet-kwalificerende beleggingsinstelling. Gevolg hiervan is

¹⁷⁹ V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, ‘De CFC-maatregel (art. 7 en 8 Anti-ontgaansrichtlijn)’, *FED* 2016/111, p. 6.

¹⁸⁰ Zie sub-paragraaf 2.4.3.1., p. 31 + 32.

¹⁸¹ Zie paragraaf 3.3.5, p. 47 + 48.

dat de facto de winst van een buitenlandse niet-kwalificerende beleggingsinstelling wordt belast bij de moeder vennootschap en derhalve tevens is onderworpen aan het Nederlandse vennootschapsbelastingregime.

Ik heb artikel 13a Wet VpB 1969 getoetst aan de CFC-wetgeving achtereenvolgend op het minimum controlevereiste, de oogmerktoets, de onderworpenheidstoets, de bezittingentoets en de wijze waarop besmet (CFC-)inkomen in de winst wordt betrokken bij de moeder vennootschap. Op basis hiervan heb ik geconcludeerd dat artikel 13a Wet VpB 1969 op verschillende (fundamentele) onderdelen niet voldoet aan de minimeisen uit de CFC-wetgeving waardoor ik de implementatie van nieuwe CFC-wetgeving voor Nederland als een noodzakelijkheid bestempel betreffende situaties met daarin dochtervennootschappen zijnde lichamen.

Voorts heeft een toepassing van artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 als gevolg dat geen objectvrijstelling wordt toegepast op de winst van een buitenlandse beleggingsonderneming zodat deze in de belastinggrondslag valt van het Nederlandse hoofdhuis. Ik heb ten aanzien van artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 eveneens geconcludeerd dat deze niet voldoet aan de minimeisen uit de CFC-wetgeving waardoor ik de implementatie van nieuwe CFC-wetgeving voor Nederland tevens als een noodzakelijkheid bestempel betreffende situaties met daarin VI's.

De verschillen zijn van dusdanige aard en omvang dat deze niet verholpen kunnen worden met een (enkele) aanpassing van de besproken artikelen waardoor ik de voorkeur geef aan de implementatie van de CFC-wetgeving door middel van nieuwe artikelen. Overigens was in de vergelijking de grootte van de aangetoonde discrepantie op sommige onderdelen afhankelijk van het feit of met de inkomstenbenadering dan wel met de transactiebenadering uit de CFC-wetgeving werd vergeleken.

Tot slot wil ik benadrukken dat bovenstaande conclusie – dat nieuwe CFC-wetgeving noodzakelijk is voor Nederland – gebaseerd is op een vergelijking met de reeds bestaande CFC-wetgeving in Nederland (en dus niet op een vergelijking met andere regelgeving zoals die aangaande transfer pricing). Zoals ik reeds in paragraaf 2.3 heb beschreven, bestaat immers eveneens spanning tussen de CFC-wetgeving en transfer pricing regels aangezien zij zich 'in elkaars vaarwater' bevinden. In Hoofdstuk 5 en 6 ga ik dieper in op deze spanning.

Hoofdstuk 4: Rechtmatigheid

4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk toetst de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD op rechtmatigheid. Ik acht CFC-wetgeving rechtmatig indien zij niet in strijd komt met de (on)geschreven regels van het communautaire en/of internationale recht. De (on)geschreven regels van het communautaire recht of simpelweg ‘EU-recht’ geef ik vorm door middel van het primaire EU-recht en de bijbehorende jurisprudentie van het HvJ. Paragraaf 4.2 bespreekt de voor dit onderzoek relevante onderdelen uit het EU-recht waarna ik in paragraaf 4.3 onderzoek in hoeverre de CFC-wetgeving hieraan voldoet. De geschreven regels van internationale aard geef ik vorm door het OESO-modelverdrag in combinatie met het multilaterale Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht. In paragrafen 4.5 en 4.6 behandel ik van beide verdragen de relevante onderdelen en toets ik de CFC-wetgeving vervolgens aan deze geschreven regels van internationale aard. Paragrafen 4.4, 4.7 en 4.8 behelzen respectievelijk tussen- en deelconclusies.

4.2 EU-recht

Dit hoofdstuk toetst de CFC-wetgeving uit de ATAD aan het criterium van rechtmatigheid door middel van een toetsing aan het primaire EU-recht – bestaande uit de Europese vrijheden – en de daarop ziende jurisprudentie van het HvJ. Uitgangspunt is namelijk dat secundair EU-recht in overeenstemming met primair EU-recht moet zijn.¹⁸² Of met andere woorden: een toetsing door het HvJ van secundair EU-recht (zoals de ATAD) aan primair EU-recht is mogelijk.¹⁸³ Ten dienste van deze toetsing van de CFC-wetgeving op rechtmatigheid bespreek ik in de volgende twee sub-paragrafen – een aantal voor de CFC-wetgeving relevante onderdelen – uit het EU-recht.

4.2.1 Primair EU-recht

Ten behoeve van de verwezenlijking van één Europese interne markt heeft de EC een viertal (verkeers)vrijheden geïntroduceerd en vastgelegd in het VwEU. Het betreft respectievelijk de vrijheid van werknemers in artikel 45 VwEU, de vrijheid van vestiging in artikel 49 VwEU, de vrijheid van diensten in artikel 56 VwEU en de vrijheid van kapitaal in artikel 63 VwEU. Wetgeving van lidstaten is strijdig met het primaire EU-recht – en derhalve in beginsel verboden – indien zij een beperking vormt op één van de genoemde vrijheden.

¹⁸² D.M. Weber, ‘Verhouding primair en secundair Unierecht’, *Cursus Belastingrecht* EBR.2.0.0.B.b.

¹⁸³ Zie bijvoorbeeld: HvJ EU 23 april 2009, ECLI:EU:C:2009:254 (*Puffer*) en HvJ EU 26 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:632 (*Schmelz*).

Voor dit onderzoek is de vrijheid voor werknemers logischerwijs niet van belang; de besproken CFC-wetgeving ziet immers op entiteiten dan wel VI's, maar niet op natuurlijke personen. Dan resteren zowel de vrijheid van vestiging als de vrijheden van kapitaal en diensten. Wetgeving die een beperking vormt voor de vestiging van onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat is in beginsel in strijd met de vrijheid van vestiging.¹⁸⁴ Wetgeving die een beperking vormt voor het door een onderdaan van een lidstaat verrichten van diensten in een andere lidstaat dan degene waarin zij is gevestigd, is in beginsel in strijd met de vrijheid van diensten. Wetgeving die onderdanen van een lidstaat ontmoedigen of zelfs ervan doet afzien om grensoverschrijdend te investeren is in beginsel in strijd met de vrijheid van kapitaal.¹⁸⁵ Ik schrijf met opzet van grensoverschrijdende investeringen zonder dat ik deze investeringen koppel aan (onderdanen van) lidstaten. De vrijheid van kapitaalverkeer kent namelijk – als enige van het viertal vrijheden – een zogenoemde ‘derdenwerking’ ten opzichte van niet-lidstaten.¹⁸⁶ Dit houdt in dat – indien CFC-wetgeving getoetst dient te worden aan de vrijheid van kapitaal – ook niet-lidstaten zich kunnen beroepen op deze vrijheid.

De vraag die derhalve rijst is aan welke vrijheid dan wel vrijheden de CFC-wetgeving dient te worden getoetst om te bepalen of deze rechtmatig is. Reeds is – in het nader te bespreken Cadbury Schweppes arrest¹⁸⁷ – door de verzoeksters in het hoofdgeding verondersteld dat de toenmalige CFC-wetgeving van het Verenigd Koninkrijk de vrijheid van zowel kapitaal als diensten beperkte en derhalve aan deze vrijheden getoetst diende te worden. Het HvJ concludeert als reactie op deze veronderstelling echter dat deze beperkingen van het kapitaal- en dienstenverkeer “*een onvermijdelijk gevolg [is] van een eventuele belemmering van de vrijheid van vestiging [en bovendien] rechtvaardigen zij in geen geval dat de genoemde wetgeving (lees: de Engelse CFC-wetgeving) afzonderlijk wordt getoetst*” aan (het huidige) artikel 56 VwEU en artikel 63 VwEU.¹⁸⁸ Het HvJ concludeert derhalve dat – mocht de Engelse CFC-wetgeving een belemmering vormen voor de Europese vrijheid van vestiging – de belemmering van de vrijheden van kapitaal en diensten hier een indirect gevolg van is. Dit indirecte gevolg is echter niet gewichtig genoeg om de betreffende CFC-wetgeving afzonderlijk te toetsen aan de vrijheden van kapitaal- en dienstenverkeer aldus het HvJ. Met andere woorden:

¹⁸⁴ Art. 49 VwEU.

¹⁸⁵ J. van der Wal, ‘Objectief vergelijkbare situaties in het vrije kapitaalverkeer’, *WFR* 2017/82, p. 1.

¹⁸⁶ Art. 63, tweede lid, VwEU.

¹⁸⁷ Zie sub-paragraaf 4.2.2.1, p. 58 – 60.

¹⁸⁸ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544, r.o. 33 (*Cadbury Schweppes*).

de rechtmatigheid van CFC-wetgeving dient in beginsel te worden getoetst aan de vrijheid van vestiging.

Ik acht bovenstaande conclusie bovendien toepasselijk specifiek ten aanzien van CFC-wetgeving uit artikel 7 en 8 ATAD om reden van het volgende. Op basis van reeds bestaande jurisprudentie dient CFC-wetgeving aan de vrijheid van vestiging – en niet aan de overige vrijheden – te worden getoetst indien de CFC-wetgeving van toepassing is op situaties waarin *“een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald”*.¹⁸⁹ Indien ik deze – door het HvJ gestelde – maatstaf vergelijk met het minimum controleniveau van 50% die geldt voor een toepassing van de CFC-wetgeving, dan kom ik tot de conclusie dat beide in lijn liggen met elkaar. Het betreffende minimum controleniveau is immers op 50% gesteld, omdat een moedervernootschap dan in haar eentje beslissingen kan nemen over haar dochtervernootschap en zodoende op zichzelf in staat is tot winstverschuiving.¹⁹⁰ Met andere woorden: de moedervernootschap heeft *een zodanige invloed op de besluiten van een [dochter]vennootschap [...] dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald*’.

Samenvattend ziet de CFC-wetgeving uit de ATAD – door haar minimum controlepercentage van 50% – enkel op situaties waarin een moedervernootschap – doordat zij in haar eentje beslissingen kan nemen over haar dochtervernootschap – op zichzelf in staat is tot winstverschuiving. Gevolg hiervan is dat de betreffende CFC-wetgeving per definitie slechts ziet op situaties waarin een moedervernootschap een zodanige invloed op de besluiten van een dochtervernootschap kan uitoefenen zodat haar activiteiten – zoals het verschuiven van winst – kunnen worden bepaald. Aangezien voormelde zin tevens de voorwaarde vormt voor een toetsing aan de vrijheid van vestiging, maakt dat de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD in het kader van rechtmatigheid mijns inziens per definitie getoetst dient te worden aan deze vrijheid van vestiging.

4.2.2 Jurisprudentie

In haar jurisprudentie volgt het HvJ een vast stramien wanneer zij een belastingmaatregel toetst aan de eerder genoemde (verkeers)vrijheden, namelijk dat van de zogenoemde ‘beslisboom’. Kort gezegd toetst het HvJ aan de hand van deze beslisboom of – als gevolg van de betreffende belastingmaatregel – sprake is van verboden discriminatie dan wel van een verboden

¹⁸⁹ HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:249, r.o. 26 (*Emerging Markets Series*).

¹⁹⁰ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 25, punt 37.

belemmering. Van discriminatie is sprake indien een maatregel eigen ingezetenen en die van andere lidstaten – die in dezelfde situatie verkeren – ongelijk behandelt.¹⁹¹ Van een belemmering is sprake indien een maatregel het ingezetenen minder aantrekkelijk maakt om van de eerdergenoemde vrijheden gebruik te maken doordat zij een onderscheid in behandeling maakt ten aanzien van vergelijkbare puur nationale dan wel grensoverschrijdende posities.¹⁹² Voor beide geldt derhalve dat gelijke gevallen ongelijk worden behandeld. Voorts is een dergelijke discriminatie of belemmering verboden indien zij niet gerechtvaardigd kan worden op basis van een rechtvaardigingsgrond – bijvoorbeeld een dwingende reden van algemeen belang¹⁹³ – en moet de betreffende maatregel zowel proportioneel als noodzakelijk zijn.¹⁹⁴ In de volgende sub-paragrafen bespreek ik een aantal arresten welke ik relevant acht voor dit onderzoek aangezien zij in het kader van rechtmatigheid worden genoemd in het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3.

4.2.2.1 *Cadbury Schweppes*

Ik vang aan met een korte omschrijving van hetgeen centraal staat in het Cadbury Schweppes-arrest¹⁹⁵, namelijk de toenmalige CFC-wetgeving van het Verenigd Koninkrijk (hierna: Engelse CFC-wetgeving). Op basis van deze CFC-wetgeving worden winsten van een CFC toegerekend aan een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap (hierna: binnenlandse vennootschap) en tevens belast bij deze vennootschap onder het aangaande belastingregime indien de binnenlandse vennootschap voor meer dan 50% controle heeft over de CFC.¹⁹⁶ Bovendien moet de CFC gevestigd zijn in een staat waar zij onderworpen is aan een belasting die minder bedraagt dan driekwart van die belasting die zij casu quo in het Verenigd Koninkrijk verschuldigd zou zijn geweest.¹⁹⁷

Het Cadbury Schweppes-arrest dankt haar naam aan de gelijknamige Cadbury Schweppes-groep welke eveneens in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd. In geding is de belasting die Cadbury Schweppes Overseas Ltd. (hierna: CSO) verschuldigd is aan de belastingdienst van het Verenigd Koninkrijk over de winst van het in Ierland gevestigde Cadbury Schweppes Treasury International (hierna: CSTI) die – als gevolg van de Engelse CFC-wetgeving – aan

¹⁹¹ A.W. van der Woude, 'EG-rechten, discriminaties en belemmeringen', *WFR* 2000/1471, p. 1.

¹⁹² A.W. van der Woude, 'EG-rechten, discriminaties en belemmeringen', *WFR* 2000/1471, p. 1.

¹⁹³ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544, r.o. 47 (*Cadbury Schweppes*).

¹⁹⁴ J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 39.

¹⁹⁵ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*).

¹⁹⁶ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*).

¹⁹⁷ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*).

haar is toegerekend.¹⁹⁸ Op basis van de Engelse CFC-wetgeving kwalificeert CSTI in bovenstaande casus derhalve als de CFC van CSO.

Vervolg vraag is of de besproken Engelse CFC-wetgeving een belemmering vormt. Van een belemmering is sprake wanneer gelijke gevallen een (fiscaal) ongelijke behandeling genieten. Het HvJ stelt in casu vast dat – als gevolg van de Engelse CFC-wetgeving – sprake is van een verschillende ofwel ongelijke behandeling tussen binnenlandse vennootschappen (lees: gelijke gevallen) die afhankelijk is van het gegeven of de vennootschap waarin zij een deelneming houden, onderworpen is aan een ‘te lage’ winstbelasting.¹⁹⁹ Indien dit laatste het geval is dan wordt een binnenlandse vennootschap immers belast over de winsten van haar deelneming terwijl een dergelijke belastingheffing anderszins uitblijft.²⁰⁰ Het HvJ concludeert derhalve dat de Engelse CFC-wetgeving inderdaad een belemmering vormt dan wel kan vormen voor binnenlandse vennootschappen.

Uit de eerder genoemde beslisboom blijkt dat dergelijke belemmerende CFC-wetgeving slechts toelaatbaar is indien zij gerechtvaardigd wordt en wel uit hoofde van een dwingende reden van algemeen belang.²⁰¹ De regering van het Verenigd Koninkrijk ziet een rechtvaardiging in het feit dat de Engelse CFC-wetgeving de eerder geïllustreerde praktijk van grondslaguitholling en winstverschuiving²⁰² tegengaat.²⁰³ Het bestaan van een belastingvoordeel voor CSTI in de vorm van een gunstig Iers belastingregime vormt echter geen rechtvaardiging om CSO nadeliger te behandelen dan andere binnenlandse vennootschappen.²⁰⁴ Dit is slechts anders indien CFC-wetgeving zoals de onderhavige specifiek is gericht op het bestrijden van volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving van de betrokken lidstaat (lees: het Verenigd Koninkrijk) te ontwijken.²⁰⁵

In dit kader acht het HvJ een constructie bovendien volstrekt kunstmatig indien – uit objectieve en voor derden controleerbare elementen²⁰⁶ – blijkt dat de betrokken vennootschap (lees: CSTI) niet werkelijk is gevestigd in de lidstaat van ontvangst (lees: Ierland) of geen daadwerkelijke economische activiteit uitoefent aldaar.²⁰⁷ Het HvJ komt tot voormelde conclusie doordat zij de

¹⁹⁸ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544, r.o. 2 (*Cadbury Schweppes*).

¹⁹⁹ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544, r.o. 43 (*Cadbury Schweppes*).

²⁰⁰ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544, r.o. 44 (*Cadbury Schweppes*).

²⁰¹ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544, r.o. 47 (*Cadbury Schweppes*).

²⁰² Zie paragraaf 2.2, p. 19 – 26.

²⁰³ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544, r.o. 48 (*Cadbury Schweppes*).

²⁰⁴ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544, r.o. 49 (*Cadbury Schweppes*).

²⁰⁵ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544, r.o. 51 (*Cadbury Schweppes*).

²⁰⁶ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544, r.o. 75 (*Cadbury Schweppes*).

²⁰⁷ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544, r.o. 54 (*Cadbury Schweppes*).

volgende betekenis geeft aan de term ‘vestigen’ in de zin van de vrijheid van vestiging: “*de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging*”.²⁰⁸ Dit maakt CFC-wetgeving in overeenstemming met de vrijheid van vestiging indien haar toepassing is uitgesloten wanneer – ondanks het bestaan van fiscale beweegredenen – de oprichting van een buitenlandse vennootschap verbonden is met economische realiteit.²⁰⁹ Ik heb in bovenstaande tekst twee zinsdelen onderstreept, omdat deze de belangrijkste bevindingen vormen uit het Cadbury Schweppes-arrest welke in meer recente jurisprudentie bovendien veelvuldig zijn herhaald en bevestigd door het HvJ.²¹⁰ Ik kom hier in mijn analyse in de volgende paragraaf op terug.

4.2.2.2 *Thin Cap GLO*

Ondanks het feit dat het Thin Cap-arrest²¹¹ niet op CFC-wetgeving ziet, betrek ik het arrest desalniettemin in dit onderzoek omdat (een onderdeel uit) het arrest in het kader van rechtmatigheid door de OESO wordt aangehaald in het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3. Alvorens ik de in dit kader relevante punten uit het arrest bespreek, schets ik – omwille van de context – kort de casus.

In het geding is een belastingmaatregel van het Verenigd Koninkrijk die beperkingen stelt aan de mogelijkheid van een binnenlandse dochtervennootschap om de (bovenmatige) rente op een lening die haar door een buitenlandse moedervernootschap is verstrekt af te trekken van de belasting, terwijl deze beperkingen niet gelden indien de betreffende moedervernootschap in het Verenigd Koninkrijk zou zijn gevestigd.²¹² Voorwaarde voor de toepassing van deze belastingmaatregel is dat de buitenlandse moedervernootschap een deelneming van minimaal 75% bezit in haar binnenlandse dochtervennootschap. Dit betekent eveneens dat aan de vrijheid van vestiging getoetst dient te worden;²¹³ de buitenlandse moedervernootschap heeft in dergelijke situaties immers een zodanige invloed op de besluiten van de binnenlandse dochtervennootschap dat zij de activiteiten van haar dochtervennootschap kan bepalen.

Voorts is – net als in het Cadbury Schweppes-arrest – sprake van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen en aldus van een belemmering. De mogelijkheid tot renteaftrek (lees: de

²⁰⁸ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544, r.o. 54 (*Cadbury Schweppes*).

²⁰⁹ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544, r.o. 65 (*Cadbury Schweppes*).

²¹⁰ Ik verwijst u onder andere naar: HvJ EU 23 april 2008, ECLI:EU:C:2008:239 (*Test Claimantss*), HvJ EU 3 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:629 (*Itelcar*) en HvJ EU 13 november 2014, ECLI:EU:C:2014:2369 (*Commission v United Kingdom*).

²¹¹ HvJ EU 13 maart 2007, ECLI:EU:C:2007:161 (*Thin Cap GLO*).

²¹² HvJ EU 13 maart 2007, ECLI:EU:C:2007:161, r.o. 22 (*Thin Cap GLO*).

²¹³ HvJ EU 13 maart 2007, ECLI:EU:C:2007:161, r.o. 33 (*Thin Cap GLO*).

behandeling) van binnenlandse dochtervennootschappen (lees: gelijke gevallen) is in casu immers ongelijk en afhankelijk van het gegeven of de buitenlandse moedervernootschap al dan niet in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd.²¹⁴

Een belemmering zoals bovenstaande is echter niet verboden indien deze gerechtvaardigd wordt uit hoofde van een dwingende reden van algemeen belang.²¹⁵ Het HvJ verwijst in dit kader naar het in de vorige sub-paragraaf besproken Cadbury Schweppes-arrest waarin is bepaald dat het bestrijden van misbruik een geldige rechtvaardiging kan vormen. Het moet dan echter wel een misbruiksituatie betreffen waarin sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie die bedoeld is om de wetgeving van betrokken lidstaten te ontwijken.²¹⁶ Het HvJ concludeert ten opzichte van de betreffende Engelse belastingmaatregel dat de omstandigheid dat een binnenlandse dochtervennootschap een lening aantrekt van een – in een andere lidstaat gevestigde – moedervernootschap geen algemeen vermoeden van misbruik met zich meebrengt waardoor een geldige rechtvaardiging ontbreekt.²¹⁷ Vervolgens schrijft het HvJ – en dit is tevens het onderdeel waar het in dit kader om draait in het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3 – het volgende: de omstandigheid waaronder de binnenlandse vennootschap een lening heeft aangetrokken vormt een *“objectief en door derden verifieerbaar element om te bepalen of de betrokken transactie geheel of ten dele een louter (ofwel: volstrekt) kunstmatige constructie vormt”*.²¹⁸ Ik heb in voormelde zin wederom een zinsdeel onderstreept, omdat deze – in het kader van dit onderzoek – de meest interessante opmerking is uit het arrest. Ik kom hier in mijn analyse in de volgende paragraaf op terug.

4.2.2.3 Oy AA

Tot slot het zogenoemde Oy AA-arrest.²¹⁹ Het Oy AA-arrest betreft wederom geen CFC-wetgeving, maar (een onderdeel uit) het arrest wordt daarentegen eveneens in het kader van rechtmatigheid door de OESO aangehaald in het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3. Ik geef eerst een schets van de casus.

De binnenlandse vennootschap Oy AA is gevestigd in Finland en zij is (indirect) voor 100% in handen van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap AA Ltd.²²⁰ In 2003 waren de activiteiten van het Finse Oy AA – in tegenstelling tot de activiteiten van het Engels AA Ltd

²¹⁴ HvJ EU 13 maart 2007, ECLI:EU:C:2007:161, r.o. 40 (*Thin Cap GLO*).

²¹⁵ HvJ EU 13 maart 2007, ECLI:EU:C:2007:161, r.o. 64 (*Thin Cap GLO*).

²¹⁶ HvJ EU 13 maart 2007, ECLI:EU:C:2007:161, r.o. 72 (*Thin Cap GLO*).

²¹⁷ HvJ EU 13 maart 2007, ECLI:EU:C:2007:161, r.o. 73 (*Thin Cap GLO*).

²¹⁸ HvJ EU 13 maart 2007, ECLI:EU:C:2007:161, r.o. 81 (*Thin Cap GLO*).

²¹⁹ HvJ EU 18 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:439 (*Oy AA*).

²²⁰ HvJ EU 18 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:439, r.o. 11 (*Oy AA*).

– winstgevend. Bovendien waren de verwachtingen aangaande de winstgevendheid van AA Ltd eveneens negatief voor de daaropvolgende jaren. Daarom had Oy AA het voornemen om een financiële intra-groepsoverdracht²²¹ te doen aan AA Ltd.

In het geding is de Finse belastingmaatregel die bepaalt dat – wanneer een binnenlandse dochtervennootschap ten minste voor 90% onder controle staat van een eveneens in Finland gevestigde moedervernootschap – de binnenlandse dochtervennootschap een financiële overdracht aan de betreffende moedervernootschap mag aftrekken van haar belastbare winst.²²² Aangezien de belastingmaatregel ziet op situaties waarin ten minste 90% controle bestaat in een vennootschap dient – op basis van dezelfde redenering als in de voorgaand besproken arresten – getoetst te worden aan de vrijheid van vestiging.²²³

Ten eerste vormt de Finse belastingmaatregel een belemmering, omdat zij de aftrekbaarheid van een financiële intra-groepsoverdracht (lees: de behandeling) voor binnenlandse (dochter)vennootschappen (lees: gelijke gevallen) afhankelijk stelt van het feit of zij voor ten minste 90% onder controle staat van een binnenlandse dan wel buitenlandse (moeder)vennootschap aldus het HvJ.²²⁴

Een dergelijke belemmering kan gerechtvaardigd worden uit hoofde van een dwingende reden van algemeen belang zoals het voorkomen van misbruik. Onder andere²²⁵ in dit arrest wordt echter een andere dwingende reden van algemeen belang goedgekeurd als rechtvaardigingsgrond te weten: “de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten te waarborgen”.²²⁶ Het moet dan echter wel een belastingmaatregel betreffen die gedragingen voorkomt die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om haar belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op haar grondgebied plaatsvinden.²²⁷ Ik heb in bovenstaande tekst een zinsdeel onderstreept, omdat dit in het finale BEPS-rapport inzake actiepunten 3 door de OESO wordt aangehaald in het kader van rechtmatigheid van CFC-wetgeving. Ik kom hier in mijn analyse in de volgende paragraaf op terug.

²²¹ Een financiële (intra-groeps)overdracht wordt door de Finse belastingwet bij de verrichter van de overdracht beschouwd als een uitgave en bij de ontvanger van de overdracht beschouwd als inkomen uit bedrijfsactiviteit, zie HvJ EU 18 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:439, r.o. 8 en 9 (Oy AA).

²²² HvJ EU 18 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:439, r.o. 8 (Oy AA).

²²³ HvJ EU 18 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:439, r.o. 20 (Oy AA).

²²⁴ HvJ EU 18 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:439, r.o. 31 (Oy AA).

²²⁵ Ik verwijs bijvoorbeeld naar HvJ EU 21 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:26 (SGI).

²²⁶ HvJ EU 18 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:439, r.o. 51 (Oy AA).

²²⁷ HvJ EU 18 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:439, r.o. 54 (Oy AA).

4.3 CFC-wetgeving versus EU-recht

In deze paragraaf analyseer ik de rechtmatigheid van de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD door middel van een toetsing aan de Europese vrijheid van vestiging. Bij deze toetsing maak ik gebruik van hetgeen het HvJ heeft geconcludeerd in haar – in sub-paragraaf 4.2.2 besproken – jurisprudentie. De CFC-wetgeving is rechtmatig indien zij niet in strijd komt met deze regels van het EU-recht.

Om te beginnen dient op grond van de beslisboom vastgesteld te worden of de CFC-wetgeving uit de ATAD een belemmering veroorzaakt doordat zij vennootschappen die in een gelijksoortige situatie verkeren aan een (fiscaal) ongelijke behandeling onderwerpt. Mijns inziens is het evident dat de betreffende CFC-wetgeving leidt tot een belemmering die bovendien – net als de Engelse CFC-wetgeving in het Cadbury Schweppes-arrest – afhankelijk is van het feit of de potentiële CFC van een moedervernootschap onderworpen is aan een ‘te lage’ winstbelasting. De winstbelasting van de potentiële CFC is in dit kader te laag indien zij minder dan 50% bedraagt van de winstbelasting die verschuldigd zou zijn indien zij was gevestigd in de lidstaat van vestiging van haar moedervernootschap.²²⁸ Indien dit het geval is dan wordt de moedervernootschap immers belast over de winsten van haar CFC, terwijl een dergelijke belastingheffing bij gelijksoortige moedervernootschappen – met een dochtervernootschap die niet onderworpen is aan een te lage winstbelasting – achterwege blijft. Aangezien de CFC-wetgeving mijns inziens derhalve een belemmering vormt, is deze in beginsel in strijd met de vrijheid van vestiging ofwel met het primaire EU-recht.

Uit het reeds besproken Cadbury Schweppes-arrest blijkt echter dat de bovenstaande belemmering desalniettemin is toegestaan indien de CFC-wetgeving uit de ATAD specifiek is gerecht op het bestrijden van ‘volstrekt kunstmatige constructies’ die bedoeld zijn om de belastingwetgeving van de lidstaat waarin de moedervernootschap is gevestigd te ontwijken. Bovendien is een constructie volstrekt kunstmatig indien – op basis van objectieve en voor derden controleerbare elementen blijkt dat – de potentiële CFC niet daadwerkelijk is gevestigd in de aangaande lidstaat of daar niet daadwerkelijk een economische activiteit uitoefent aldus het HvJ.²²⁹ Om te beginnen bespreek ik de CFC-wetgeving in het licht van deze onderdelen uit het Cadbury Schweppes-arrest.

²²⁸ Zie sub-paragraaf 2.4.2, p. 30.

²²⁹ Zie sub-paragraaf 4.2.2.1, p. 59.

4.3.1 Inkomstenbenadering

Op grond van de inkomstenbenadering van artikel 7, tweede lid, onderdeel a, ATAD is de CFC-wetgeving van toepassing op bepaalde categorieën van passief inkomen, tenzij de CFC *een wezenlijke economische activiteit, ondersteund door personeel, uitrusting, activa en gebouwen, uitoefent*. De vraag die in dit kader van rechtmatigheid van de CFC-wetgeving mijns inziens derhalve gesteld dient te worden, is in hoeverre het niet uitoefenen van een wezenlijke economische activiteit die ondersteund wordt door personeel, uitrusting, activa en gebouwen overeenkomt met een volstrekt kunstmatige constructie. Volgens het HvJ is een constructie volstrekt kunstmatig indien – op basis van objectieve en voor derden controleerbare elementen – niet daadwerkelijk een economische activiteit wordt verricht. Ik herformuleer de hiervoor gestelde vraag zodoende als volgt: in hoeverre is het niet verrichten van een wezenlijke economische activiteit die ondersteund wordt door personeel, uitrusting, activa en gebouwen gelijk aan het – op basis van objectieve en voor derden controleerbare elementen – niet daadwerkelijk verrichten van een economische activiteit?

In deze vergelijking valt mij op dat de EC een invulling geeft aan de door het HvJ geëiste objectieve en voor derden controleerbare elementen. Zij stelt de toepassing van de CFC-wetgeving namelijk afhankelijk van (het) al dan niet aanwezig(e) personeel, uitrusting, activa en gebouwen. Deze invulling is in mijn ogen op zich logisch en rechtmatig naargelang geen minimum eisen worden gesteld aan de mate waarin dit personeel en deze uitrusting, activa en gebouwen aanwezig is/zijn. Met andere woorden: mijns inziens laat het Cadbury Schweppes-arrest niet de ruimte om in de inkomstenbenadering te eisen dat sprake is van een essentiële dan wel substantiële economische activiteit. Het HvJ eist immers enkel dat daadwerkelijk sprake is van een economische activiteit onvoorwaardelijk haar gewichtigheid of omvang.

In dit kader wijs ik op het feit dat de CFC-wetgeving spreekt van een ‘wezenlijke economische activiteit’ waar het HvJ spreekt van het ‘daadwerkelijk verrichten van een economische activiteit’. Van der Lans zegt hierover: “*De toevoeging ‘wezenlijke’ aan de ‘economische activiteit’ in art. 7 lid 2 onderdeel a van de richtlijn, kan echter strikter worden uitgelegd dan de ‘economische realiteit’ zoals vereist door het Hof*”²³⁰. Met de term ‘wezenlijke’ mag de EC mijns inziens geen eisen stellen aan de mate van economische activiteit. Indien de term ‘wezenlijk’ wordt uitgelegd als ‘werkelijk bestaand’ – zoals in het woordenboek het geval is²³¹

²³⁰ V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, ‘De CFC-maatregel (art. 7 en 8 Anti-ontgaansrichtlijn)’, *FED* 2016/111, p. 6.

²³¹ *Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal*, Utrecht: Van Dale 2015 (ook online).

– dan komt dit naar mijn mening op hetzelfde neer als het daadwerkelijk verrichten van een economische activiteit en bestaat geen strijdigheid met het Cadbury Schweppes-arrest.

Ik heb echter mijn twijfels over de vraag of dit verschil tussen de inkomstenbenadering en het Cadbury Schweppes-arrest louter taalkundig is. Ik zie namelijk geen reden om zonder bijbedoeling van de term ‘daadwerkelijk’ uit het Cadbury Schweppes-arrest af te wijken en te vervangen door ‘wezenlijk’, terwijl dit alleen maar onduidelijkheid schept. Bovendien leidt Van de Streek van de totstandkomingsgeschiedenis van de ATAD af dat de CFC-wetgeving een hiermee zwaarder substance-criterium beoogt voor te schrijven dan volgt uit het welbekende Cadbury Schweppes-arrest.²³² In dat geval wordt derhalve geëist dat de economische activiteit gepaard moet gaan met een bepaalde mate van substance wil een toepassing van de CFC-wetgeving achterwege blijven. Het bovenstaande in ogenschouw nemende, ben ik van mening dat de inkomstenbenadering van artikel 7, tweede lid, onderdeel a, ATAD in strijd is met het EU-recht, omdat zij bepaalde substance eisen stelt terwijl het Cadbury Schweppes-arrest daarvoor geen ruimte biedt.

Tot slot wijs ik op de overweging die Van Hulten toevoegt aan het bovenstaande. Zij schrijft namelijk dat – hoewel de substance-uitzondering uit de CFC-wetgeving inderdaad zwaardere eisen stelt dan wat toegestaan is in het Cadbury Schweppes-arrest – het standpunt dat deze uitzondering in strijd is met primaire EU-recht in de praktijk “*weinig kansrijk*” lijkt.²³³ Ter onderbouwing wijst Van Hulten op het verschil in uitgangspositie tussen de Engelse CFC-wetgeving en de CFC-wetgeving van de ATAD zijnde wetgeving van een individuele lidstaat versus een geharmoniseerde bepaling in de ATAD.²³⁴

Hoewel ik bovenstaand verschil in uitgangspositie erken, is dit mijns inziens geen overweging die van (bepalende) invloed is dan wel zou moeten zijn op de beantwoording van de hamvraag of een strijdigheid bestaat tussen de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD en het EU-recht. Persoonlijk zie ik namelijk niet direct in waarom de *oorsprong* van wetgeving – zijnde nationale wetgeving of Europese wetgeving – van belang is voor de vraag of de *inhoud* van die wetgeving in strijd is met het EU-recht. Zeker niet wanneer ik eveneens de presumptie van Schönfeld en HJI Panayi in ogenschouw neem. Zij vermoeden namelijk dat de auteurs van – de *inhoud* van – de CFC-wetgeving uit de ATAD (lees: de *oorsprong*) haar rechtmatigheid – naar blijkt te

²³² A. van der Kruk & D. Bodelier, ‘Verslag van hét grote NOB Anti-BEPS Congres van 3 oktober 2016’, *WFR* 2017/17, p. 8.

²³³ L.C. van Hulten, ‘CFC-wetgeving: vooral een kwestie van beleid’, *NTFR-B* 2018/16, p. 3.

²³⁴ L.C. van Hulten, ‘CFC-wetgeving: vooral een kwestie van beleid’, *NTFR-B* 2018/16, p. 3.

onrechte – als een vanzelfsprekendheid hebben beschouwd.²³⁵ De overweging van Van Hulten aangaande het verschil in oorsprong acht ik zodoende niet (voldoende) bepalend om van mijn voorgaande conclusie af te wijken.

4.3.2 Transactiebenadering

Vervolgens toets ik op een zelfde wijze als in bovenstaande alinea de rechtmatigheid van de transactiebenadering van artikel 7, tweede lid, onderdeel b ATAD. De transactiebenadering ziet op niet-uitgekeerde inkomsten indien deze voortkomen uit kunstmatige constructies die zijn opgezet met als wezenlijk doel een belastingvoordeel te verkrijgen. Uit hoofde van de transactiebenadering is een constructie kunstmatig voor zover de CFC geen eigenaar van de winst-genererende activa zou zijn dan wel niet (een deel van) de bijbehorende risico's zou nemen indien deze niet onder de zeggenschap (lees: controle) had gestaan van een vennootschap waarin de sleutelfuncties die relevant zijn voor de betreffende activa en risico's worden verricht.²³⁶ De vraag die rijst, is in hoeverre deze invulling van volstrekt kunstmatige constructies in lijn is met die van het HvJ in het Cadbury Schweppes-arrest te weten het niet daadwerkelijk verrichten van een economische activiteit.

HJI Panayi schrijft in dit kader dat beargumenteerd kan worden dat beide invullingen van (volstrekt) kunstmatige constructies afwijkend zijn en bovendien dat de drempel voor een kwalificatie van een constructie als kunstmatig in de CFC-wetgeving hoger ligt dan in het Cadbury Schweppes-arrest.²³⁷ Van der Lans en Verhoog zijn daarentegen van mening dat de transactiebenadering – in combinatie met het zakelijkheidsbeginsel van artikel 8, tweede lid, ATAD – in overeenstemming is met het Cadbury Schweppes-arrest of dat in ieder geval lijkt te zijn.²³⁸

Bovenstaande tegenstrijdige zienswijzen tonen aan dat de beantwoording van het vraagstuk ook deels van interpretatie afhankelijk is, maar persoonlijk deel ik de zienswijze van Van der Lans en Verhoog. Als gevolg van de combinatie van de transactiebenadering en het zakelijkheidsbeginsel wordt – van het niet-uitgekeerde inkomen van de CFC – immers slechts dat deel aan de belastinggrondslag van de moedervernootschap toegevoegd dat specifiek toe te wijzen valt aan sleutelfuncties die door de moedervernootschap worden uitgeoefend. Met

²³⁵ Zie sub-paragraaf 4.3.3, p. 67.

²³⁶ Zie sub-paragraaf 2.4.3.2, p. 32.

²³⁷ C. HJI Panayi, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas (2006): CFC Rules Under EU Tax*, Cumnor: Hart Publishing Ltd 2018, p. 27.

²³⁸ V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, 'De CFC-maatregel (art. 7 en 8 Anti-ontgaansrichtlijn)', *FED* 2016/111, p. 6.

andere woorden: voor het toe te wijzen deel van het betreffende niet-uitgekeerde inkomen ontbreekt een economische activiteit in de CFC. Zoals uit de besproken jurisprudentie blijkt, vormt het ontbreken van een economische activiteit bij de CFC een volstrekt kunstmatige constructie. Bovendien is het toe te wijzen deel van het niet-uitgekeerde inkomen – dat derhalve niet onder zakelijke voorwaarden²³⁹ is verdeeld tussen de dochtervennootschap en de moedervennootschap – afkomstig uit deze kunstmatige constructie.

Op basis van het bovenstaande ben ik daarom van mening dat de transactiebenadering van artikel 7, tweede lid, onderdeel b ATAD – in combinatie met het zakelijkheidsbeginsel van artikel 8, tweede lid, ATAD – in lijn is met het EU-recht, omdat zij slechts ziet op inkomen waarvoor een economische activiteit in de CFC ontbreekt en daarmee op inkomen dat afkomstig is uit een volstrekt kunstmatige constructie.

4.3.3 Rechtvaardiging?

Ik vind het enigszins merkwaardig dat op zijn minst discussie bestaat omtrent de rechtmatigheid van de CFC-wetgeving, omdat de auteurs van de richtlijn hiervan toch op de hoogte zouden moeten zijn tijdens het schrijfproces. Schönfeld vermoedt dat de auteurs hebben aangenomen dat een belastingmaatregel zoals de CFC-wetgeving – die voldoet aan de OESO standaard (lees: het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3) en bovendien de goedkeuring heeft gekregen van de EC – in de praktijk ook automatisch de toets met betrekking tot volkomen kunstmatige constructies uit het Cadbury Schweppes-arrest zou doorstaan, hetgeen naar mijn mening dus niet (in het geheel) het geval is.²⁴⁰ Ook HJI Panayi schrijft op basis van eenzelfde redenering dat naleving van de jurisprudentie van het HvJ vermoedelijk – ten onrechte – als een vanzelfsprekendheid is gezien door de auteurs.²⁴¹

De OESO benoemt in haar finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3 expliciet dat de CFC-maatregelen in overeenstemming dienen te zijn met het EU-recht en in het bijzonder met het Cadbury Schweppes-arrest. Vervolgens behandelt zij kort de reeds besproken arresten Thin Cap GLO en Oy AA²⁴² waarmee zij mijns inziens vrij opzichtig een poging doet tot het oprekken

²³⁹ Voorwaarden zijn zakelijk ofwel ‘at arm’s length’ indien zij (binnen een bepaalde marge) gelijk zijn aan de voorwaarden die in het economisch verkeer tussen onafhankelijke partijen tot stand zouden zijn komen, zie art. 8b Wet VpB 1969.

²⁴⁰ J. Schönfeld, ‘CFC Rules and Anti-Tax-Avoidance Directive’, *EC Tax Review* 2017/26, §5.2.2.

²⁴¹ C. HJI Panayi, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas (2006): CFC Rules Under EU Tax*, Cumnor: Hart Publishing Ltd 2018, p. 27 + 29.

²⁴² OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 18, punt 22.

van de tamelijk strikte conclusie van het HvJ uit het Cadbury Schweppes-arrest ten aanzien van volkomen kunstmatige constructies.

Ten eerste vormt het enkele feit dat de OESO bij voorbaat de noodzaak heeft gevoeld om de conclusie uit het Cadbury Schweppes-arrest op te rekken voor mij een indicatie dat zij de spreekwoordelijke bui boven de rechtmatigheid van (een deel van) haar CFC-maatregelen heeft zien hangen. Bovendien doet zij dit op een tamelijk omslachtige manier. Neem bijvoorbeeld haar verwijzing naar het Thin Cap GLO-arrest waaruit zij tracht te halen dat CFC-wetgeving tevens van toepassing mag zijn op constructies die slechts voor een deel volstrekt kunstmatig van aard zijn.²⁴³ In dit Thin Cap GLO-arrest verwijst het HvJ inderdaad één keer naar transacties die samen geheel of ten dele een louter kunstmatige constructie vormen. De toevoeging van ‘geheel of ten dele’ wordt in de overige acht verwijzingen naar volstrekt kunstmatige constructies in het arrest echter achterwege gelaten. Het betreffen verwijzingen zowel in andere rechtsoverwegingen als in de uiteindelijke conclusie. Het HvJ legt zodoende duidelijk niet de nadruk op deze toevoeging van ‘geheel of ten dele’ in het Thin Cap GLO-arrest noch doet zij dat in talloze andere arresten waarin de maatstaf van volstrekt kunstmatige constructies uit het Cadbury Schweppes-arrest wordt bevestigd en herhaald en waarin de betreffende toevoeging volledig ontbreekt.

Ik sta zodoende volledig achter het volgende dat HJI Panayi hierover schrijft: het extrapoleren van een nieuwe interpretatie van de volstrekt kunstmatige constructie-toets uit één enkele korte opmerking uit relatief oude jurisprudentie is duidelijk bedoeld om het gewicht van de betreffende toets uit het Cadbury Schweppes-arrest te doen eroderen.²⁴⁴ Het is lichtelijk hypocriet van de OESO om te beargumenteren dat de relevante maatstaf aangaande de rechtmatigheid van CFC-wetgeving een arrest is inzake een thin capitalisation-regeling (lees: het Thin Cap GLO-arrest) in plaats van een arrest dat betrekking heeft op CFC-wetgeving (lees: het Cadbury Schweppes-arrest), welke tot dusver altijd beschouwd is als de belangrijkste maatstaf.²⁴⁵ Vermoedelijk doelt het HvJ – wanneer zij schrijft van een betrokken transactie die voor een deel volstrekt kunstmatig is – op het bovenmatige deel van de rentebetaling (lees: de betrokken transactie) dat niet ‘at arm’s length’ is. Het bovenmatige deel is derhalve in haar

²⁴³ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 18, punt 22.

²⁴⁴ C. HJI Panayi, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas (2006): CFC Rules Under EU Tax*, Cumnor: Hart Publishing Ltd 2018, p. 23 + 24.

²⁴⁵ C. HJI Panayi, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas (2006): CFC Rules Under EU Tax*, Cumnor: Hart Publishing Ltd 2018, p. 23 + 24.

geheel volstrekt kunstmatig.²⁴⁶ Mijns inziens moet het dan ook op deze manier worden gelezen: in combinatie met het at arm's length-principe ofwel met het zakelijkheidsbeginsel dat bovendien terugkomt in de transactiebenadering van de CFC-wetgeving. Een verdere achterliggende gedachte moet in deze formulering van het HvJ niet worden gezocht. Deze formulering biedt naar mijn mening dan ook geenszins een uitweg voor de door mij geconstateerde strijdigheid van de inkomstenbenadering met het EU-recht.

Het door mij onderstreepte zinsdeel uit het Oy AA-arrest betreft de goedkeuring van een rechtvaardigingsgrond op basis waarvan een belemmerende belastingmaatregel desalniettemin toegepast mag worden, te weten de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten te waarborgen.²⁴⁷ De OESO schrijft in het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3 hierover het volgende: hoewel het HvJ tot op heden nog niet heeft geconcludeerd dat CFC-wetgeving van een lidstaat gerechtvaardigd kan worden door de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten te waarborgen, *suggereert* het Oy AA-arrest dat een ruimere toepassing van CFC-wetgeving toegestaan zou kunnen zijn.²⁴⁸

Hoewel ik mij hier in zoverre in kan vinden dat CFC-wetgeving winstverschuiving voorkomt en daarmee in zekere zin eveneens gedragingen die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om haar belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op haar grondgebied plaatsvinden,²⁴⁹ ontbreekt hiervoor iedere rechtsgrond. Vandaar waarschijnlijk ook de voorzichtige – en door mij schuingedrukte – woordkeuze van de OESO. Ik betwijfel ook sterk of het HvJ dit als rechtvaardigingsgrond voor CFC-wetgeving uit de ATAD zal accepteren en wel hierom: het Cadbury Schweppes-arrest waarin het HvJ enkel het bestrijden van volstrekt kunstmatige constructies als rechtvaardigingsgrond voor de Engelse CFC-wetgeving accepteert, dateert van 12 september 2006.²⁵⁰ Het Oy AA-arrest waarin het HvJ de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten te waarborgen als rechtvaardigingsgrond accepteert, dateert van 18 juli 2007.²⁵¹ Vervolgens herhaalt en bevestigt het HvJ op 23 april 2008 in het zogenoemde Test Claimants-arrest exact

²⁴⁶ C. HJI Panayi, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas (2006): CFC Rules Under EU Tax*, Cumnor: Hart Publishing Ltd 2018, p. 23.

²⁴⁷ Zie sub-paragraaf 4.2.2.3, p. 62.

²⁴⁸ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 18, punt 22.

²⁴⁹ Zie mijn verwijzing naar: HvJ EU 18 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:439, r.o. 54 (Oy AA), in sub-paragraaf 4.2.2.3, p. 62.

²⁵⁰ HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544 (Cadbury Schweppes).

²⁵¹ HvJ EU 18 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:439 (Oy AA).

hetgeen zij ten opzichte van volstrekt kunstmatige constructies heeft geconcludeerd in het Cadbury Schweppes-arrest. Bovendien ziet dit Test Claimants-arrest eveneens op de Engelse CFC-wetgeving.

Indien het HvJ de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten te waarborgen had willen accepteren als rechtvaardigingsgrond voor de toepassing van belemmerende CFC-wetgeving, dan had zij daarvoor in het Test Claimants-arrest derhalve alle kans. Een verwijzing naar hetzij het Oy AA-arrest hetzij de betreffende rechtvaardigingsgrond ontbreekt echter. Bovendien heeft het HvJ – na de publicatie van het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3 – in de arresten Egiom en Deister Holding ‘de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten te waarborgen’ niet geaccepteerd als rechtvaardigingsgrond voor een Franse respectievelijk Duitse nationale regeling die in strijd was met de ‘volstrekt kunstmatige constructies’-toets uit het Cadbury Schweppes-arrest.²⁵²

Mijns inziens is de speculatie door de OESO betreffende een ‘nieuwe’ rechtvaardigingsgrond voor CFC-wetgeving derhalve ongegrond (gebleken). Ik zie zodoende in het Oy AA-arrest eveneens geen uitweg voor de door mij geconstateerde strijdigheid van de inkomstenbenadering met het EU-recht.

4.4 Tussenconclusie

In voorgaande paragrafen heb ik getoetst in hoeverre de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD strijdig is met de vrijheid van vestiging uit het primaire EU-recht waarbij ik tevens gebruik heb gemaakt van jurisprudentie van het HvJ. Mijn conclusie is dat de inkomstenbenadering – in tegenstelling tot de transactiebenadering – uit de CFC-wetgeving strijdig is met het EU-recht. Dit als gevolg van het naar mijn mening niet voldoen aan de voorwaarde van volkomen kunstmatige constructies uit het Cadbury Schweppes-arrest. Bovendien bieden zowel het Thin Cap GLO-arrest als het Oy AA-arrest mijns inziens geen uitweg voor deze strijdigheid.

4.5 Verdragenrecht

In het kader van het internationale recht hanteer ik het OESO-modelverdrag als uitgangspunt, omdat Nederland een groot aantal belastingverdragen heeft gesloten waardoor een toetsing van de CFC-wetgeving aan ieder afzonderlijk belastingverdrag de reikwijdte van dit onderzoek

²⁵² HvJ EU 7 september 2017, ECLI:EU:C:2017:641, r.o. 61 – 64 (*Egiom*) en HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:1009, r.o. 95 – 99 (*Deister Holding*).

overstijgt. Desalniettemin is ieder van deze belastingverdragen gebaseerd op het OESO-modelverdrag en vormt dit modelverdrag zodoende de gemeenschappelijke deler. Een belastingverdrag is doorgaans bilateraal van aard en gericht op het voorkomen van een dubbele belastingheffing over eenzelfde inkomen door de twee verdragsluitende staten. Bovendien is een belastingverdrag het gevolg van een spel van geven en nemen tijdens de onderhandelingen van de twee verdragsluitende staten. Het komt dus voor dat – als gevolg van deze bilaterale onderhandelingen – een verdragsluitende staat haar heffingsrecht opgeeft ten aanzien van een bepaalde vorm van inkomen, terwijl zij deze vorm van inkomen op basis van haar nationale belastingstelsel wel zou mogen belasten.²⁵³

De vraag of CFC-wetgeving strijdigheid vormt met het verdragenrecht is al enige tijd een onderwerp van discussie in de literatuur inzake internationale belastingheffing.²⁵⁴ Voornamelijk is in geding of de belastingheffing op basis van de nationale CFC-wetgeving van een verdragsluitende staat in strijd is met belastingverdragen waarin artikel 7, eerste lid, en artikel 10, vijfde lid, van het OESO-modelverdrag zijn opgenomen.²⁵⁵ Ik richt mij in dit onderzoek zodoende op deze twee artikelen uit het OESO-modelverdrag.

4.6 CFC-wetgeving versus het verdragenrecht

In de literatuur heerst onenigheid omtrent het antwoord op de vraag of de CFC-wetgeving uit de ATAD in lijn is met de in de vorige paragraaf genoemde onderdelen van artikel 7 en 10 uit het OESO-modelverdrag. Zo niet, dan leidt dit immers tot strijdigheid met artikel 26 en 31, eerste lid, van het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht op basis waarvan de CFC-wetgeving niet in strijd mag komen met de goede trouw die bij de uitleg en toepassing van een belastingverdrag in acht dient te worden genomen.²⁵⁶ Met andere woorden: de verdragsluitende staten dienen de uitkomst van hun bilaterale onderhandelingen te honoreren en tevens overeenkomstig te handelen. De vraag die in dit kader derhalve gesteld dient te worden, is of de implementatie van unilaterale anti-misbruik regelingen – zoals die van de CFC-wetgeving uit de ATAD – in de nationale wetgeving van (lid)staten wrijving veroorzaakt met dit verdragenrecht.²⁵⁷

²⁵³ S. Jourdan & K. Burren, 'CFC Legislation in an International Tax Perspective', *Private* 2005/4, p. 28 + 29.

²⁵⁴ M. Lang et al., *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2004, p. 91.

²⁵⁵ OESO-commentaar punt 23 bij art. 1 OESO-modelverdrag.

²⁵⁶ V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, 'De CFC-maatregel (art. 7 en 8 Anti-ontgaansrichtlijn)', *FED* 2016/111, p. 5.

²⁵⁷ S. Jourdan & K. Burren, 'CFC Legislation in an International Tax Perspective', *Private* 2005/4, p. 29.

4.6.1 Artikel 7, eerste lid, OESO-modelverdrag

Artikel 7, eerste lid, OESO-modelverdrag heeft betrekking op winst uit onderneming. Door middel van dit artikel wordt het heffingsrecht *over de winsten* van een lichaam exclusief toegewezen aan de verdragsstaat waarin dit lichaam is gevestigd. Een uitzondering op deze hoofdregel bestaat slechts ingeval het betreffende lichaam een onderneming drijft door middel van een VI die gelegen is in de andere verdragsstaat. Globaal gezegd, bestaan twee verschillende visies ten opzichte van de vraag of de CFC-wetgeving hierop een inbreuk vormt.

Enerzijds beargumenteert de OESO in haar commentaar bij het OESO-modelverdrag het volgende: artikel 7, eerste lid, OESO-modelverdrag stelt geen beperking aan het recht van een verdragsstaat om haar eigen inwoners²⁵⁸ te belasten op basis van hun nationale CFC-wetgeving ook al wordt deze belasting berekend op basis van een verwijzing naar de winst van het buitenlandse lichaam.²⁵⁹ Een belastingheffing als gevolg van de nationale CFC-wetgeving op de eigen inwoners vermindert bovendien niet de winst van het buitenlandse lichaam (lees: de CFC) en daarom mag niet worden gezegd dat belasting wordt geheven *over haar winst* aldus de OESO.²⁶⁰ Afgaande op deze redenering zou de CFC-wetgeving uit de ATAD derhalve niet in strijd komen met de goede verdragstrouw uit het verdragenrecht.

Anderzijds wordt bijvoorbeeld door Van der Lans en Verhoog beweerd dat de CFC-wetgeving uit de ATAD (mogelijk) onverenigbaar is met artikel 7, eerste lid, OESO-modelverdrag.²⁶¹ Zij verwijzen hiervoor naar het juridische advies dat de Conseil d'État (de Franse Raad van State) in 2002 uitbracht²⁶² waarin zij CFC-wetgeving onverenigbaar achtte met het equivalent van artikel 7, eerste lid, OESO-modelverdrag in het toepasselijke belastingverdrag.²⁶³

Schoueri benadrukt in dit kader dat artikel 7, eerste lid, OESO-modelverdrag geen subjectieve, maar een objectieve strekking heeft. Hiermee bedoelt hij dat het artikel niet voorschrijft dat – door (de CFC-wetgeving van) een andere verdragsstaat – geen belasting mag worden geheven van ‘buitenlandse entiteiten’ (lees: subjecten), maar dat dit verbod juist geldt voor de ‘winst’²⁶⁴

²⁵⁸ Hieronder worden tevens rechtspersonen verstaan, zie art. 4, eerste lid, OESO-modelverdrag.

²⁵⁹ OESO-commentaar punt 14 bij art. 7 OESO-modelverdrag.

²⁶⁰ OESO-commentaar punt 14 bij art. 7 OESO-modelverdrag.

²⁶¹ V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, ‘De CFC-maatregel (art. 7 en 8 Anti-ontgaansrichtlijn)’, *FED* 2016/111, p. 5.

²⁶² Conseil d'État 28 juni 2002, nr. 232 276 (*Schneider Electric S.A.*).

²⁶³ V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, ‘De CFC-maatregel (art. 7 en 8 Anti-ontgaansrichtlijn)’, *FED* 2016/111, p. 5.

²⁶⁴ Zie mijn cursiveringen in deze sub-paragraaf.

(lees: het object) van deze entiteiten.²⁶⁵ Volgens Schoueri is het daarom in het geheel niet van belang welke entiteit feitelijk de belastinglast draagt²⁶⁶ en dus ook niet of de winst van de CFC wel of niet vermindert als gevolg van een toepassing van nationale CFC-wetgeving op eigen inwoners zoals de OESO beargumenteert. Artikel 7, eerste lid, OESO-modelverdrag bepaalt dat een verdragsstaat de *winst* van een lichaam uit een andere verdragsstaat niet mag belasten wat volgens Schoueri simpelweg betekent dat de verdragsstaat deze winst niet mag toevoegen aan de belastinggrondslag van de eigen inwoners²⁶⁷ zoals dit wel het geval is bij CFC-wetgeving.²⁶⁸

Müller schrijft dat zowel de CFC-wetgeving als het genoemde commentaar van de OESO bij artikel 7, eerste lid, OESO-modelverdrag in directe tegenspraak zijn met hetgeen het artikel bepaalt.²⁶⁹ Zowel de CFC-wetgeving als het genoemde commentaar van de OESO ondermijnen volgens Müller de zogenoemde ‘guardian function’ van het artikel waarmee hij doelt op het basisprincipe dat door een verdragsstaat geen belasting mag worden geheven *over de winst* van een lichaam dat is gevestigd in de andere verdragsstaat.²⁷⁰ Afgaande op bovenstaande redeneringen zou de CFC-wetgeving uit de ATAD derhalve wél in strijd komen met de goede verdragstrouw uit het verdragenrecht.

Mijns inziens is de kernvraag die in dit kader beantwoord dient te worden: wanneer wordt feitelijk belasting geheven *over winst* hetgeen verboden is op basis van artikel 7, eerste lid, OESO-modelverdrag? Is dat pas het geval wanneer – als gevolg van CFC-wetgeving – de winst van een CFC in de andere verdragsstaat vermindert zoals de OESO beargumenteert? Of is dat al het geval wanneer – als gevolg van CFC-wetgeving – winst wordt toegevoegd aan de belastinggrondslag van een moederverenootschap in de verdragsstaat zoals Schoueri en Müller beweren?

Ik ben van mening dat belasting geheven wordt over het bedrag dat is opgenomen in de belastinggrondslag van een belastingplichtige. Met andere woorden: indien *winst* van een CFC

²⁶⁵ J. Schoueri, ‘The Objective Scope of Article 7 and the Treaty Protection to Deemed Distributed Dividends’, *Kluwer International Tax Blog* 2015.

²⁶⁶ J. Schoueri, ‘The Objective Scope of Article 7 and the Treaty Protection to Deemed Distributed Dividends’, *Kluwer International Tax Blog* 2015.

²⁶⁷ J. Schoueri, ‘The Objective Scope of Article 7 and the Treaty Protection to Deemed Distributed Dividends’, *Kluwer International Tax Blog* 2015.

²⁶⁸ Zie artikel 7, eerste lid, ATAD.

²⁶⁹ J. Müller, ‘Is it not Time to Correct the OECD MC Commentary on CFC’s?’, *Kluwer International Tax Blog* 2015.

²⁷⁰ J. Müller, ‘Is it not Time to Correct the OECD MC Commentary on CFC’s?’, *Kluwer International Tax Blog* 2015.

– als gevolg van CFC-wetgeving – aan de belastinggrondslag van de moedervernootschap wordt toegevoegd dan wordt in mijn ogen vervolgens dus feitelijk belasting geheven *over deze winst*. Ter onderbouwing van mijn visie wijs ik tevens op de eerder besproken voorkoming van dubbele belasting die artikel 8 ATAD voorschrijft. Kort gezegd wordt – indien de CFC bijvoorbeeld daadwerkelijk winst uitkeert aan de moedervernootschap – op basis van dit artikel voorkoming van economische dubbele belasting verleend ter grootte van de niet-uitgekeerde winst waarover als gevolg van CFC-wetgeving reeds belasting is geheven.²⁷¹ Bovendien is van economische dubbele belasting spraken indien bij twee entiteiten belasting wordt geheven over één object.²⁷² Indien als gevolg van CFC-wetgeving niet daadwerkelijk belasting wordt geheven *over deze niet-uitgekeerde winst* (lees: het object) dan zou een voorkoming van economische dubbele belasting – zoals deze dus wel is opgenomen in artikel 8 ATAD – ter grootte van hetzelfde bedrag mijns inziens niet logisch zijn. Ik sluit mij aldus aan bij de zienswijze van onder andere Schoueri en Müller. Ik concludeer zodoende dat de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD in strijd is met artikel 7, eerste lid, OESO-modelverdrag en daarmee met de goede verdragstrouw uit het verdragenrecht.

4.6.2 Artikel 10, vijfde lid, OESO-modelverdrag

Artikel 10, vijfde lid, OESO-modelverdrag heeft betrekking op extraterritoriale heffingen. Voor de analyse in deze paragraaf is van belang dat – ingeval een lichaam is gevestigd in een verdragsstaat en zij inkomen ontvangt uit de andere verdragsstaat – de andere verdragsstaat de niet-uitgekeerde winst van het betreffende lichaam niet mag onderwerpen aan een belasting over haar niet-uitgekeerde winst, zelfs niet als deze niet-uitgekeerde winst (gedeeltelijk) bestaat uit het inkomen dat is ontvangen uit de andere verdragsstaat.

Beargumenterd kan worden dat een verdragsstaat in strijd handelt met artikel 10, vijfde lid, OESO-modelverdrag wanneer zij op basis van haar nationale CFC-wetgeving beoogt niet-uitgekeerde winsten te belasten.²⁷³ In haar commentaar bij het OESO-modelverdrag schrijft de OESO hierop ter verdediging dat het artikel enkel acht te voorkomen dat belasting wordt geheven van de CFC en dus niet ziet op de belastingheffing van de aandeelhouder zoals de CFC-wetgeving dat wel doet.²⁷⁴ Daarom acht zij artikel 10, vijfde lid, OESO-modelverdrag niet relevant voor de discussie of CFC-wetgeving in strijd komt met het verdragenrecht.²⁷⁵

²⁷¹ Zie sub-paragraaf 2.4.6, p. 33 + 34.

²⁷² Zie het Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 13 april 2014, nr. IFZ2004/236M, § 1.5.1.

²⁷³ OESO-commentaar punt 37 bij art. 10 OESO-modelverdrag.

²⁷⁴ OESO-commentaar punt 37 bij art. 10 OESO-modelverdrag.

²⁷⁵ OESO-commentaar punt 37 bij art. 10 OESO-modelverdrag.

Ik verwijs in dit kader eerst op iets vergelijkbaars dat Lang et al. hierover schrijven, namelijk dat niets in artikel 10, vijfde lid, OESO-modelverdrag ziet op het antwoord op de vraag of een verdragsstaat – waarin de aandeelhouder van het buitenlandse lichaam is gevestigd – wel of niet haar binnenlandse aandeelhouder mag belasten op basis van haar nationale CFC-wetgeving.²⁷⁶ Zowel de OESO als Lang et al. zien hierbij volgens Schoueri echter iets essentieels over het hoofd: artikel 10, vijfde lid OESO-modelverdrag heeft – net als artikel 7, eerste lid, OESO-modelverdrag – een objectieve strekking.²⁷⁷ Hoewel het artikel inderdaad niet ziet op de vraag of een binnenlandse aandeelhouder (lees: een subject) belast mag worden op basis van nationale CFC-wetgeving, bepaalt zij daarentegen wel dat daarbij geen belasting mag worden geheven over de *niet-uitgekeerde winsten* (lees: het object) van de CFC van de betreffende binnenlandse aandeelhouder.

Op basis van mijn beantwoording van de vraag ‘wanneer wordt feitelijk belasting geheven over (*niet-uitgekeerde*) winst?’ in de vorige sub-paragraaf concludeer ik in dit kader daarom eveneens dat – als gevolg van de CFC-wetgeving uit de ATAD – een verdragsstaat belasting heft over de *niet-uitgekeerde winst* van een CFC in een andere verdragsstaat hetgeen verboden is op basis van artikel 10, vijfde lid, OESO-modelverdrag. Ik concludeer zodoende dat de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD in strijd is met artikel 10, vijfde lid, OESO-modelverdrag en daarmee met de goede verdragstrouw uit het verdragenrecht. Daarmee sluit ik mij eveneens aan bij auteurs zoals Haun²⁷⁸, Schoueri²⁷⁹ en Rix.²⁸⁰ Volgens laatstgenoemde auteur is het bovendien niet verrassend dat beide conclusies – en bijbehorende argumentaties – aangaande de verenigbaarheid van de CFC-wetgeving uit de ATAD met hetzij artikel 7, eerste lid, OESO-modelverdrag hetzij artikel 10, vijfde lid, OESO-modelverdrag overeenkomen.²⁸¹ Bij beide artikelen gaat het immers om de belastingheffing over de (*niet-uitgekeerde*) winst van een CFC in een verdragsstaat door een andere verdragsstaat.

²⁷⁶ M. Lang et al., *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2004, p. 268 + 269.

²⁷⁷ J. Schoueri, ‘The Objective Scope of Article 7 and the Treaty Protection to Deemed Distributed Dividends’, *Kluwer International Tax Blog* 2015.

²⁷⁸ J. Haun in: W. Wöhrle, D. Schelle & E. Gross, *Kommentar zum Außensteuergesetz*, Rund: Loseblatt 2015, p. 108.

²⁷⁹ J. Schoueri, ‘The Objective Scope of Article 7 and the Treaty Protection to Deemed Distributed Dividends’, *Kluwer International Tax Blog* 2015.

²⁸⁰ J. Rix in: M. Lang et al., *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2004, p. 157.

²⁸¹ J. Rix in: M. Lang et al., *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2004, p. 157.

4.7 Tussenconclusie

Samenvattend concludeer ik ten eerste dat de CFC-wetgeving uit de ATAD in strijd is met artikel 7, eerste lid, OESO-modelverdrag. Voor deze conclusie was mijns inziens de kernvraag die beantwoord diende te worden: wanneer wordt feitelijk belasting geheven *over winst* hetgeen verboden is op basis van artikel 7, eerste lid, OESO-modelverdrag? Het objectieve karakter van het artikel in ogenschouw nemende, ben ik van mening dat – indien *winst* van een CFC – als gevolg van CFC-wetgeving – aan de belastinggrondslag van de moedervennootschap wordt toegevoegd – vervolgens feitelijk belasting geheven *over deze winst*.

Ten tweede concludeer ik dat de CFC-wetgeving eveneens in strijd is met artikel 10, vijfde lid, OESO-modelverdrag. Hoewel het artikel inderdaad niet ziet op de vraag of een binnenlandse aandeelhouder (lees: een subject) belast mag worden op basis van nationale CFC-wetgeving, bepaalt zij daarentegen wel dat daarbij geen belasting mag worden geheven over de *niet-uitgekeerde winsten* (lees: het object) van de CFC van de betreffende binnenlandse aandeelhouder. Zoals ik heb beargumenteerd, is dit – als gevolg van de CFC-wetgeving uit de ATAD – echter wel het geval.

4.8 Deelconclusie

In het eerste deel van dit hoofdstuk heb ik getoetst in hoeverre de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD strijdig is met de vrijheid van vestiging uit het primaire EU-recht waarbij ik tevens gebruik heb gemaakt van jurisprudentie van het HvJ. De conclusie uit het Cadbury Schweppes-arrest – dat een toepassing CFC-wetgeving enkel toegestaan is op inkomen dat voortvloeit uit volstrekt kunstmatige constructies – vormde hiervoor de maatstaf.

Ik heb geconcludeerd dat de inkomstenbenadering uit de CFC-wetgeving strijdig is met het EU-recht. Dit als gevolg van het naar mijn mening niet voldoen aan de voorwaarde van volkomen kunstmatige constructies uit het Cadbury Schweppes-arrest. Ten aanzien van de transactiebenadering uit de CFC-wetgeving heb ik geconcludeerd dat zij in lijn is met het EU-recht, omdat zij – in combinatie met het zakelijkheidsbeginsel van artikel 8, tweede lid, ATAD – slechts ziet op inkomen dat afkomstig is uit volstrekt kunstmatige constructies en waarvoor een economische activiteit in de CFC ontbreekt.

Bovendien heb ik beargumenteerd waarom zowel het Thin Cap GLO-arrest als het Oy AA-arrest mijns inziens geen uitweg bieden voor de door mij geconstateerde strijdigheid van de inkomstenbenadering met het EU-recht. De rechtvaardiging betreft zowel een verwijzing naar een opmerking van het HvJ over voor een deel volstrekt kunstmatige constructies in het Thin

Cap GLO-arrest als een verwijzing naar de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten te waarborgen in het Oy AA-arrest.

In het tweede deel van dit hoofdstuk heb ik getoetst in hoeverre de CFC-wetgeving wrijving veroorzaakt met artikel 7, eerste lid, en artikel 10, vijfde lid, OESO-modelverdrag en daarmee met de goede verdragstrouw die in acht dient te worden genomen door verdragsstaten. Ik heb geconcludeerd dat de CFC-wetgeving ten opzichte van beide artikelen strijdigheid veroorzaakt, omdat de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD als gevolg heeft dat belasting wordt geheven over (niet-uitgekeerde) winsten van een CFC, hetgeen is verboden op basis van beide artikelen uit het OESO-modelverdrag.

Hoofdstuk 5: Doeltreffendheid & Doelmatigheid

5.1 Inleiding

Dit hoofdstuk toetst de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD op zowel doeltreffendheid als doelmatigheid welke criteria respectievelijk effectiviteit en efficiëntie betekenen. Wetgeving is doeltreffend indien zij – op zijn minst in belangrijke mate – leidt tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstelling.²⁸² Deze doelstelling heb ik reeds verwoord als: ‘het voorkomen dat multinationale ondernemingen de heffing van winstbelasting in hun vestigingsstaat (kunnen) ontwijken doordat zij – met behulp van CFC’s – handig gebruikmaken van dispariteiten die zich voordoen tussen belastingstelsels van landen.’²⁸³

Daarenboven moet deze doelstelling op een zo gunstig mogelijke wijze worden bereikt; het criterium van doelmatigheid. Dit houdt in dat wetgeving niet tot ‘nodeloze inefficiëntie’ mag leiden en dat de lasten die een uitvoering van de wetgeving met zich meebrengt niet excessief mogen zijn.²⁸⁴

Een balans dient gevonden te worden tussen enerzijds het niveau van effectiviteit van de CFC-maatregelen en anderzijds de hoogte van de bijkomende administratieve lasten en nalevingskosten.²⁸⁵ In paragraaf 5.2 toets ik de CFC-wetgeving op doeltreffendheid daar waar ik deze in paragraaf 5.4 toets op doelmatigheid. De paragrafen 5.3, 5.5 en 5.6 behelzen respectievelijk tussen- en deelconclusies.

5.2 Doeltreffendheid

In het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3 – waarop de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD is gebaseerd – is veelvuldig benadrukt dat wordt beoogd om effectieve (lees: doeltreffende) CFC-wetgeving te introduceren.²⁸⁶ De CFC-wetgeving is doeltreffend indien zij voorkomt dat multinationale ondernemingen met behulp van CFC’s de heffing van winstbelasting (kunnen) ontwijken in hun vestigingsstaat. Aangezien de CFC-wetgeving echter (nog) niet door lidstaten is geïmplementeerd in hun nationale wetgeving kan thans niet haar daadwerkelijke doeltreffendheid worden bepaald. Evenmin kan op dit moment exact worden bepaald in welke vorm de CFC-wetgeving een hogere mate van doeltreffendheid bereikt. Men denke hierbij voornamelijk aan de keuze tussen de inkomstenbenadering en de transactiebenadering. Uiteraard kan ik wel een onderbouwd vermoeden uitspreken. Om te

²⁸² Zie paragraaf 1.3, p. 15 + 16.

²⁸³ Zie paragraaf 1.3, p. 16.

²⁸⁴ Zie paragraaf 1.3, p. 16.

²⁸⁵ Zie paragraaf 2.3, p. 27 + 28.

²⁸⁶ Zie paragraaf 2.3, p. 27 + 28.

beginnen geef ik mijn verwachting ten aanzien van de doeltreffendheid van de CFC-wetgeving in haar algemeenheid.

5.2.1 Doeltreffendheid en CFC-wetgeving

5.2.1.1 Empirisch onderzoek

De CFC-wetgeving uit de ATAD is nog niet door lidstaten in hun nationale wetgeving geïmplementeerd. Dit maakt dat thans geen gegevens beschikbaar zijn voor een empirisch onderzoek naar haar doeltreffendheid. Daarbij komt dat gegevens die benodigd zijn voor een dergelijk empirisch onderzoek veelal niet (openbaar) beschikbaar zijn. Desalniettemin is een empirische studie verricht naar de doeltreffendheid van de Duitse – al geruime tijd bestaande – CFC-wetgeving aangezien hiervoor de benodigde data wél beschikbaar waren. De data gehanteerd in deze studie betreffen gedetailleerde informatie afkomstig uit de zogenoemde Microdatabase Direct Investment van de Deutsche Bundesbank met betrekking tot Foreign Direct Investments ofwel directe buitenlandse investeringen van (binnenlandse) Duitse moedervervennootschappen in hun buitenlandse dochtervennootschappen.²⁸⁷

Ruf en Weichenrieder hebben aan de hand van deze informatie onderzocht in hoeverre de Duitse CFC-wetgeving verhindert dat Duitse moedervervennootschappen – door middel van buitenlandse dochtervennootschappen in laagbelastende jurisdicties (lees: CFC's) – een belastingheffing in Duitsland over (passief) inkomen (kunnen) voorkomen.²⁸⁸ Gezien de overeenkomst met de door mij gegeven definitie van doeltreffendheid aan het begin van deze paragraaf onderzoeken Ruf en Weichenrieder met andere woorden de doeltreffendheid van de Duitse CFC-wetgeving.

Voorts ziet de Duitse CFC-wetgeving op situaties waarin (1) een controle van minimaal 50% aanwezig is, (2) de buitenlandse dochtervennootschap onderworpen is aan een 'te laag' effectief belastingtarief, en (3) sprake is van voornamelijk passief inkomen.²⁸⁹ Indien aan deze voorwaarden wordt voldaan, wordt (4) de Duitse moedervervennootschap vervolgens belast over het besmette CFC-inkomen. Van voormelde kenmerken 1, 2 en 4 van de Duitse CFC-wetgeving is het evident dat zij terugkomen in – zowel de inkomstenbenadering als de transactiebenadering van – de CFC-wetgeving uit de ATAD.²⁹⁰ Bovendien komt het derde

²⁸⁷ D. Drees, C-J. Schild & F. Walter, *Microdatabase Direct Investment*, Frankfurt am Main: Deutsche Bundesbank.

²⁸⁸ M. Ruf & A.J. Weichenrieder, 'The taxation of passive foreign investment: lessons from German experience', *Canadian Journal of Economics* 2012/45, p. 1504.

²⁸⁹ M. Ruf & A.J. Weichenrieder, 'The taxation of passive foreign investment: lessons from German experience', *Canadian Journal of Economics* 2012/45, p. 1507 + 1508.

²⁹⁰ Zie artikel 7, eerste lid, onderdeel a en b, en tweede lid, eerste volzin, ATAD.

kenmerk van de Duitse CFC-wetgeving eveneens duidelijk naar voren in de inkomstenbenadering; zij ziet immers specifiek op bepaalde vormen van passief inkomen.²⁹¹ Desalniettemin ziet CFC-wetgeving – en dus ook de transactiebenadering – in haar algemeenheid op situaties waarin inkomen wordt opgepot in CFC's. Bovendien betreft dit voornamelijk passief inkomen aangezien dat – in tegenstelling tot zogenoemd actief inkomen – eenvoudig verplaatsbaar is.²⁹² Zodoende zal de transactiebenadering eveneens zien op voornamelijk passief inkomensstromen (zoals bijvoorbeeld royaltybetalingen) die mogelijk niet at arm's length zijn. Daarmee acht ik de Duitse CFC-wetgeving in zoverre voldoende vergelijkbaar met de CFC-wetgeving uit de ATAD dat de conclusie uit het empirische onderzoek van Ruf en Weichenrieder naar de doelmatigheid van de Duitse CFC-wetgeving op zijn minst een aanknopingspunt biedt voor de beoordeling van de doelmatigheid van de CFC-wetgeving uit de ATAD.

Ruf en Weichenrieder komen tot conclusie dat de Duitse CFC-wetgeving zeer effectief (lees: doeltreffend) is, doordat zij in staat is om de migratie van passief inkomen van hoogbelastende jurisdicties naar laagbelastende jurisdicties significant te verminderen daar waar laagbelastende jurisdicties normaliter veel passief inkomen aantrekken.²⁹³ Uit het onderzoek werd eveneens geconcludeerd dat belastingparadijzen – zoals bijvoorbeeld de Kaaimaneilanden en Barbados – als gevolg van de Duitse CFC-wetgeving niet in staat waren om grote hoeveelheden passief inkomen aan te trekken om dit vervolgens op te potten of uit te lenen aan gelieerde entiteiten.²⁹⁴ Zoals ik in paragraaf 2.2 heb geïllustreerd, wordt door middel van dit oppotten en uitlenen van inkomen in en door CFC's anderszins juist grondslaguitholling en winstverschuiving bereikt. De conclusie van Ruf en Weichenrieder – dat de Duitse CFC-wetgeving zeer doelmatig is in het bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuiving – is nadien herhaald en bevestigd door een onderzoek van Egger en Wamser.²⁹⁵

In hun vervolgonderzoek hebben Ruf en Weichenrieder onderzocht in hoeverre het Cadbury Schweppes-arrest van 2006 invloed heeft gehad op de doeltreffendheid van de Duitse CFC-

²⁹¹ Zie sub-paragraaf 2.4.3.1, p. 31.

²⁹² Voor een voorbeeld verwijs ik naar paragraaf 2.2, p. 19 – 26.

²⁹³ M. Ruf & A.J. Weichenrieder, 'The taxation of passive foreign investment: lessons from German experience', *Canadian Journal of Economics* 2012/45, p. 1527.

²⁹⁴ M. Ruf & A.J. Weichenrieder, 'The taxation of passive foreign investment: lessons from German experience', *Canadian Journal of Economics* 2012/45, p. 1527.

²⁹⁵ P.H. Egger & G. Wamser, 'The impact of controlled foreign company legislation on real investments abroad. A multi-dimensional regression discontinuity design', *Journal of Public Economics* 2015/129, p. 90.

wetgeving.²⁹⁶ Het Cadbury Schweppes-arrest legt aan de toepassing van CFC-wetgeving de restrictie op dat zij slechts van toepassing mag zijn op volstrekt kunstmatige constructies. Bovendien geldt deze restrictie slechts voor lidstaten aangezien het de vrijheid van vestiging betreft welke geen zogenoemde derden-werking kent. De studie van Ruf en Weichenrieder toont aan dat na het Cadbury Schweppes-arrest de verschuiving van passief inkomen naar laagbelastende lidstaten relatief is gestegen ten opzichte van de verschuiving van passief inkomen naar laagbelastende niet-lidstaten. Sterker nog: deze relatieve stijging van het niveau van passieve investeringen in laagbelastende lidstaten gaat gepaard met een daling van het niveau van passieve investeringen in laagbelastende niet-lidstaten.²⁹⁷ Zo daalde bijvoorbeeld het niveau van passieve investeringen in de Kaaimaneilanden waar het niveau van passieve investeringen steeg in lidstaten zoals Estland, Letland en Polen en zelfs verdubbelde in Ierland.²⁹⁸

Het voorgaande is derhalve het gevolg van de beperkingen die na het Cadbury Schweppes-arrest binnen de EU aan CFC-wetgeving worden gesteld. Ruf en Weichenrieder bevestigen met deze conclusie uit hun vervolgonderzoek de resultaten uit een eerder soortgelijk onderzoek verricht door Barry en Healy-Rea.²⁹⁹ Wel waarschuwen de auteurs dat hun onderzoek niet impliceert dat – ondanks het beperkende Cadbury Schweppes-arrest – de CFC-wetgeving geschrapt dient te worden in de EU aangezien deze nog steeds zeer doeltreffend is ten aanzien van situaties waarin sprake is van volstrekt kunstmatige constructies.³⁰⁰

Op basis van zowel de hoge mate van vergelijkbaarheid tussen de Duitse CFC-wetgeving en de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD als op basis van de bovenstaande empirische onderzoeken waarin geconcludeerd is dat de Duitse CFC-wetgeving zeer doeltreffend is, verwacht ik zodoende dat – ondanks het beperkende Cadbury Schweppes-arrest – de CFC-wetgeving uit de ATAD in haar algemeenheid zeer doeltreffend is in het bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuiving, zeker ten aanzien van volstrekt kunstmatige constructies.

²⁹⁶ M. Ruf & A.J. Weichenrieder, 'CFC Legislation, Passive Assets and the Impact of the ECJ's Cadbury-Schweppes Decision', *CESifo Working Paper Series* 2013/4461, p. 1.

²⁹⁷ M. Ruf & A.J. Weichenrieder, 'CFC Legislation, Passive Assets and the Impact of the ECJ's Cadbury-Schweppes Decision', *CESifo Working Paper Series* 2013/4461, p. 15.

²⁹⁸ M. Ruf & A.J. Weichenrieder, 'CFC Legislation, Passive Assets and the Impact of the ECJ's Cadbury-Schweppes Decision', *CESifo Working Paper Series* 2013/4461, p. 7 + 11.

²⁹⁹ F. Barry & R. Healy-Rae, 'FDI implications of recent European Court of Justice decisions on corporation tax matters', *European Business Organization Law Review* 2015/11, p. 132.

³⁰⁰ M. Ruf & A.J. Weichenrieder, 'CFC Legislation, Passive Assets and the Impact of the ECJ's Cadbury-Schweppes Decision', *CESifo Working Paper Series* 2013/4461, p. 15.

5.2.1.2 *Inkomstenbenadering versus transactiebenadering*

Vervolg vraag is dan in welke hoedanigheid de CFC-wetgeving het meest doeltreffend is. Deze beleidsoverweging komt het meest duidelijk tot uiting door de manier waarop CFC-inkomen wordt gedefinieerd te weten door middel van hetzij de inkomstenbenadering hetzij de transactiebenadering.³⁰¹ In deze sub-paragraaf geef ik zodoende mijn verwachting ten aanzien van de mate van doeltreffendheid van de CFC-wetgeving indien zij wordt vormgegeven door middel van de inkomstenbenadering dan wel de transactiebenadering.

Zoals ik reeds in dit onderzoek heb beschreven, zullen jurisdicties waarvan het beleid in hoge mate is gericht op het doeltreffend bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuiving eerder kiezen voor de implementatie van CFC-wetgeving die – in plaats van mechanisch – tamelijk flexibel is vormgegeven.³⁰² Dit omdat – ondanks het voordeel van haar relatief eenvoudige toepasbaarheid – meer mechanisch vormgegeven CFC-wetgeving in principe niet zo doeltreffend is in het bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuiving als meer flexibel vormgegeven CFC-wetgeving.³⁰³ Met mechanisch vormgegeven CFC-wetgeving doel ik in dit kader op CFC-wetgeving die inkomen als CFC-inkomen kwalificeert puur op basis van haar formele classificatie waarmee ik mij aansluit bij de definitie die de OESO hanteert.³⁰⁴

Indien ik zowel de inkomstenbenadering als de transactiebenadering naast deze definitie leg, kom ik tot de conclusie dat de inkomstenbenadering meer mechanisch is vormgegeven dan de transactiebenadering. De inkomstenbenadering kwalificeert inkomen immers als CFC-inkomen op basis van haar formele classificatie als rente, dividend, royalty's etc. De transactiebenadering daarentegen onderzoekt iedere inkomensstroom afzonderlijk op kunstmatigheid op basis waarvan zij vervolgens inkomen als CFC-inkomen kwalificeert. De transactiebenadering schenkt zodoende geen aandacht aan de formele classificatie van de inkomensstroom; slechts de mate van kunstmatigheid van het inkomen is van belang. Ik neem zodoende aan dat de inkomstenbenadering voor meer mechanische CFC-wetgeving zorgt dan de transactiebenadering. De inkomstenbenadering kent weliswaar een substance-uitzondering voor situaties met daarin een wezenlijke economische activiteit, maar in relatieve zin blijft haar toepassing meer mechanisch – en daarmee dus in beginsel minder doeltreffend – dan die van de transactiebenadering.

³⁰¹ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 14, punt 10.

³⁰² Zie paragraaf 2.3, p. 27 + 28.

³⁰³ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 14, punt 10.

³⁰⁴ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 14, punt 10.

In zijn motie aan de Tweede Kamer verzoekt kamerlid De Groot om bij de Nederlandse implementatie van de CFC-wetgeving – in plaats van de transactiebenadering – de inkomstenbenadering te kiezen. De Groot overweegt in zijn motie namelijk dat de inkomstenbenadering “*zeer effectief is ter bestrijding van grondslaguitholling en kunstmatige winstverplaatsing*” daar waar de transactiebenadering “*niet veel toevoegt aan bestaande regels voor transfer pricing*”.³⁰⁵ Ik merk hierbij op dat De Groot dus niet schrijft dat de transactiebenadering op zich niet effectief is. De crux zit hem volgens De Groot meer in de toegevoegde waarde van de transactiebenadering voor het effectief bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuiving naast de reeds bestaande (Nederlandse) transfer pricing praktijk.

Ik zie inderdaad de overeenkomst tussen beide; zowel artikel 8b Wet VpB 1969 aangaande de Nederlandse transfer pricing praktijk als de transactiebenadering in combinatie met het zakelijkheidsbeginsel uit de CFC-wetgeving bewerkstelligen immers dat transacties at arm's length plaatsvinden. Ik vermoed dat De Groot hier ook op doelt. De vraag is nu of de voormelde overeenkomst voldoende is om te stellen dat CFC-wetgeving gebaseerd op de transactiebenadering – naast de bestaande regels van transfer pricing – daadwerkelijk niets of niet veel toevoegt aan het effectief bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuiving zoals De Groot overweegt.

Een medestander van De Groot in dit kader is Van de Streek. Van de Streek wijst op het feit dat de transactiebenadering CFC-inkomen definieert als inkomen dat voortvloeit uit kunstmatige constructies die zijn opgezet met als wezenlijk doel een belastingvoordeel te verkrijgen.³⁰⁶ Bovendien wijst Van de Streek erop dat een transactie als kunstmatig wordt beschouwd indien de transfer pricing niet klopt en dat CFC-wetgeving op basis van de transactiebenadering daarom in feite niet méér doet dan wat transfer pricing al doet.³⁰⁷ Het heeft Van de Streek dan ook niet verbaasd dat staatssecretaris Wiebes heeft aangegeven dat de transactiebenadering feitelijk reeds in ons vennootschapsbelastingstelsel is opgenomen in de vorm van artikel 8b Wet VpB 1969.³⁰⁸

³⁰⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, 56.

³⁰⁶ Art. 7, tweede lid, onderdeel b, ATAD.

³⁰⁷ A. van der Kruk en D. Bodelier, ‘Verslag van hét grote NOB Anti-BEPS Congres van 3 oktober 2016’, *WFR* 2017/17, p. 8.

³⁰⁸ A. van der Kruk en D. Bodelier, ‘Verslag van hét grote NOB Anti-BEPS Congres van 3 oktober 2016’, *WFR* 2017/17, p. 8.

De OESO daarentegen schrijft in haar finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3 dat – hoewel CFC-wetgeving en de transfer pricing regels in sommige situaties inderdaad zien op hetzelfde inkomen – het onwaarschijnlijk is dat de reeds bestaande transfer pricing regels de behoefte aan nieuwe CFC-wetgeving elimineren.³⁰⁹ De OESO onderbouwt haar zienswijze door te wijzen op het feit dat CFC-wetgeving meer mechanisch is vormgegeven dan de transfer pricing regels en daardoor automatisch ziet op bepaalde categorieën van inkomen die eenvoudig verplaatsbaar zijn naar laagbelastende jurisdicties. Dit ongeacht het feit of dat inkomen afkomstig is van een gelieerde partij waar dit voor de toepassing van de transfer pricing regels wel een vereiste vormt.³¹⁰ Naar mijn mening geeft de OESO hiermee aan hoe de mechanisch vormgegeven inkomstenbenadering van toegevoegde waarde is naast de reeds bestaande transfer pricing regels. Een dergelijke analyse ten aanzien van de toegevoegde waarde van de transactiebenadering ontbreekt echter in het rapport. Uit het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3 van de OESO kunnen zodoende geen argumenten worden onttrokken specifiek tegen het besproken standpunt van De Groot en Van de Streek.

In tegenstelling tot de OESO doet Swaving Dijkstra wel een poging om de toegevoegde waarde van de transactiebenadering te karakteriseren. Swaving Dijkstra betwijfelt namelijk of de transactiebenadering daadwerkelijk ‘niet zoveel toevoegt’ – zoals De Groot dat beweert – en zodoende maar gekozen moet worden voor de inkomstenbenadering.³¹¹ Hij schrijft dat de toegevoegde waarde van de transactiebenadering ligt in het feit dat zij – in tegenstelling tot de generieke arm’s length-verplichting van artikel 8b Wet VpB 1969 – een specifieke verplichting creëert om bepaald inkomen in aanmerking te nemen. Bovendien valt of staat de effectiviteit van de transactiebenadering in dit kader bij een duidelijke en uniforme uitleg van het begrip ‘sleutelfuncties’.³¹² Indien ik het voorgaande juist interpreteer, ziet Swaving Dijkstra de toegevoegde waarde van de transactiebenadering dus in haar specifieke karakter.

Eenzelfde gedachtegang lees ik in de reactie van de *Nederlandse Orde van Belastingadviseurs* (“NOB”) op het consultatiedocument ATAD1. In haar reactie schrijft de NOB namelijk eveneens dat een keuze voor de transactiebenadering wat haar betreft voor de hand ligt aangezien deze benadering zich – in aanvulling op de goede en effectieve regelgeving die

³⁰⁹ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 14, punt 8.

³¹⁰ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 14, punt 9.

³¹¹ E. Swaving Dijkstra, ‘Alles went, behalve een fictief dividend: de CFC-regeling uit de ATAD en de gevolgen voor art. 13a Wet VPB 1969’, *WFR* 2017/117, p. 6.

³¹² E. Swaving Dijkstra, ‘Alles went, behalve een fictief dividend: de CFC-regeling uit de ATAD en de gevolgen voor art. 13a Wet VPB 1969’, *WFR* 2017/117, p. 6.

Nederland al heeft waar het passief inkomen betreft – (specifiek) richt op kunstmatige constructies.³¹³

Persoonlijk heb ik toch enige moeite met het zien van een toegevoegde waarde puur in het feit dat de CFC-wetgeving uit de ATAD meer specifiek is vormgegeven dan de transfer pricing regels. Het generieke artikel 8b Wet VpB 1969 ziet immers op alle situaties waarin de verrekenprijs van een transactie afwijkt van de (markt)prijs die anderszins in het economisch verkeer tussen onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen ofwel niet at arm's length is.³¹⁴ De transactiebenadering ziet daarentegen specifiek op situaties waarin sprake is van een kunstmatige transactie. Op het eerste gezicht lijkt hierin inderdaad een verschil en derhalve wellicht een toegevoegde waarde te onderkennen, zij het niet dat een kunstmatige transactie in de transactiebenadering – in combinatie met het zakelijkheidsbeginsel – wordt gedefinieerd als een transactie die niet zakelijk ofwel niet at arm's length is. Dit maakt dat zowel het generieke artikel 8b Wet VpB 1969 als de specifieke transactiebenadering allebei zien op transacties die niet at arm's length zijn. Bovendien zien beide op situaties waarin gelieerde verhoudingen een rol spelen en wordt de winst als gevolg van hun toepassing herverdeeld op basis van een zakelijke transfer price die zodoende gelijk is aan de marktprijs. Met andere woorden: naar mijn mening ziet de transactiebenadering niet op situaties die niet reeds binnen het bereik van de Nederlandse transfer pricing regels vallen en is in dat opzicht van weinig toegevoegde waarde in het effectief bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuiving. Ik sluit mij zodoende aan bij de zienswijze van De Groot en Van de Streek.

In mijn voorgaande argumentatie en conclusie heb ik mij toegespitst op de Nederlandse transfer pricing praktijk met daarin artikel 8b Wet VpB 1969 als leidraad. Feit is echter dat thans iedere lidstaat transfer pricing regels heeft opgenomen in haar nationale wetgeving met daarin eveneens een verwijzing naar het at arm's length-beginsel.³¹⁵ Bovendien volgen dan wel verwijzen alle lidstaten bij een toepassing van hun nationale transfer pricing wetgeving (naar) de richtlijnen³¹⁶ die hiervoor zijn opgesteld door de OESO.³¹⁷ Mijn bovenstaande conclusie – dat CFC-wetgeving die is gebaseerd op de transactiebenadering uit de ATAD niet veel toevoegt

³¹³ NOB, *Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie implementatie ATAD1*, 2017, p. 8.

³¹⁴ Zie voetnoot 239.

³¹⁵ P. Griffin, R. van den Brekel, L. Coronado & I. Suto, *EY Worldwide Transfer Pricing Reference Guide 2017-2018*.

³¹⁶ OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017.

³¹⁷ P. Griffin, R. van den Brekel, L. Coronado & I. Suto, *EY Worldwide Transfer Pricing Reference Guide 2017-2018*.

aan de bestaande Nederlandse transfer pricing praktijk en in die zin niet doeltreffend is – trek ik hiermee derhalve eveneens door naar Europees verband.

5.2.1.3 Overige aspecten

Tot slot behandel ik twee aspecten die – ondanks al het bovenstaande – een drukkend effect hebben op de doeltreffendheid van de CFC-wetgeving, namelijk:

1. Het feit dat lidstaten enige (keuze)vrijheid hebben inzake de vormgeving van de CFC-wetgeving bij haar implementatie in hun nationale wetgeving, en;
2. De mogelijkheid voor een tussentijdse dividenduitkering.

5.2.1.3.1 Keuze(vrijheid) inzake de vormgeving van nationale CFC-wetgeving

Aangezien de ATAD een minimumrichtlijn betreft, hebben lidstaten – naast de bovenstaande expliciete keuze tussen de inkomstenbenadering en de transactiebenadering – enige keuzevrijheid ten aanzien van de definiëring van een CFC. Men denke aan het minimum controlevereiste³¹⁸ en het maximum belastingtarief³¹⁹ van toepassing op de CFC. Ondanks dat middels de ATAD een enigszins geharmoniseerd geheel van CFC-wetgeving geïntroduceerd wordt in Europa,³²⁰ ontstaan door dergelijke keuzevrijheden gradaties van lidstaten met hetzij streng hetzij minder streng geïmplementeerde versies van CFC-wetgeving.

Het is immers een gegeven dat landen concurreren om de vestiging van internationaal opererende bedrijven en dat fiscaliteit daarbij een rol speelt.³²¹ Hierdoor kan het voor individuele lidstaten aantrekkelijk zijn om mee te doen aan deze concurrentie om mobiele ondernemingen aan zich te binden.³²² Lidstaten hebben bij de vormgeving van hun CFC-wetgeving aldus de afweging tussen enerzijds een hoger niveau van doeltreffendheid en anderzijds hun internationale concurrentiepositie die inherent is aan deze vormgeving.³²³

Ik geef het volgende voorbeeld: een (mobiele) moedervernootschap – gevestigd in lidstaat A – heeft een controle van 45% in haar laagbelaste dochtervernootschap – gevestigd in jurisdictie B – waar zij effectief 5,5% belasting betaald over haar winst. Het wetsvoorstel in lidstaat A pleit voor CFC-wetgeving met een minimum controlevereiste van 40% en een maximum belastingtarief van 60% van het effectieve belastingtarief waaraan de laagbelaste

³¹⁸ Zie sub-paragraaf 2.4.1, p. 29 + 30.

³¹⁹ Zie sub-paragraaf 2.4.2, p. 30.

³²⁰ Zie paragraaf 2.4, p. 29.

³²¹ *Kamerstukken I* 2017/18, 34 785, F, p. 24.

³²² *Kamerstukken I* 2017/18, 34 785, F, p. 24.

³²³ Zie paragraaf 2.3, p. 27.

dochtervennootschap onderworpen zou zijn indien zij in lidstaat A was gevestigd. Dit effectieve belastingtarief is bovendien 10% in lidstaat A. Gevolg hiervan is dat de laagbelaste dochtervennootschap – op basis van de te implementeren (‘strengere’ versie van) CFC-wetgeving in lidstaat A – als CFC kwalificeert met alle gevolgen van dien; zowel aan het minimum controlevereiste ($45\% > 40\%$) als aan het maximum belastingtarief ($5,5\% < 6\%$ ³²⁴) wordt immers voldaan.

Het wetsvoorstel in lidstaat B pleit – in tegenstelling tot dat van lidstaat A – voor CFC-wetgeving met een minimum controlevereiste van 50% en een maximum belastingtarief van 50% van het effectieve belastingtarief waaraan de laagbelaste dochtervennootschap onderworpen zou zijn indien zij in lidstaat B was gevestigd. Dit effectieve belastingtarief is bovendien – overeenkomstig met lidstaat A – 10% in lidstaat B. Gevolg hiervan is dat de laagbelaste dochtervennootschap – op basis van de te implementeren (‘minder strenge’ versie van) CFC-wetgeving in lidstaat B – *niet* als CFC kwalificeert; zowel aan het minimum controlevereiste ($45\% < 50\%$) als aan het maximum belastingtarief ($5,5\% > 5\%$ ³²⁵) wordt immers *niet* voldaan.

Mijn vermoeden is dat dergelijke (mobiele) moedervernootschappen in Europa zich zullen verplaatsen naar lidstaten – zoals lidstaat B – die bij de implementatie van de CFC-wetgeving niet strenger zijn dan hetgeen de ATAD voorschrijft. Deze tendens – in combinatie met het feit dat lidstaten onderling concurreren om de vestiging van multinationals – plaatst hierdoor mijns inziens een soort ‘glazen plafond’ op de doeltreffendheid van de CFC-wetgeving uit de ATAD in de praktijk.

5.2.1.3.2 Tussentijdse dividenduitkering

Zowel de inkomstenbenadering als de transactiebenadering uit de CFC-wetgeving zien op het *niet-uitgekeerde* besmette inkomen van de CFC.³²⁶ Indien de moedervernootschap – die de controle heeft over de CFC – beslist om – voor het eind van het boekjaar – dit inkomen aan zichzelf uit te keren dan is de CFC-wetgeving hierop derhalve niet van toepassing. Middels een dergelijke tussentijdse dividenduitkering kan de CFC-wetgeving uit de ATAD derhalve in zekere zin worden omzeild. Vanuit het oogpunt van doeltreffendheid is dat geen probleem mits

³²⁴ $60\% * 10\%$.

³²⁵ $50\% * 10\%$.

³²⁶ Zie sub-paragraaf 2.4.3.1 en 2.4.3.2, p. 31 – 33.

uiteraard in de jurisdictie van de moeder vennootschap winstbelasting wordt geheven over deze tussentijdse dividenduitkering.

Feit is echter dat sommige lidstaten een regeling kennen – zoals de Nederlandse deelnemingsvrijstelling – die onder voorwaarde zulkdanige tussentijdse dividenduitkeringen vrijstelt van winstbelasting. Een dergelijke voorwaarde in de Nederlandse deelnemingsvrijstelling is dat de deelneming in de CFC geen niet-kwalificerende beleggingsdeelneming betreft. Ten behoeve van het voorbeeld in Hoofdstuk 2 heb ik – gezien de overeenkomstige kenmerken van beide – de aanname gemaakt dat de aangaande deelneming in de CFC een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming betrof.³²⁷ Hoewel deze aanname niet irreëel is, geldt deze echter niet in alle situaties.

Bovendien wijst De Groot op een mogelijke variant waarbij een entiteit tussen de moeder vennootschap en de CFC wordt geplaatst in een jurisdictie met (1) een belastingstelsel waarmee de maximum drempel ten aanzien van het belastingtarief in de CFC-wetgeving te boven wordt gegaan, en (2) een regeling die ruimer is vormgegeven dan de Nederlandse deelnemingsvrijstelling.³²⁸ Indien de CFC vervolgens tussentijds dividend uitkeert aan de tussengeschoven entiteit dan wordt deze dividendontvangst zodoende niet belast in de jurisdictie van de tussengeschoven entiteit. Bovendien is het naar de letter van de wet voldoende als de CFC dit tussentijds dividend heeft uitgekeerd aan haar directe aandeelhouder (lees: de tussengeschoven entiteit) en niet per se aan de belastingplichtige (lees: de moeder vennootschap).³²⁹

In dergelijke gevallen wordt aldus – middels een tussentijdse dividenduitkering – de toepassing van de CFC-wetgeving omzeild zonder dat daar een winstbelastingheffing tegen over staat in een andere jurisdictie. Tussentijdse dividenduitkeringen – in combinatie met regelingen van lidstaten zoals de Nederlandse deelnemingsvrijstelling – hebben zodoende eveneens een drukkend effect op de doeltreffendheid van de CFC-wetgeving uit de ATAD.

5.3 Tussenconclusie

Empirisch onderzoek van Ruf & Weichenrieder, Egger & Wamser en Barry & Healy-Rea wijst uit dat de Duitse CFC-wetgeving zeer doeltreffend is in het voorkomen dat multinationale ondernemingen met behulp van CFC's de heffing van winstbelasting (kunnen) ontwijken in

³²⁷ Zie paragraaf 2.2, p. 21.

³²⁸ I. de Groot, 'CFC-implementatie in Nederland: smeren met factor 5', *TaxLive* 2018.

³²⁹ I. de Groot, 'CFC-implementatie in Nederland: smeren met factor 5', *TaxLive* 2018.

hun vestigingsstaat. Op basis van de hoge mate van vergelijkbaarheid tussen de Duitse CFC-wetgeving en de CFC-wetgeving uit de ATAD is mijn verwachting dat de CFC-wetgeving uit de ATAD – ondanks het beperkende Cadbury Schweppes-arrest – hierin eveneens zeer doeltreffend is. Wel hebben (1) de keuzevrijheid die de lidstaten hebben ten aanzien van de definiëring van een CFC, en (2) tussentijdse dividenduitkeringen hierop een drukkend effect.

Enkel artikel 7 en 8 ATAD bezien, is mijn verwachting dat CFC-wetgeving gebaseerd op de flexibele transactiebenadering doeltreffender is dan CFC-wetgeving gebaseerd op de mechanische inkomstenbenadering. In combinatie met de reeds bestaande transfer pricing praktijk van lidstaten bezien, verwacht ik echter dat de transactiebenadering van weinig toegevoegde waarde zal zijn in de praktijk en in die zin als weinig doeltreffend valt te bestempelen in het bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuiving. Het voorgaande om reden dat de transactiebenadering slechts ziet op situaties die niet at arm's length zijn en welke derhalve reeds binnen het bereik vallen van nationale transfer pricing wetgeving van lidstaten vergelijkbaar met artikel 8b Wet VpB 1969.

5.4 Doelmatigheid

Eveneens is van belang dat de eerder geformuleerde doelstelling op een zo gunstig mogelijke wijze wordt bereikt. Dit houdt in dat wetgeving niet tot ‘nodeloze inefficiëntie’ leidt en dat de lasten die een uitvoering van de wetgeving met zich meebrengt niet excessief zijn.³³⁰ Ook in het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3 is een beleidsoverweging opgenomen die aangeeft dat een balans gevonden dient te worden tussen enerzijds een hoge mate van doeltreffendheid en anderzijds het drukken van de bijkomende administratieve lasten en nalevingskosten³³¹ (lees: een hoge mate van doelmatigheid). Deze beleidsoverweging komt het meest duidelijk tot uiting in de manier waarop CFC-inkomen wordt gedefinieerd³³² waardoor ik mij in de volgende sub-paragraaf beperk tot een vergelijking van de (mate van) doelmatigheid tussen de transactiebenadering en de inkomstenbenadering. Vanwege het feit dat de CFC-wetgeving (nog) niet door lidstaten is geïmplementeerd in hun nationale wetgeving kan thans – net als bij het criterium van doeltreffendheid – niet haar daadwerkelijke doelmatigheid worden bepaald. Desalniettemin geef ik wel mijn onderbouwd vermoeden.

³³⁰ Zie paragraaf 1.3, p. 16.

³³¹ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 14, punt 10.

³³² Zie sub-paragraaf 5.2.1.2, p. 82.

5.4.1 Inkomstenbenadering versus transactiebenadering

In haar finale BEPS-rapport inzake actiepunten 3 schrijft de OESO dat een mechanische benadering – die inkomen definieert als CFC-inkomen puur op basis van haar formele kwalificatie – vanwege haar relatief eenvoudige toepasbaarheid naar verwachting een relatief laag niveau van administratieve lasten en nalevingskosten met zich meebrengt.³³³ Zoals ik reeds beredeneerd heb, doelt de OESO hiermee mijns inziens op CFC-wetgeving die gebaseerd is op de inkomstenbenadering uit de ATAD.³³⁴

Voorts schrijft de OESO dat een meer flexibele benadering naar verwachting een relatief hoog niveau van administratieve lasten en nalevingskosten met zich meebrengt. Flexibiliteit zorgt immers voor onzekerheid wat van invloed kan zijn op de kosten van zowel de toepassing als de naleving van een flexibele benadering.³³⁵ Zoals ik reeds beredeneerd heb, doelt de OESO hiermee mijns inziens op CFC-wetgeving die gebaseerd is op de transactiebenadering uit de ATAD.³³⁶ Met andere woorden: de OESO lijkt aan te geven dat zij verwacht dat CFC-wetgeving die gebaseerd is op de mechanische inkomstenbenadering in beginsel een hogere mate van doelmatigheid met zich meebrengt dan CFC-wetgeving die gebaseerd is op de flexibele transactiebenadering.

Naar mijn mening is dit een logisch uitgangspunt. Het bepalen of inkomen van een CFC behoort tot bepaalde categorieën van passief inkomen – zoals interest, dividend en royalty's – lijkt mij namelijk een eenvoudigere taak – en daarmee minder kostenintensief – dan het bepalen of de CFC wellicht geen eigenaar van bepaalde winst-genererende activa zou zijn dan wel niet (een deel van) de bijbehorende risico's zou nemen indien deze niet onder de zeggenschap (lees: controle) had gestaan van een vennootschap waarin de sleutelfuncties die relevant zijn voor de betreffende activa en risico's worden verricht. Hoewel de inkomstenbenadering een substance-uitzondering kent – waarvoor bepaald dient te worden of de CFC een wezenlijke economische activiteit verricht (en wat bovendien een lastigere aangelegenheid is dan het simpelweg beoordelen of inkomen onder bepaalde categorieën van passief inkomen valt) – weegt dit mijns inziens in niet op tegen de hoge complexiteit van de transactiebenadering.

Wat betreft de inkomstenbenadering zijn de (extra) gebudgetteerde administratieve lasten en nalevingskosten voor zowel de belastingdienst als het bedrijfsleven in Nederland in lijn met

³³³ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 14, punt 10.

³³⁴ Zie sub-paragraaf 5.2.1.2, p. 82.

³³⁵ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 14, punt 10.

³³⁶ Zie sub-paragraaf 5.2.1.2, p. 82.

bovenstaande verwachting. Zo worden de extra kosten voor de belastingdienst in de jaren 2020 en verder geschat op een bedrag van € 570.000 per jaar.³³⁷ Om dit in perspectief te plaatsen: die zelfde kosten worden jaarlijks bijna vier keer zo hoog geschat voor de eerdergenoemde renteaftrekbepanking van artikel 4 ATAD.³³⁸ Daarnaast is de verwachting dat de administratieve lasten en nalevingskosten die de inkomstenbenadering voor het bedrijfsleven met zich meebrengt ‘verwaarloosbaar’ zijn.³³⁹ Met andere woorden: de verwachting is dat de inkomstenbenadering in Nederland een relatief hoog niveau van doelmatigheid bereikt. Het lijkt mij bovendien redelijk om deze conclusie door te trekken naar Europees verband; de administratieve en nalevingsverplichtingen die de inkomstenbenadering met zich meebrengt zijn immers vergelijkbaar voor de belastingdienst en het bedrijfsleven van lidstaten.

De initiële verwachting ten aanzien van de extra opkomende administratieve lasten en nalevingskosten als gevolg van de flexibele transactiebenadering vergt mijns inziens echter aanpassing. Zoals ik reeds namelijk meermaals benoemd heb, is Nederland thans in bezit van een goed werkende transfer pricing praktijk. Bovendien heb ik aan het eind van sub-paragraaf 5.2.1.2 geconcludeerd dat CFC-wetgeving die gebaseerd is op de transactiebenadering van weinig toegevoegde waarde is in het effectief bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuiving. De transactiebenadering ziet naar zowel mijn mening als die van De Groot en Van de Streek namelijk niet op situaties die niet al binnen het bereik van de Nederlandse transfer pricing regels vallen. Dit is eveneens de reden waarom ik verwacht dat de extra administratieve lasten en nalevingskosten die opkomen als gevolg van de transactiebenadering relatief laag zullen zijn. Zowel voor de belastingdienst als voor het bedrijfsleven verandert als gevolg van een eventuele implementatie van CFC-wetgeving die gebaseerd is op de transactiebenadering immers weinig tot niets aan de regelgeving die zij reeds toepassen dan wel waaraan zij reeds onderhavig zijn; transacties tussen gelieerde partijen moeten nog steeds at arm’s length zijn en blijven. Daarom verwacht ik dat aan het niveau van de administratieve lasten en nalevingskosten die zij ondervinden eveneens weinig tot niets verandert en zelfs dat deze lasten en kosten lager zijn dan die het gevolg zijn van de inkomstenbenadering.³⁴⁰

Deze laatste verwachting sluit bovendien aan bij die van de groep ‘belangstellenden’ van welke – middels een internetconsultatie met betrekking tot het geconsulteerde conceptwetsvoorstel betreffende CFC-wetgeving – de algemene vraag is gesteld of zij een voorkeur hebben voor de

³³⁷ *Kamerstukken II 2018/19, 35 030, 3, p. 23.*

³³⁸ *Kamerstukken II 2018/19, 35 030, 3, p. 23*

³³⁹ *Kamerstukken II 2018/19, 35 030, 3, p. 23.*

³⁴⁰ Zie bovenstaande alinea.

inkomstenbenadering of voor de transactiebenadering.³⁴¹ Een overgrote meerderheid van deze groep belangstellenden gaf daarbij als belangrijke overweging aan: de grotere toename van administratieve lasten en compliance kosten in de praktijk als gevolg van de inkomstenbenadering ten opzichte van de transactiebenadering.³⁴²

Op basis van eenzelfde argumentatie als die met betrekking tot het criterium van doeltreffendheid – betreffende het feit dat alle lidstaten reeds nationale transfer pricing regels kennen³⁴³ – verwacht ik ten aanzien van het criterium van doelmatigheid eveneens dat de transactiebenadering in Europees opzicht een hoge doelmatigheid bereikt doordat zij voor weinig tot geen extra administratieve lasten en nalevingskosten zorgt voor zowel de belastingdienst als het bedrijfsleven in lidstaten. En hoewel ik ten aanzien van beide benaderingen verwacht dat zij in absolute zin een hoog niveau van doelmatigheid bereiken, verwacht ik in relatief opzicht dat dit niveau hoger ligt voor de transactiebenadering.

5.4.2 Overige aspecten

De OESO benoemt in haar finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3 een aantal punten die eveneens van belang zijn in het kader van doelmatigheid van de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD. Zo schrijft zij dat door middel van het invoeren van bepaalde drempels in de CFC-wetgeving de bijkomende administratieve lasten en nalevingskosten gereduceerd kunnen worden zonder dat dit ten koste gaat van haar doeltreffendheid.³⁴⁴ Sterker nog, volgens de OESO zorgen dergelijke drempels zelfs eveneens voor effectievere CFC-wetgeving doordat zij een toepassing van de CFC-wetgeving uitsluiten op entiteiten die weinig tot geen potentiële dreiging tot grondslaguitholling en winstverschuiving behelzen.³⁴⁵

De betreffende drempels die de OESO noemt in haar finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3 hebben betrekking op (1) een minimum niveau van de:

- **Winst:** Een de minimis-regeling als gevolg waarvan – op basis van CFC-wetgeving – winst van een dochtervennootschap tot de winstgrondslag van de moedervennootschap wordt geschaard indien deze minimaal een bepaalde omvang heeft.³⁴⁶ In de CFC-wetgeving uit de ATAD is gekozen voor twee optionele de minimis-regeling afhankelijk van welke benadering wordt gekozen. Indien gekozen wordt voor de

³⁴¹ *Kamerstukken II 2018/19, 35 030, 3, p. 19.*

³⁴² *Kamerstukken II 2018/19, 35 030, 3, p. 19.*

³⁴³ Zie sub-paragraaf 5.2.1.2, p. 85 + 86.

³⁴⁴ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 33, punt 50.

³⁴⁵ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 33, punt 50.

³⁴⁶ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 33, punt 53.

transactiebenadering heeft deze de minimis-regeling betrekking op het winstniveau van de CFC waar deze – indien wordt gekozen voor de inkomstenbenadering – betrekking heeft op de hoogte van haar besmette CFC-inkomen.³⁴⁷

- **Controle:** Een combinatie van wettelijke en een economische controle van minimaal 50% alvorens CFC-wetgeving van toepassing kan zijn op een buitenlandse dochtervennootschap.³⁴⁸ In de CFC-wetgeving uit de ATAD is sprake van ‘controle’ indien de moedervennootschap zelf, of tezamen met zijn gelieerde ondernemingen: een rechtstreekse of middellijke deelneming houdt van meer dan 50% van de stemrechten, rechte reeks of middellijk in het bezit is van meer dan 50% van het kapitaal of recht heeft op meer dan 50% van de winst van de potentiële CFC. In de ATAD is derhalve aangesloten bij de aanbevelingen van de OESO.³⁴⁹

Dan wel op (2) een maximum niveau van het:

- **Belastingtarief:** Een bepaald belastingtarief – bijvoorbeeld een fractie van het belastingtarief van de jurisdictie waar de moedervennootschap is gevestigd – waaraan een dochtervennootschap maximaal onderworpen kan zijn alvorens zij als CFC gekwalificeerd wordt.³⁵⁰ In de CFC-wetgeving uit de ATAD is gekozen voor een belastingtarief van 50% van de door de CFC-betaalde winstbelasting ingeval deze was gevestigd in de jurisdictie van de moedervennootschap.³⁵¹

Met andere woorden beveelt de OESO het (lid)staten aan om gebruik te maken van bovenstaande drempels aangezien zij zogezegd een win-winsituatie creëren ten aanzien van zowel de doeltreffendheid als doelmatigheid van CFC-wetgeving.

5.5 Tussenconclusie

De OESO verwacht dat CFC-wetgeving die gebaseerd is op de mechanische inkomstenbenadering in beginsel een hogere mate van doelmatigheid met zich meebrengt dan CFC-wetgeving die gebaseerd is op de flexibele transactiebenadering. Naar mijn mening is dit een logisch uitgangspunt.

Wat betreft de inkomstenbenadering komen de gebudgetteerde kosten voor zowel de belastingdienst als het bedrijfsleven overeen met bovenstaande verwachting dat de zij –

³⁴⁷ Zie sub-paragraaf 2.4.2, p. 30 + 31.

³⁴⁸ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 24, punt 35, en p. 25, punt 37.

³⁴⁹ Zie sub-paragraaf 2.4.1, p. 29 + 30.

³⁵⁰ OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, p. 37, punt 63.

³⁵¹ Zie sub-paragraaf 2.4.2, p. 30.

vanwege haar relatief eenvoudige toepasbaarheid – een relatief laag niveau van administratieve lasten en nalevingskosten (lees: een hoog niveau van doelmatigheid) met zich meebrengt.

Ten aanzien van de transactiebenadering verwacht ik – doordat zij mijns inziens niet ziet op situaties die niet al binnen het bereik van de nationale transfer pricing regels van lidstaten vallen – dat zij in de Europese praktijk eveneens een relatief hoge doelmatigheid bereikt. Dit in tegenstelling tot mijn initiële verwachting gebaseerd op het finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3. Bovendien verwacht ik dat zij hiermee – in relatief opzicht – een (nog) hoger niveau van doelmatigheid bereikt dan de inkomstenbenadering.

Tot slot schrijft de OESO dat door middel van het invoeren van bepaalde drempels ten aanzien van de winst, de controle en het belastingtarief in de CFC-wetgeving de bijkomende administratieve lasten en nalevingskosten gereduceerd kunnen worden zonder dat dit ten koste gaat van haar doeltreffendheid.

5.6 Deelconclusie

In het eerste deel van dit hoofdstuk heb ik de CFC-wetgeving getoetst op doeltreffendheid. Ik heb op basis van empirisch onderzoek van Ruf & Weichenrieder, Egger & Wamser en Barry & Healy-Rea geconcludeerd dat de Duitse CFC-wetgeving zeer doeltreffend is in het voorkomen dat multinationale ondernemingen met behulp van CFC's de heffing van winstbelasting (kunnen) ontwijken in hun vestigingsstaat. Op basis van de hoge mate van vergelijkbaarheid tussen de Duitse CFC-wetgeving en de CFC-wetgeving uit de ATAD is mijn verwachting dat de CFC-wetgeving uit de ATAD – ondanks het beperkende Cadbury Schweppes-arrest – in haar algemeenheid eveneens zeer doeltreffend is. Wel Wel hebben (1) de keuzevrijheid die de lidstaten hebben ten aanzien van de definiëring van een CFC, en (2) tussentijdse dividenduitkeringen hierop een drukkend effect.

Voorts heb ik – enkel artikel 7 en 8 ATAD bezien – geconcludeerd dat CFC-wetgeving gebaseerd op de flexibele transactiebenadering doeltreffender is dan CFC-wetgeving gebaseerd op de mechanische inkomstenbenadering. In combinatie met de reeds bestaande transfer pricing wetgeving van lidstaten bezien, verwacht ik echter dat in de praktijk de transactiebenadering van weinig toegevoegde waarde zal zijn en in die zin als weinig doeltreffend valt te bestempelen in het bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuiving. Het voorgaande omdat de transactiebenadering slechts ziet op situaties die niet at arm's length zijn welke immers reeds binnen het bereik van de nationale transfer pricing wetgeving van lidstaten vergelijkbaar met artikel 8b Wet VpB 1969 vallen.

Op basis van zowel de gebudgetteerde administratieve lasten en uitvoeringskosten ten aanzien van de inkomstenbenadering als op basis van mijn mening dat de transactiebenadering slechts ziet op situaties die reeds onder de transfer pricing regels van lidstaten vallen, verwacht ik in de praktijk dat beide benaderingen in absolute zin een hoog niveau van doelmatigheid bereiken. Daarbij verwacht ik in relatief opzicht dat dit niveau hoger ligt voor de transactiebenadering.

Tot slot bestaat door middel van het invoeren van bepaalde drempels ten aanzien van de winst, de controle en het belastingtarief in de CFC-wetgeving de mogelijkheid tot het reduceren van de bijkomende administratieve lasten en nalevingskosten zonder dat dit ten koste gaat van haar doeltreffendheid.

Hoofdstuk 6: Nederlandse implementatie

6.1 Inleiding

Nederland is als lidstaat verplicht om vóór 1 januari 2019 de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD in haar nationale wetgeving te implementeren.³⁵² Afgelopen Prinsjesdag is in dit kader zodoende het wetsvoorstel ‘Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking’³⁵³ aangeboden aan de Tweede Kamer³⁵⁴ waarvan ik in paragraaf 6.2 de – voor dit onderzoek relevante – inhoud bespreek. Paragraaf 6.3 analyseert deze inhoud in het licht van hetgeen ik in de voorgaande hoofdstukken heb geconcludeerd ten aanzien van de criteria van respectievelijk rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Op basis van deze analyse geef ik in paragraaf 6.4 mijn inhoudelijke aanbevelingen. Paragraaf 6.5 sluit dit hoofdstuk af met een deelconclusie.

6.2 Implementatie van CFC-wetgeving door Nederland

Op 20 juni 2016 is de ATAD aangenomen in Europa welke grotendeels is gebaseerd op de voorgestelde maatregelen in het BEPS actieplan.³⁵⁵ De ATAD heeft – in tegenstelling tot het BEPS-actieplan – echter een dwingend karakter in de zin dat een correcte implementatie van de artikelen in de nationale wetgeving een verplichting vormt voor de lidstaten ergo voor Nederland. Wat betreft de implementatie van de CFC-wetgeving uit de ATAD is de deadline 1 januari 2019.³⁵⁶ Lidstaten hebben hierbij echter enige keuzevrijheid; lidstaten zijn namelijk autonoom in de vormgeving van hun belastingstelsel en daarbij betreft het zogenoemde minimumnormen in de ATAD waardoor het aan lidstaten vrij staat om strengere eisen te stellen in hun nationale wetgeving. Bovendien wordt in artikel 7 en 8 ATAD expliciet een keuze gegeven aan lidstaten voor de implementatie van CFC-wetgeving gebaseerd op de inkomstenbenadering dan wel de transactiebenadering.

Op 18 september 2018 (Prinsjesdag) is door Menno Snel (de staatssecretaris van Financiën) het wetsvoorstel voor de ‘Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking’³⁵⁷ aangeboden aan de Tweede Kamer.³⁵⁸ Dit wetsvoorstel bevat de wijze waarop Nederland van plan is om – onder andere – de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD in haar nationale wetgeving te implementeren. Aan de hand van dezelfde zes segmenten als welke ik reeds heb

³⁵² Art. 11, eerste lid, ATAD.

³⁵³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 2.

³⁵⁴ M(F), *wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking ATAD1*, september 2018.

³⁵⁵ Zie sub-paragraaf 1.1, p. 10.

³⁵⁶ Zie paragraaf 6.1, p. 96.

³⁵⁷ Zie paragraaf 6.1, p. 96.

³⁵⁸ Zie paragraaf 6.1, p. 96.

gehanteerd bij de bespreking van de CFC-wetgeving uit de ATAD,³⁵⁹ bespreek ik in onderstaande sub-paragraaf beknopt de (voor de CFC-wetgeving) relevante onderdelen uit dit wetsvoorstel.

6.2.1 ‘Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking’

Bij de implementatie van de CFC-wetgeving in haar nationale wetgeving wil Nederland verder gaan dan het minimumniveau zoals waartoe de ATAD haar verplicht.³⁶⁰ Met het reeds besproken at arm’s length-beginsel – dat middels artikel 8b Wet VpB 1969 in de Nederlandse wet is verankerd – voldoet Nederland volgens het kabinet namelijk feitelijk al aan de transactiebenadering uit de ATAD.³⁶¹ Desalniettemin is het wetsvoorstel om – naast de bestaande toepassing van het at arm’s length-beginsel – aanvullende CFC-wetgeving te introduceren op basis van de inkomstenbenadering³⁶² welke bovendien als volgt is vormgegeven.

6.2.1.1 Definitie van een CFC

In het wetsvoorstel staat beschreven dat de Nederlandse CFC-wetgeving van toepassing is op zowel lichamen als op VI’s.³⁶³ Bovendien moet de moedervenootschap – al dan niet tezamen met een aan haar gelieerd lichaam of gelieerde natuurlijk persoon – in het bezit zijn van een belang (1) van meer dan 50% in het nominaal gestorte kapitaal, (2) dat meer dan 50% van de statutaire stemrechten vertegenwoordigt, of (3) dat recht geeft op meer dan 50% van de winst.³⁶⁴ Hiermee wordt in het wetsvoorstel aangesloten bij de CFC-wetgeving uit de ATAD.³⁶⁵

6.2.1.2 Drempelvereisten

Voorgesteld wordt om de Nederlandse CFC-wetgeving slechts toe te passen ingeval de CFC is gevestigd in hetzij een jurisdictie zonder winstbelasting hetzij een jurisdictie met een statutair³⁶⁶ (winstbelasting)tarief van minder dan 9% óf ingeval de CFC is gevestigd in een jurisdictie die is opgenomen in de zogenoemde EU-lijst van niet-coöperatieve jurisdicties.³⁶⁷ Hiermee wijkt het wetsvoorstel af van de CFC-wetgeving uit de ATAD; zij is namelijk van toepassing indien

³⁵⁹ Zie paragraaf 2.4.

³⁶⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 3.

³⁶¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 3.

³⁶² *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 4.

³⁶³ Art. 13ab, eerste lid, en art. 15e, tiende lid, wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking ATAD 1.

³⁶⁴ Art. 13ab, derde lid, onderdelen a, b en c, wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking ATAD 1.

³⁶⁵ Zie de overeenkomst met sub-paragraaf 2.4.1, p. 29 + 30.

³⁶⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 4.

³⁶⁷ Zie art. 13ab, derde lid, onderdelen d en e, wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking ATAD 1.

de daadwerkelijk door de CFC betaalde belasting lager is dan 50% van de door de CFC-betaalde winstbelasting ingeval deze was gevestigd in de jurisdictie van de moedervernootschap.³⁶⁸ Bovendien wordt in de ATAD uitgegaan van een effectief belastingtarief in plaats van een statutair belastingtarief.³⁶⁹ Ondanks het feit dat Nederland haar Nederlandse CFC-wetgeving hiermee minder streng vormgeeft – en zodoende strikt gezien niet aan de minimumeisen uit de ATAD voldoet – vormt deze discrepantie geen probleem. Volgens het kabinet voldoet Nederland met artikel 8b Wet VpB 1969 immers al aan de ATAD-verplichting en heeft deze Nederlandse CFC-wetgeving aldus een aanvullend karakter.

Daarnaast is het voorstel om de Nederlandse CFC-wetgeving niet toe te passen indien (1) de door de CFC genoten voordelen doorgaans hoofdzakelijk (lees: voor meer dan 70%³⁷⁰) bestaan uit andere voordelen dan besmette voordelen, of (2) de CFC een financiële onderneming is en de door haar genoten besmette voordelen hoofdzakelijk afkomstig zijn van andere dan de moedervernootschap of een aan haar gelieerd lichaam dan wel gelieerde natuurlijk persoon.³⁷¹ Hiermee wordt in het wetsvoorstel aangesloten bij de CFC-wetgeving uit de ATAD.³⁷²

6.2.1.3 Definitie van CFC-inkomen

Wat betreft de definiëring van het CFC-inkomen wordt in het wetsvoorstel zodoende aangesloten bij de limitatieve lijst van categorieën passief inkomen – zoals interest, royalty's en dividenden³⁷³ – van de inkomstenbenadering uit de ATAD.³⁷⁴ Deze besmette voordelen worden vervolgens aan de belastinggrondslag van de moedervernootschap toegevoegd met een uitzondering voor situaties waarin de CFC een wezenlijke economische activiteit uitoefent.³⁷⁵ Vervolgens worden bij ministeriële regeling regels gesteld voor de bepaling van hetgeen onder een 'wezenlijke economische activiteit' wordt verstaan.³⁷⁶ De staatssecretaris van Financiën heeft reeds aangegeven dat wordt aangesloten bij de substance-eisen – zoals het loonkosten- en eigen kantoorcriterium³⁷⁷ – die sinds 1 april 2018 gelden voor de dividendbelasting.³⁷⁸

³⁶⁸ Zie sub-paragraaf 2.4.2, p. 30.

³⁶⁹ Zie sub-paragraaf 2.4.2, p. 30.

³⁷⁰ B.F.A. van Huijgevoort, 'Begrippenlijstje', *NTFR* 2010/2553.

³⁷¹ Art. 13ab, vierde lid, onderdelen a en b, wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking ATAD 1.

³⁷² Zie de overeenkomst met sub-paragraaf 2.4.3.1, p. 32.

³⁷³ Zie sub-paragraaf 2.4.3.1, p. 31.

³⁷⁴ Art. 13ab, eerste lid, wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking ATAD 1.

³⁷⁵ Art. 13ab, vijfde lid, wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking ATAD 1.

³⁷⁶ Art. 13ab, elfde lid, wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking ATAD 1.

³⁷⁷ Zie het Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 28 december 2017, *Stcrt.* 2017, 72735, p. 4 + 5.

³⁷⁸ *Kamerstukken I* 2017/18, 34 785, F, p. 8.

6.2.1.4 Berekenen van CFC-inkomen

Op basis van het wetsvoorstel wordt de omvang van de besmette voordelen naar Nederlandse maatstaven berekend.³⁷⁹ Bovendien worden deze besmette voordelen verminderd met de met die voordelen verband houdende kosten³⁸⁰ en kan negatief CFC-inkomen – dat niet in aanmerking wordt genomen³⁸¹ – worden verrekend met de (positieve) besmette voordelen van de CFC in de zes daaropvolgende jaren.³⁸² Hiermee wordt in het wetsvoorstel aangesloten bij de CFC-wetgeving uit de ATAD.³⁸³

6.2.1.5 Toewijzen van CFC-inkomen

De besmette voordelen worden aan de belastinggrondslag van de moeder vennootschap toegewezen zowel naar tijdsgelang als naar rato van het belang dat de moeder vennootschap heeft in de CFC.³⁸⁴ Hiermee wordt in het wetsvoorstel aangesloten bij de CFC-wetgeving uit de ATAD.³⁸⁵

6.2.1.6 Voorkomen van de dubbele belastingheffing

Tot slot wordt de verschuldigde vennootschapsbelasting over de toegewezen besmette voordelen verminderd ter verrekening van de reeds op die voordelen drukkende winstbelasting.³⁸⁶ Bovendien wordt een (deelnemings)vrijstelling verleend indien deze besmette voordelen nadien daadwerkelijk worden uitgekeerd door de CFC aan de moeder vennootschap.³⁸⁷ Hiermee wordt in het wetsvoorstel aangesloten bij de CFC-wetgeving uit de ATAD.³⁸⁸

6.3 Analyse

In de nota Zicht op Wetgeving is een beleidsplan opgenomen met daarin een aantal kwaliteitseisen (lees: criteria) waaraan ‘goede’ wetgeving in Nederland behoort te voldoen.³⁸⁹ Gevolglijk dient wetgeving getoetst te worden op twee niveaus: ten eerste moet worden getoetst of het metterdaad noodzakelijk is dat (nieuwe) wetgeving wordt geïmplementeerd in de Nederlandse nationale wetgeving en ten tweede moet – aan de hand van een toetsing aan deze

³⁷⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 5.

³⁸⁰ Art. 13ab, eerste lid, wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking ATAD 1.

³⁸¹ Art. 13ab, tweede lid, wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking ATAD 1.

³⁸² Art. 13ab, zevende lid, wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking ATAD 1.

³⁸³ Zie de overeenkomst met sub-paragraaf 2.4.4, p. 33.

³⁸⁴ Art. 13ab, tweede lid, wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking ATAD 1.

³⁸⁵ Zie de overeenkomst met sub-paragraaf 2.4.5, p. 33.

³⁸⁶ Art. 13ab, zesde lid, jo. art. 23e wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking ATAD 1.

³⁸⁷ Art. 13, negentiende lid, wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking ATAD 1.

³⁸⁸ Zie de overeenkomst met sub-paragraaf 2.4.6, p. 33 + 34.

³⁸⁹ Zie paragraaf 1.1, p. 11.

kwaliteitseisen – de inhoud van deze potentieel nieuwe wetgeving worden bepaald.³⁹⁰ In de voorgaande hoofdstukken heb ik zodoende exact datgene gedaan: om te beginnen heb ik in Hoofdstuk 3 getoetst of het metterdaad noodzakelijk is dat de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD in de Nederlandse nationale wetgeving wordt geïmplementeerd. Vervolgens heb ik deze CFC-wetgeving in Hoofdstuk 4 & 5 getoetst aan de criteria van rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid op basis waarvan ik in deze paragraaf inga op de relevante inhoudelijke aspecten van het in de vorige sub-paragraaf besproken wetsvoorstel aangaande de Nederlandse implementatie van de CFC-wetgeving uit de ATAD.

6.3.1 Rechtmatigheid

6.3.1.1 EU-recht

Zoals blijkt uit sub-paragraaf 6.1.2.3 wordt in het wetsvoorstel voorgesteld om – in de (aanvullende) Nederlandse CFC-wetgeving – het CFC-inkomen te definiëren door middel van de inkomstenbenadering.

Recapitulerend acht ik de inkomstenbenadering echter in strijd met het EU-recht, omdat de uitzondering op de toepassing van CFC-wetgeving strikter is vormgegeven in de ATAD dan wat mijns inziens is toegestaan door het HvJ in het Cadbury Schweppes-arrest. De betreffende uitzondering geldt in het Cadbury Schweppes-arrest immers voor situaties met daarin een ‘*daadwerkelijke* economische activiteit’, waar de uitzondering in de ATAD een – in mijn ogen – zwaardere ‘*wezenlijke* economische activiteit’ eist.³⁹¹

Gezien het feit dat deze uitzondering van een ‘*wezenlijke* economische activiteit’ uit de ATAD exact is overgenomen in het wetsvoorstel en dat de staatssecretaris van Financiën bovendien heeft aangegeven dat hiervoor wordt aangesloten bij de substance-eisen die per 1 april 2018 gelden voor de dividendbelasting, ben ik van mening dat het wetsvoorstel op dit onderdeel niet volledig rechtmatig is. Puur vanuit het oogpunt van rechtmatigheid bezien, beveel ik de huidige vormgeving van het wetsvoorstel op dit onderdeel derhalve niet aan.

Niettemin beveel ik het Nederland in dit kader aan om hetzij zich te beperken tot de transactiebenadering hetzij de inkomstenbenadering in lijn te brengen met het EU-recht. Deze laatste optie kan mijns inziens bovendien tamelijk eenvoudig worden bereikt door – in de uitzondering op de Nederlandse CFC-wetgeving – de term ‘wezenlijk’ te vervangen door ‘daadwerkelijk’ en de bijhorende substance-eisen los te laten.

³⁹⁰ Zie paragraaf 1.1, p. 11.

³⁹¹ Zie sub-paragraaf 4.3.1, p. 64 – 66.

6.3.1.2 Verdragenrecht

In het wetsvoorstel wordt voorgesteld om – in de (aanvullende) Nederlandse CFC-wetgeving – het CFC-inkomen te definiëren door middel van de inkomstenbenadering.

In het kader van rechtmatigheid van de CFC-wetgeving binnen het verdragenrecht heb ik a priori geen voorkeur voor één van de twee benaderingen; beide zijn naar mijn mening immers in strijd met het verdragenrecht.

Daarenboven laat deze door mij geconstateerde strijdigheid zich niet eenvoudig oplossen. De strijdigheid zit hem immers in het feit dat het besmette inkomen – op basis van CFC-wetgeving – in de belastinggrondslag van de moedervernootschap wordt opgenomen. Als gevolg hiervan wordt aldus belasting geheven over de (niet-uitgekeerde) winst van de CFC in een andere jurisdictie hetgeen mijns inziens verboden is op basis van artikel 7 en 10 OESO-modelverdrag.³⁹² Het feit dat besmet (CFC-)inkomen in de belastinggrondslag van de moedervernootschap wordt opgenomen, vormt echter het wezenskenmerk van de (Nederlandse) CFC-wetgeving waardoor deze strijdigheid zich derhalve niet laat oplossen door een (kleine) aanpassing in een (van de twee) benadering(en).

Daarom lijkt het mij de beste optie om – in plaats van te zoeken naar een aanpassing in het wetsvoorstel – de andere kant van de medaille – namelijk het Nederlandse verdragennetwerk – in ogenschouw te nemen. Met andere woorden: om wrijving met de Nederlandse CFC-wetgeving te voorkomen, lijkt het mij raadzaam om een aanpassing te doen in het standaard Nederlandse fiscale verdragsbeleid waarvoor het OESO-modelverdrag het uitgangspunt vormt.³⁹³

Müller vraagt zich in dit kader af waarom het (commentaar bij het) OESO-modelverdrag niet simpelweg zegt waar het op staat, namelijk dat – hoewel CFC-wetgeving inderdaad inbreuk maakt op artikel 7, eerste lid, en artikel 10, vijfde lid, OESO-modelverdrag – deze inbreuk gerechtvaardigd is doordat CFC-wetgeving een antiontgaansbepaling betreft en de artikelen uit het OESO-modelverdrag bovendien niet bedoeld zijn om passief inkomen te alle tijde tegen belastingheffing te beschermen.³⁹⁴ Ter ondersteuning schrijft hij dat een dergelijke aanpassing

³⁹² Zie paragraaf 4.6, p. 71 – 75.

³⁹³ Zie paragraaf 1.5, p. 18.

³⁹⁴ J. Müller, 'Is it not Time to Correct the OECD MC Commentary on CFC's?', *Kluwer International Tax Blog* 2015.

in het voormalige politieke klimaat wellicht ondenkbaar was, maar dat dit in de hedendaagse BEPS-wereld zeker niet meer het geval is.³⁹⁵

Mede de bovenstaande overweging van Müller bezien, beveel ik aan dat Nederland in haar verdragen een bepaling opneemt in de trant van het volgende: *‘Hoewel de Nederlandse CFC-wetgeving inbreuk maakt op artikel 7, eerste lid, en artikel 10, vijfde lid, van dit belastingverdrag, is deze inbreuk gerechtvaardigd door het overkoepelende doel om grondslaguitholling en winstverschuiving effectief te bestrijden’*.

Ik realiseer mij dat Nederland niet eenzijdig haar belastingverdragen kan wijzigen³⁹⁶ waardoor deze aanbeveling slechts van toepassing is op nieuwe dan wel heronderhandelde belastingverdragen. Voor de heronderhandeling van haar reeds bestaande belastingverdragen kan Nederland wellicht aangrijpen bij de volgende overweging die landen – waaronder Nederland³⁹⁷ – die het *Multilateraal Instrument* (“MLI”)³⁹⁸ ondertekend hebben, verplicht moeten opnemen in hun bestaande belastingverdragen: *“The purpose of this Tax Agreement is intending to eliminate double taxation with respect to the taxes covered by this agreement without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance”*. Dit (nieuwe) generieke doel zou Nederland dan kunnen specificeren ten aanzien van de Nederlandse CFC-wetgeving op de manier die ik reeds heb beschreven. Hoewel niet ideaal lijkt deze aanbeveling mij thans – gegeven het spectrum van realistische mogelijkheden – het hoogst haalbare.

6.3.2 Doeltreffendheid

Aan de hand van empirisch onderzoek heb ik reeds geconcludeerd dat CFC-wetgeving in haar algemeenheid als zeer doeltreffend valt te bestempelen in het bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuiving hetgeen het streven is.³⁹⁹ Wel hebben (1) de keuzevrijheid die de lidstaten

³⁹⁵ J. Müller, ‘Is it not Time to Correct the OECD MC Commentary on CFC’s?’, *Kluwer International Tax Blog* 2015.

³⁹⁶ Nederland is op basis van artikel 26 en 31, eerste lid, van het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht immers verplicht de uitkomst van haar bilaterale (verdrags)onderhandelingen te honoreren, zie paragraaf 4.6, p. 72.

³⁹⁷ OESO (2018), *Signatories and parties to the Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent Base Erosion and Profit Shifting*.

³⁹⁸ Het MLI is bedoeld om – op een gesynchroniseerde en effectieve wijze – de BEPS-maatregelen in reeds bestaande bilaterale belastingverdragen te implementeren zonder de verplichting om hiervoor ieder individueel belastingverdrag te moeten heronderhandelen, zie: OESO (2015), *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, p. 24, punt 30.

³⁹⁹ Zie paragraaf 5.2.1, p. 79 – 88.

hebben ten aanzien van de definiëring van een CFC, en (2) tussentijdse dividenduitkeringen hierop een drukkend effect.

Puur de CFC-wetgeving uit de ATAD bezien, beveel ik in eerste instantie aan om de Nederlandse CFC-wetgeving te baseren op de transactiebenadering. De transactiebenadering is – relatief ten opzichte van de inkomstenbenadering – immers flexibel vormgegeven en is meer flexibel vormgegeven CFC-wetgeving in beginsel effectiever in het bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuiving dan meer mechanisch vormgegeven CFC-wetgeving.⁴⁰⁰

Indien ik ook het reeds bestaande Nederlandse fiscale raamwerk in ogenschouw neem dan wijzigt mijn aanbeveling echter. Nederland is namelijk reeds in het bezit van een goed functionerende transfer pricing praktijk. Bovendien heb ik in sub-paragraaf 5.2.1.2 beargumenteerd dat de transactiebenadering enkel ziet op situaties die reeds worden aangepakt door deze Nederlandse transfer pricing praktijk en zodoende van weinig tot geen toegevoegde waarde is.

Gegeven het streven van de Nederlandse CFC-wetgeving – zijnde het doeltreffend bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuiving – in combinatie met het feit dat de transactiebenadering in Nederland daarin van weinig tot geen toegevoegde waarde is, doet mij in dit kader van doeltreffendheid zodoende pleiten voor Nederlandse CFC-wetgeving die gebaseerd is op de inkomstenbenadering in plaats van de transactiebenadering.

6.3.3 Doelmatigheid

Dit bovenstaande streven van de Nederlandse CFC-wetgeving dient bovendien op een zo gunstig mogelijke wijze te worden bereikt. Dit houdt in dat wetgeving niet tot ‘nodeloze inefficiëntie’ leidt en dat de lasten die een uitvoering van de wetgeving met zich meebrengt niet excessief zijn.⁴⁰¹

Puur de CFC-wetgeving uit de ATAD bezien, beveel ik in eerste instantie dan ook aan om de Nederlandse CFC-wetgeving te baseren op de inkomstenbenadering. De inkomstenbenadering is – relatief ten opzichte van de transactiebenadering – immers mechanisch vormgegeven en is meer mechanisch vormgegeven CFC-wetgeving in beginsel efficiënter in het bestrijden van

⁴⁰⁰ Zie paragraaf 5.2.1.2, p. 82.

⁴⁰¹ Zie paragraaf 5.4, p. 89.

grondslaguitholling en winstverschuiving dan de meer flexibel vormgegeven transactiebenadering.⁴⁰²

Indien ik ook het reeds bestaande Nederlandse fiscale raamwerk in ogenschouw neem dan wijzigt mijn aanbeveling echter. Nederland is namelijk reeds in het bezit van een goed functionerende transfer pricing praktijk. Gegeven mijn vermoeden dat de transactiebenadering hier weinig tot geen waarde aan toevoegt, verwacht ik eveneens weinig tot geen extra opkomende administratieve lasten en nalevingskosten als gevolg van de transactiebenadering. Voor zowel de belastingdienst als het bedrijfsleven verandert immers weinig aan de regelgeving die zij reeds toepassen dan wel waaraan zij reeds onderhavig zijn; transacties tussen gelieerde partijen moeten nog steeds at arm's length zijn en blijven.⁴⁰³

Hoewel ik zodoende verwacht dat zowel de transactiebenadering als de inkomstenbenadering in absolute zin geen significante extra administratieve lasten en nalevingskosten met zich meebrengen,⁴⁰⁴ verwacht ik – bovenstaande alinea in ogenschouw nemende – daarentegen wel dat in relatieve zin de transactiebenadering meer doelmatig is. Puur binnen dit kader van doelmatigheid beveel ik dan ook aan dat Nederland haar CFC-wetgeving baseert op de transactiebenadering uit de ATAD.

Tot slot vind ik het een juiste keuze dat in het wetsvoorstel gebruik wordt gemaakt van (1) De in sub-paragraaf 5.4.2 besproken drempels, en (2) een EU-lijst van niet-coöperatieve jurisdicties. Deze drempels reduceren immers de bijkomende administratieve lasten en nalevingskosten waar zij – althans volgens de OESO – tegelijkertijd de effectiviteit van de Nederlandse CFC-wetgeving verhogen.⁴⁰⁵ Bovendien verhoogt het gebruik van (een statutair belastingtarief in combinatie met) deze EU-lijst van niet-coöperatieve jurisdicties de doelmatigheid van de Nederlandse CFC-wetgeving; op deze manier wordt immers voorkomen dat per belastingplichtige moet worden beoordeeld of aan de drempel van het belastingtarief wordt voldaan in de staat waarin zij is gevestigd.⁴⁰⁶

6.4 Aanbevelingen

In Hoofdstuk 3 heb ik geconcludeerd dat de implementatie van nieuwe CFC-wetgeving in de nationale wetgeving een noodzakelijkheid vormt voor Nederland. Voorts heb ik aan het eind

⁴⁰² Zie sub-paragraaf 5.4.1, p. 90.

⁴⁰³ Zie sub-paragraaf 5.4.1, p. 91.

⁴⁰⁴ Zie sub-paragraaf 5.4.1, p. 91.

⁴⁰⁵ Zie sub-paragraaf 5.4.2, p. 92.

⁴⁰⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 33 + 34.

van het hoofdstuk benadrukt dat voorgaande conclusie gebaseerd is op een vergelijking met de reeds bestaande CFC-wetgeving in Nederland (en dus niet op een vergelijking met andere regelgeving zoals die aangaande transfer pricing).⁴⁰⁷

Het kabinet geeft echter aan dat – middels het at arm's length-beginsel dat in de Nederlandse wet is verankerd door artikel 8b Wet VpB 1969 – Nederland strikt genomen reeds aan de richtlijnverplichting voldoet.⁴⁰⁸ Met andere woorden: eveneens de transfer pricing regels in aanmerking nemende, vormt de implementatie van nieuwe CFC-wetgeving in haar nationale wetgeving in die zin niet langer een verplichting (lees: noodzakelijkheid) voor Nederland.

Desalniettemin geeft het kabinet aan om bij de implementatie van de CFC-wetgeving uit de ATAD 'verder te gaan dan noodzakelijk'.⁴⁰⁹ Gezien deze wens van het kabinet – in combinatie met het feit dat de inhoud van zowel artikel 13a als artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 op legio onderdelen verschilt van die van de gewenste CFC-wetgeving uit de ATAD⁴¹⁰ – beveel ik Nederland evengoed aan om *(1) nieuwe CFC-wetgeving in haar nationale wet te implementeren* zoals ook het voorstel is. Voorts geef ik in deze paragraaf mijn inhoudelijke aanbevelingen waarbij ik al hetgeen ik in bovenstaande analyse heb opgemerkt eveneens in ogenschouw neem.

Op basis van de criteria van zowel rechtmatigheid als doelmatigheid verdient Nederlandse CFC-wetgeving gebaseerd op de transactiebenadering mijns inziens de voorkeur. Dit in tegenstelling tot Nederlandse CFC-wetgeving gebaseerd op de inkomstenbenadering die slechts in het kader van doeltreffendheid de voorkeur geniet. Desalniettemin beveel ik op grond van de volgende beweegredenen aan om *(2) CFC-wetgeving te implementeren die gebaseerd is op de inkomstenbenadering uit de ATAD*:

- Van de drie genoemde kwaliteitseisen acht ik het criterium van doeltreffendheid zijnde het meest gewichtig simpelweg omdat het voornaamste doel – en tevens titel – van het gehele BEPS-rapport inzake actiepunt 3 als volgt luidt: 'het ontwerpen van effectieve CFC-maatregelen'. Daarenboven behoort – wat Nederland betreft – het 'stevig aanpakken van (internationale) belastingontwijking en belastingontduiking' tot één van de vijf beleidsprioriteiten van de staatssecretaris⁴¹¹ en wil zij hierin verder gaan dan

⁴⁰⁷ Zie paragraaf 3.8, p. 54.

⁴⁰⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 3.

⁴⁰⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 4.

⁴¹⁰ Zie paragraaf 3.8, p. 54.

⁴¹¹ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 23 februari 2018, nr. 2018-0000027221, *NTFR* 2018/464.

waartoe de ATAD haar verplicht wat mijns inziens eveneens extra gewicht aan dit criterium van doeltreffendheid toevoegt. Met andere woorden: in mijn ogen is het hoofddoel derhalve het verhogen van de doeltreffendheid waarmee in Nederland thans grondslaguitholling en winstverschuiving wordt bestreden waarbij (secundair) de rechtmatigheid en doelmatigheid van de regelgeving in ogenschouw genomen dient te worden. Gezien het feit dat de transactiebenadering hierin van weinig toegevoegde waarde is, wordt dit hoofddoel aldus in hogere mate bereikt door Nederlandse CFC-wetgeving die gebaseerd is op de inkomstenbenadering;⁴¹²

- Hoewel in het kader van rechtmatigheid de inkomstenbenadering – in tegenstelling tot de transactiebenadering – naar mijn mening in strijd is met het EU-recht, kan deze strijdigheid relatief eenvoudig voorkomen worden door mijn aanbeveling om (3) – *in de uitzondering op de Nederlandse CFC-wetgeving – de term ‘wezenlijk’ te vervangen door ‘daadwerkelijk’ en de bijhorende substance-eisen los te laten*,⁴¹³ en;
- Hoewel in het kader van doelmatigheid de transactiebenadering – relatief ten opzichte van de inkomstenbenadering – een hogere mate van doelmatigheid bereikt, geldt voor beide benaderingen in absoluut opzicht dat zij ‘tot niet meer dan verwaarloosbare effecten op de regeldruk’ leiden.⁴¹⁴ Met andere woorden: ondanks het feit dat de transactiebenadering in dit kader een relatief voordeel heeft, is dit voordeel in absolute zin verwaarloosbaar en dus in mijn ogen niet gewichtig genoeg om de eerdergenoemde wens van het kabinet te negeren en aldus Nederlandse CFC-wetgeving te beperken tot de transactiebenadering.

Voorts beveel ik – ongeacht de gekozen benadering – aan om in lijn met het wetsvoorstel en de aanbeveling van de OESO (4) *gebruik te maken van de optionele (minimum)drempels die worden geboden in artikel 7, derde en vierde lid, ATAD*, omdat zij ten bate komen aan het niveau van zowel doeltreffendheid als doelmatigheid.⁴¹⁵

Daarnaast beveel ik in het kader van rechtmatigheid binnen het verdragenrecht aan om (5) *in de door Nederland gesloten verdragen een bepaling op te nemen in de trant van het volgende: ‘Hoewel de Nederlandse CFC-wetgeving inbreuk maakt op artikel 1, eerste lid, en artikel 10, vijfde lid, van dit belastingverdrag, is deze inbreuk gerechtvaardigd door het overkoepelende*

⁴¹² Zie sub-paragraaf 5.2.1.2, p. 85.

⁴¹³ Zie sub-paragraaf 6.3.1.1, p. 101.

⁴¹⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 23.

⁴¹⁵ Zie sub-paragraaf 5.4.2, p. 92.

doel om grondslaguitholling en winstverschuiving effectief te bestrijden'. Bovendien biedt het eerdergenoemde MLI hiervoor wellicht een aangrijpingspunt.⁴¹⁶

Tot slot beveel ik omwille van de internationale concurrentiepositie van Nederland aan om (6) *de Nederlandse CFC-wetgeving niet strenger vorm te geven dan de CFC-wetgeving uit de ATAD op de onderdelen van het minimum controlevereiste⁴¹⁷ en het maximum belastingtarief⁴¹⁸ inzake de definiëring van een CFC* zoals ook het voorstel is. In (sub-)paragrafen 2.3 en 5.2.1.3.1 heb ik reeds aangegeven dat lidstaten bij de vormgeving van hun CFC-wetgeving de afweging moeten maken tussen enerzijds een hoger niveau van doeltreffendheid en anderzijds hun internationale concurrentiepositie die inherent is aan deze vormgeving. Jurisdicties die kiezen voor strenge CFC-wetgeving zijn als vestigingsplaats immers minder aantrekkelijk voor multinationale ondernemingen. Gezien het wetsvoorstel dat Nederland reeds verder wil gaan dan noodzakelijk in het bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuiving door de transactiebenadering en de inkomstenbenadering naast elkaar toe te passen, vind ik dat Nederland – in het belang van haar internationale concurrentiepositie – niet nog verder moet willen gaan door strenger dan de ATAD te zijn in de definiëring van CFC's. Zeker aangezien de Staatssecretaris aangeeft dat Nederland aantrekkelijk wil zijn voor internationaal opererende bedrijven (lees: een sterke internationale concurrentiepositie wil handhaven) aangezien dit voor groot belang is voor het bedrijfsleven in Nederland.⁴¹⁹

6.5 Deelconclusie

Afgelopen Prinsjesdag is – met als doel uiting te geven aan de voor Nederland geldende verplichting om vóór 1 januari 2019 de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD in haar nationale wetgeving te implementeren – door de staatssecretaris van Financiën het wetsvoorstel voor de 'Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking' aangeboden aan de Tweede Kamer.

De vormgeving van de Nederlandse CFC-wetgeving komt – met uitzondering van de drempel met betrekking tot het belastingtarief – overeen met de CFC-wetgeving uit de ATAD. Voorts is met name van belang dat wordt voorgesteld om – naast de reeds bestaande toepassing van het at arm's length-beginsel – besmette voordelen in de Nederlandse CFC-wetgeving te definiëren basis van de inkomstenbenadering uit de ATAD. Nederland wil zodoende verder

⁴¹⁶ Zie sub-paragraaf 6.3.1.2, p. 102.

⁴¹⁷ Zie sub-paragraaf 2.4.1, p. 29 + 30.

⁴¹⁸ Zie sub-paragraaf 2.4.2, p. 30 + 31.

⁴¹⁹ *Kamerstukken I* 2017/18, 34 785, F, p. 2.

gaan dan noodzakelijk bij de implementatie van de CFC-wetgeving uit de ATAD in haar nationale wetgeving.

Vervolgens heb ik – in het licht van mijn conclusies ten aanzien van respectievelijk de noodzakelijkheid, rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid van de CFC-wetgeving uit de ATAD – de inhoud van het wetsvoorstel geanalyseerd op basis waarvan ik het Nederland aanbeveel om:

- (1) nieuwe CFC-wetgeving in haar nationale wetgeving te implementeren (*de wens van het kabinet om verder te gaan dan noodzakelijk*);
- (2) CFC-wetgeving te implementeren die gebaseerd is op de inkomstenbenadering uit de ATAD (*doeltreffendheid*);
- (3) in de uitzondering op deze Nederlandse CFC-wetgeving de term ‘wezenlijk’ te vervangen door ‘daadwerkelijk’ en de bijhorende substance-eisen los te laten (*rechtmatigheid*);
- (4) gebruik te maken van de optionele (minimum)drempels die worden geboden in artikel 7, derde en vierde lid, ATAD (*doelmatigheid*);
- (5) in de door Nederland gesloten verdragen een bepaling op te nemen in de trant van het volgende: ‘Hoewel de Nederlandse CFC-wetgeving inbreuk maakt op artikel 7, eerste lid, en artikel 10, vijfde lid, van dit belastingverdrag, is deze inbreuk gerechtvaardigd door het overkoepelende doel om grondslaguitholling en winstverschuiving effectief te bestrijden’ (*rechtmatigheid*), en;
- (6) de Nederlandse CFC-wetgeving niet strenger vorm te geven dan de CFC-wetgeving uit de ATAD op de onderdelen van het minimum controlevereiste en het maximum belastingtarief inzake de definiëring van een CFC (*het Nederlandse internationale vestigingsklimaat*).

Ik heb achter iedere aanbeveling in het cursief aangegeven op basis van welk(e) overweging dan wel criterium (lees: kwaliteitseis) uit de nota Zicht op Wetgeving de betreffende aanbeveling is gebaseerd.

Hoofdstuk 7: Conclusies en aanbevelingen

7.1 Inleiding

In de inleiding bij dit onderzoek heb ik middels recente krantenkoppen geïllustreerd dat de fiscaliteit onder druk staat als gevolg van het hedendaagse imago van multinationale ondernemingen dat zij – door middels van het ontwijken van belasting – (veel) te weinig belasting betalen over hun wereldwijde winst. Als repliek is op 20 juni 2016 de ATAD aangenomen in Europa welke als instrument dient tegen de praktijk van grondslaguitholling en winstverschuiving. Artikel 7 en 8 ATAD behelzen CFC-wetgeving. Nederland is als lidstaat verplicht om – onder andere – deze CFC-wetgeving voor 1 januari 2019 te implementeren in haar nationale wetgeving. Afgelopen Prinsjesdag is in dit kader zodoende het wetsvoorstel ‘Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking’ aangeboden aan de Tweede Kamer. Het oogmerk van dit onderzoek is om te bepalen in welke vorm deze CFC-wetgeving in Nederland geïmplementeerd dient te worden; de ATAD biedt lidstaten hierin immers enige keuzevrijheid. Als maatstaf hanteer ik de criteria van respectievelijk noodzakelijkheid, rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid, die ontleend zijn aan de nota Zicht op Wetgeving in welke een beleidsplan is opgesteld dat bepaalt waaraan ‘goede’ wetgeving in Nederland behoort te voldoen. De onderzoeksvraag luidt zodoende als volgt:

Is de implementatie van nieuwe CFC-wetgeving gebaseerd op artikel 7 en 8 ATAD noodzakelijk voor Nederland, en zo ja: welke aanbevelingen kunnen ten opzichte van het voorliggende wetsvoorstel worden gemaakt, gelet op een toetsing van de betreffende CFC-wetgeving op rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid?

7.2 Conclusies

In deze paragraaf beantwoord ik bovenstaande onderzoeksvraag aan de hand van de door mij opgestelde deelvragen.

(1) Wat zijn CFC's en welke problematiek speelt omtrent deze CFC's?

CFC's zijn zogenoemde Controlled Foreign Companies ofwel gecontroleerde buitenlandse ondernemingen. Het eerste lid van artikel 7 ATAD bepaalt dat CFC's zowel juridische entiteiten als VI's kunnen behelzen. Een onderneming kwalificeert voorts als CFC indien zij voldoet aan de volgende twee vereisten:

- i. De moedervernootschap, eventueel tezamen met aan haar gelieerde ondernemingen, houdt een rechtstreekse of middellijke deelneming van meer dan 50% van de

stemrechten, is – rechtstreeks of middellijk – in het bezit van meer dan 50% van het kapitaal, of heeft recht op meer dan 50% van de winst van de potentiële CFC.

- ii. De daadwerkelijk door de potentiële CFC betaalde belasting is lager dan 50% van de door de potentiële CFC betaalde winstbelasting ingeval zij was gevestigd in de jurisdictie van haar moedervernootschap.

Omtrent deze CFC's speelt problematiek met betrekking tot belastingontwijking. Het probleem van 'belastingontwijking door middel van CFC's' heb ik als volgt gedefinieerd: het vestigen van een of meerdere CFC's in doorgaans belastingparadijzen of laagbelastende jurisdicties – door de achterliggende belastingplichtige(n) die controle uitoefenen over deze CFC's – teneinde belastingheffing uit te stellen, te verminderen of in haar geheel te ontlopen middels het omleiden van inkomen naar deze CFC's voordat dit inkomen wordt belast in de staat van vestiging van de achterliggende belastingplichtige(n). Bovendien heb ik aan de hand van twee voorbeelden het bovenstaande probleem van belastingontwijking door middel van CFC's geïllustreerd en geconcretiseerd. Dit probleem draagt bij aan het feit dat jaarlijks voor een bedrag van 4% tot 10% van de huidige totale wereldwijde winstbelastingopbrengst aan winstbelasting wordt ontweken.

(2) Welke oplossingen bieden artikel 7 en 8 ATAD voor deze problematiek?

Indien een moedervernootschap – op basis van bovenstaande definitie – in het bezit blijkt te zijn van een CFC dan is als gevolg daarvan de zogenoemde CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD op haar van toepassing. De CFC-wetgeving uit de ATAD wordt geacht een oplossing te bieden voor het hierboven gedefinieerde probleem van belastingontwijking door middel van CFC's. Toepassing van deze CFC-wetgeving heeft als gevolg dat zogenoemd CFC-inkomen onder de winstgrondslag van de moedervernootschap wordt geschaard waarna dit inkomen wordt belast onder het belastingregime van de jurisdictie waarin de moedervernootschap is gevestigd. Zodoende wordt het belastingvoordeel – dat kon worden behaald door het relatief gunstige belastingregime van de laagbelastende jurisdictie waarin de CFC is gevestigd – teniet gedaan.

Lidstaten hebben een keuze in de manier waarop zij bovenstaand CFC-inkomen definiëren. De inkomstenbenadering definieert het CFC-inkomen zijnde bepaalde categorieën niet-uitgekeerde (passieve) inkomsten van de CFC. Men denke aan rente, royalty's of dividenden. De inkomstenbenadering kent een uitzondering op de toepassing van de CFC-wetgeving indien

de CFC een wezenlijke economische activiteit exploiteert die wordt ondersteund door personeel, uitrusting, activa en gebouwen.

De transactiebenadering definieert CFC-inkomen als inkomsten van de CFC die voortvloeien uit kunstmatige constructies die zijn opgezet met als wezenlijk doel een belastingvoordeel te verkrijgen. Een constructie is kunstmatig voor zover de CFC geen eigenaar van de winst-genererende activa zou zijn dan wel niet (een deel van) de bijbehorende risico's zou nemen indien zij niet onder de zeggenschap (lees: controle) had gestaan van een vennootschap waarin de sleutelfuncties die relevant zijn voor de betreffende activa en risico's worden verricht.

De bovenstaande inhoud van artikel 7 en 8 ATAD is in grote lijnen gebaseerd op hetgeen door de OESO is aanbevolen in haar finale BEPS-rapport inzake actiepunt 3.

(3) Is nieuwe CFC-wetgeving gebaseerd op artikel 7 en 8 ATAD noodzakelijk voor Nederland?

Of met andere woorden: is de implementatie van nieuwe CFC-wetgeving – naast de reeds bestaande CFC-achtige wetgeving in Nederland – iets waaraan niet ontkomen kan worden? Voorgaande vraag heb ik beantwoord door middel van een vergelijking van de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD met de huidige Nederlandse CFC-achtige wetgeving bestaande uit zowel artikel 13a als artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969.

Artikel 13a Wet VpB 1969 bewerkstelligt een jaarlijkse herwaardering naar de waarde in het economische verkeer van het belang dat een in Nederland belastingplichtige moedervernootschap houdt in een niet-kwalificerende beleggingsinstelling. Gevolg hiervan is dat – mits sprake is van een opwaardering – de facto de winst van een buitenlandse niet-kwalificerende beleggingsinstelling wordt belast bij de moedervernootschap en derhalve tevens is onderworpen aan het Nederlandse vennootschapsbelastingregime.

Artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 bepaalt dat geen objectvrijstelling wordt toegepast op de winst van een buitenlandse beleggingsonderneming zodat deze in de belastinggrondslag valt van haar Nederlandse hoofdhuis en zodoende eveneens is onderworpen aan het Nederlandse vennootschapsbelastingregime.

Ten aanzien van beide artikelen concludeer ik dat zij op verschillende (fundamentele) onderdelen niet voldoen aan de minimumeisen die worden gesteld in artikel 7 en 8 ATAD. Bovendien zijn deze verschillen van dusdanige aard en omvang dat zij niet verholpen kunnen worden met een (enkele) aanpassing van (één van) beide artikelen. Op basis van een vergelijking met de hiervoor genoemde artikelen – en dus niet met een vergelijking met artikel

8b Wet VpB 1969 – acht ik de implementatie van nieuwe CFC-wetgeving noodzakelijk voor Nederland.

(4) In hoeverre is de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD rechtmatig?

Ik acht CFC-wetgeving rechtmatig indien zij niet in strijd komt met de (on)geschreven regels van het communautaire en/of internationale recht. Zodoende heb ik de CFC-wetgeving getoetst aan respectievelijk de vrijheid van vestiging (lees: het primaire EU-recht) en het Nederlandse verdragsbeleid (lees: het OESO-modelverdrag) in combinatie met het multilaterale Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.

Ik concludeer dat de inkomstenbenadering – in tegenstelling tot de transactiebenadering in combinatie met het zakelijkheidsbeginsel – in strijd is met het EU-recht. Dit als gevolg van het naar mijn mening niet voldoen aan de voorwaarde van volkomen kunstmatige constructies uit het Cadbury Schweppes-arrest. Voor een uitzondering op de toepassing van CFC-wetgeving vereist het HvJ immers het bestaan van een ‘*daadwerkelijke economische activiteit*’ in de CFC daar waar de inkomstenbenadering een – naar mijn mening – strengere ‘*wezenlijke economische activiteit*’ vereist. Bovendien bieden de door de OESO aangehaalde arresten Thin Cap GLO en Oy AA mijns inziens geen uitweg voor deze strijdigheid.

Voorts concludeer ik dat – ongeacht de benadering – de CFC-wetgeving uit de ATAD in strijd is met zowel artikel 7, eerste lid, als artikel 10, vijfde lid, OESO-modelverdrag en daarmee met de goede verdragstrouw die door verdragsstaten in acht dient te worden genomen. Het objectieve karakter van beide artikelen in ogenschouw nemende, ben ik van mening dat – als gevolg van de toepassing van CFC-wetgeving – feitelijk belasting wordt geheven *over (niet-uitgekeerde)winsten* (lees: het object) van een CFC, hetgeen verboden is op basis van beide artikelen.

Ik acht de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD aldus in zoverre (on)rechtmatig dat de vormgeving van de uitzondering op haar inkomstenbenadering in strijd is met de vrijheid van vestiging en dat haar algehele toepassing in strijd is met het Nederlandse verdragennetwerk.

(5) In hoeverre is de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD doeltreffend?

De CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD is doeltreffend (lees: effectief) indien zij – op zijn minst in belangrijke mate – leidt tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstelling. Deze doelstelling komt de facto neer op het bestrijden van het onder deelvraag (1) gedefinieerde probleem van belastingontwijking door middel van CFC’s.

Op basis van empirisch onderzoek – dat concludeert dat Duitse CFC-wetgeving zeer effectief is – in combinatie met de hoge mate van vergelijkbaarheid tussen de Duitse CFC-wetgeving en de CFC-wetgeving uit de ATAD, is mijn verwachting dat de CFC-wetgeving uit de ATAD in haar algemeenheid eveneens zeer effectief is in de praktijk. Wel hebben (1) de keuzevrijheid die de lidstaten hebben ten aanzien van de definiëring van een CFC, en (2) tussentijdse dividenduitkeringen hierop een drukkend effect.

Voorts is – enkel artikel 7 en 8 ATAD bezien – mijn verwachting dat CFC-wetgeving gebaseerd op de flexibele transactiebenadering effectiever is dan CFC-wetgeving gebaseerd op de mechanische inkomstenbenadering. In combinatie met de reeds bestaande transfer pricing praktijk van lidstaten bezien, verwacht ik echter dat de transactiebenadering in de praktijk van weinig toegevoegde waarde is in het bestrijden van het probleem van belastingontwijking door middel van CFC's en in die zin aldus weinig effectief. Het voorgaande om reden dat de transactiebenadering slechts ziet op situaties die niet at arm's length zijn en welke derhalve reeds binnen het bereik vallen van nationale transfer pricing wetgeving van lidstaten die vergelijkbaar is met artikel 8b Wet VpB 1969.

Ik acht de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD aldus in zoverre doeltreffend dat zij leidt tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstelling. Qua praktische toegevoegde waarde concludeer ik echter dat de inkomstenbenadering doeltreffender is dan de transactiebenadering.

(6) In hoeverre is de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD doelmatig?

De CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD is doelmatig (lees: efficiënt) indien zij – in het bereiken van haar doelstelling – niet leidt tot excessieve administratieve lasten en nalevingskosten voor zowel de belastingdienst als het bedrijfsleven.

Enkel artikel 7 en 8 ATAD bezien, verwacht ik dat CFC-wetgeving die gebaseerd is op de mechanische inkomstenbenadering efficiënter is dan CFC-wetgeving die gebaseerd is op de flexibele transactiebenadering. Op basis van de gebudgetteerde 'verwaarloosbare' extra administratieve lasten en uitvoeringskosten als gevolg van de inkomstenbenadering verwacht ik in de praktijk dat zij inderdaad in absolute zin een hoog niveau van efficiëntie bereikt. Desalniettemin verwacht ik dat dit niveau in relatief opzicht hoger ligt voor de transactiebenadering. Het voorgaande op basis van mijn mening dat zij slechts ziet op situaties die reeds onder de transfer pricing regels van lidstaten vallen en zodoende überhaupt geen extra regelgeving (lees: extra lasten en kosten) noodzakelijk lijkt.

Tot slot bestaat door middel van het invoeren van bepaalde drempels ten aanzien van de winst, de controle en het belastingtarief in de CFC-wetgeving de mogelijkheid tot het reduceren van de bijkomende administratieve lasten en nalevingskosten zonder reductie in doeltreffendheid.

Ik acht de CFC-wetgeving van artikel 7 en 8 ATAD aldus in zoverre doelmatig dat haar toepassing in absolute zin leidt tot (minder dan) verwaarloosbare – en dus niet tot excessieve – administratieve lasten en nalevingskosten voor zowel de belastingdienst als het bedrijfsleven.

7.3 Aanbevelingen

(7) Welke aanbevelingen kunnen ten opzichte van het voorliggende wetsvoorstel worden gemaakt, gelet op de beantwoording van voorgaande deelvragen?

Met oog op de reeds bestaande transfer pricing regels in Nederland lijkt nieuwe CFC-wetgeving niet noodzakelijk aldus het kabinet. Desalniettemin wil zij verder gaan dan noodzakelijk. Zodoende wordt in het wetsvoorstel voorgesteld om als toevoeging – naast de reeds bestaande toepassing van het at arm's length-beginsel middels artikel 8b Wet VpB 1969 – besmette voordelen in de Nederlandse CFC-wetgeving te definiëren op basis van de inkomstenbenadering uit de ATAD. Voorts komt de vormgeving van de Nederlandse CFC-wetgeving in het wetsvoorstel – met uitzondering van de drempel met betrekking tot het belastingtarief – overeen met de CFC-wetgeving uit de ATAD.

Het bovenstaande in ogenschouw nemende, heb ik – gelet op mijn conclusies ten aanzien van respectievelijk de noodzakelijkheid, rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid van de CFC-wetgeving uit de ATAD – de inhoud van het wetsvoorstel geanalyseerd op basis waarvan ik het Nederland aanbeveel om:

- (1) nieuwe CFC-wetgeving in haar nationale wetgeving te implementeren (*de wens van het kabinet om verder te gaan dan noodzakelijk*);
- (2) CFC-wetgeving te implementeren die gebaseerd is op de inkomstenbenadering uit de ATAD (*doeltreffendheid*);
- (3) in de uitzondering op deze Nederlandse CFC-wetgeving de term 'wezenlijk' te vervangen door 'daadwerkelijk' en de bijhorende substance-eisen los te laten (*rechtmatigheid*);
- (4) gebruik te maken van de optionele (minimum)drempels die worden geboden in artikel 7, derde en vierde lid, ATAD (*doelmatigheid*);
- (5) in de Nederlandse verdragen een bepaling op te nemen in de trant van het volgende: 'Hoewel de Nederlandse CFC-wetgeving inbreuk maakt op artikel 7, eerste lid, en

artikel 10, vijfde lid, van dit belastingverdrag, is deze inbreuk gerechtvaardigd door het overkoepelende doel om grondslaguitholling en winstverschuiving effectief te bestrijden' (*rechtmatigheid*), en;

- (6) de Nederlandse CFC-wetgeving niet strenger vorm te geven dan de CFC-wetgeving uit de ATAD op de onderdelen van het minimum controlevereiste en het maximum belastingtarief inzake de definiëring van een CFC (*het Nederlandse internationale vestigingsklimaat*).

Literatuurlijst

Artikelen

‘Wat is een realistisch rendement?’, *Robeco* 2 maart 2017, Robeco.nl.

A. van der Kruk & D. Bodelier, ‘Verslag van hét grote NOB Anti-BEPS Congres van 3 oktober 2016’, *WFR* 2017/17.

A.W. van der Woude, ‘EG-rechten, discriminaties en belemmeringen’, *WFR* 2000/1471.

B.F.A. van Huijgevoort, ‘Begrippenlijstje’, *NTFR* 2010/2553.

B.R. Zoetmulder en Y.H. Stouthart, ‘Belastingoptimalisatie versus agressieve belastingplanning bij internationale concerns – waar ligt de ‘grens’?’, *TvC* 2017/6.

D.M. Weber, ‘Economische activiteiten’, *Cursus Belastingrecht* EBR.5.0.2.B.b

D.M. Weber, ‘Verhouding primair en secundair Unierecht’, *Cursus Belastingrecht* EBR.2.0.0.B.b.

D.M. Weber, ‘VPB 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten’, *WFR* 2004/6591.

E. Swaving Dijkstra, ‘Alles went, behalve een fictief dividend: de CFC-regeling uit de ATAD en de gevolgen voor art. 13a Wet VPB 1969’, *WFR* 2017/117.

E. Swaving Dijkstra, ‘Art. 13a Wet VPB 1969 – toe aan een herwaardering?’, *WFR* 2015/872.

F. Barry & R. Healy-Rae, ‘FDI implications of recent European Court of Justice decisions on corporation tax matters’, *European Business Organization Law Review* 2015/11.

G.I. van Eijk, ‘Internetconsultatie implementatie richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken (ATAD1)’, *NTFR* 2017/1902.

I. de Groot, ‘CFC-implementatie in Nederland: smeren met factor 5’, *TaxLive* 2018.

J. Fleming, R. Peroni & S. Shay, ‘Worse than Exemption’, *Emory Law Journal* 2009/59.

J. Kruithof, ‘Strategieën tegen belastingontwijking door multinationals’, *WFR* 2013/1418.

J. Müller, ‘Is it not Time to Correct the OECD MC Commentary on CFC’s?’, *Kluwer International Tax Blog* 2015.

J. Schönfeld, ‘CFC Rules and Anti-Tax-Avoidance Directive’, *EC Tax Review* 2017/26.

J. Schoueri, 'The Objective Scope of Article 7 and the Treaty Protection to Deemed Distributed Dividends', *Kluwer International Tax Blog* 2015.

J. van der Wal, 'Objectief vergelijkbare situaties in het vrije kapitaalverkeer', *WFR* 2017/82.

L.C. van Hulten, 'CFC-wetgeving: vooral een kwestie van beleid', *NTFR-B* 2018/16.

M. Peeperkorn, 'EU legt belastingontwijking van multinationals als Apple en McDonald's aan banden', *Volkskrant* 21 februari 2017

M. Ruf & A.J. Weichenrieder, 'CFC Legislation, Passive Assets and the Impact of the ECJ's Cadbury-Schweppes Decision', *CESifo Working Paper Series* 2013/4461.

M. Ruf & A.J. Weichenrieder, 'The taxation of passive foreign investment: lessons from German experience', *Canadian Journal of Economics* 2012/45.

P.H. Egger & G. Wamser, 'The impact of controlled foreign company legislation on real investments abroad. A multi-dimensional regression discontinuity design', *Journal of Public Economics* 2015/129.

P. Kavelaars, 'Earningstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen', *TFO* 2016/147.1.

R. Happé, 'Fiscale ethiek voor multinationals', *WFR* 2015/938.

Redactie Vakstudie-Nieuws, 'Samenvatting '2015 Final Reports' 15 BEPS-actiepunten', *V-N* 2015/56.2.

S. Cnossen, 'Belastinguitstel = belastingverlaging', *WFR* 1997/269.

S. Jourdan & K. Burren, 'CFC Legislation in an International Tax Perspective', *Private* 2005/4.

S. van Marsbergen, 'FNV: Bedrijven ontwijken de belasting voor miljarden', *Algemeen Dagblad* 3 juni 2017.

V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, 'De CFC-maatregel (art. 7 en 8 Anti-ontgaansrichtlijn)', *FED* 2016/111.

W. van Noort, 'Apple heeft berg kasgeld van kwart biljoen dollar', *NRC* 3 mei 2017.

W. van Noort, 'Belastingontwijking is simpel op te lossen', *NRC* 10 november 2017.

Boeken

C. Evans, 'Containing tax avoidance: Anti-avoidance strategies', in: G.J. Head & R. Krever, *A*

volume in memory of Richard Musgrave, series on international taxation, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009.

C. HJI Panayi, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas (2006): CFC Rules Under EU Tax*, Cumnor: Hart Publishing Ltd 2018.

J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

M.J. Kroeze, L. Timmerman & J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

M. Lang et al., *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2004.

Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal, Utrecht: Van Dale 2015 (ook online).

W. Wöhrle, D. Schelle & E. Gross, *Kommentar zum Außensteuergesetz*, Rund: Loseblatt 2015.

Jurisprudentie

Conseil d'État 28 juni 2002, nr. 232 276 (*Schneider Electric S.A.*).

HR 5 februari 1969, ECLI:NL:HR:1969:AX5888.

HR 7 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9757.

HR 8 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4143.

HvJ EU 18 juni 1998, ECLI:EU:C:1998:303 (*Commissie v Italië*).

HvJ EU 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*).

HvJ EU 13 maart 2007, ECLI:EU:C:2007:161 (*Thin Cap GLO*).

HvJ EU 18 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:439 (*Oy AA*).

HvJ EU 23 april 2008, ECLI:EU:C:2008:239 (*Test Claimantss*).

HvJ EU 23 april 2009, ECLI:EU:C:2009:254 (*Puffer*).

HvJ EU 21 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:26 (*SGI*).

HvJ EU 26 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:632 (*Schmelz*).

HvJ EU 3 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:629 (*Itelcar*).

HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:249 (*Emerging Markets Series*).

HvJ EU 13 november 2014, ECLI:EU:C:2014:2369 (*Commission v United Kingdom*).

HvJ EU 7 september 2017, ECLI:EU:C:2017:641 (*Eqiom*).

HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:1009 (*Deister Holding*).

Overig

EC Opinion Investor FAQ, 2 september 2016.

D. Drees, C-J. Schild & F. Walter, *Microdatabase Direct Investment*, Frankfurt am Main: Deutsche Bundesbank.

De effectieve druk van de vennootschapsbelasting 2001 – 2006, Den Haag: CBS 2008.

NOB, *Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie implementatie ATAD1*, 2017.

OESO (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*.

OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*.

OESO (2015), *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*.

OESO (2018), *Signatories and parties to the Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent Base Erosion and Profit Shifting*.

OESO, *Countering Offshore Tax Evasion: Some Questions and Answers*, 2009.

OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017.

P. Griffin, R. van den Brekel, L. Coronado & I. Suto, *EY Worldwide Transfer Pricing Reference Guide 2017-2018*.

Parlementaire Stukken

Aanhangsel Handelingen II 2013/14, 2438.

Aanpak belastingontwijking en belastingontduiking, bijlage bij de Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 23 februari 2018, 2018-0000026987.

Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 13 april 2014, nr. IFZ2004/236M.

Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 28 december 2017, *Stcrt.* 2017, 72735.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 23 februari 2018, nr. 2018-0000027221.

Brief van het M(F) van 22 december 2006, 2006-00931.

Kamerstukken I 1989/90, 20 701, 78b.

Kamerstukken I 2017/18, 34 785, F.

Kamerstukken II 1990/91, 22 008, 1-2.

Kamerstukken II 2009/10, 30 572, 9.

Kamerstukken II 2009/10, 32 129, 3.

Kamerstukken II 2009/10, 32 129, 8.

Kamerstukken II 2011/12, 33 003, 3.

Kamerstukken II 2016/17, 34 552, 56.

Kamerstukken II 2018/19, 35 030, 2.

Kamerstukken II 2018/19, 35 030, 3.

M(F), *Consultatiedocument ATAD 1*, juli 2017.

M(F), *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*, februari 2011.

M(F), *wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking ATAD1*, september 2018.

Wet van 30 november 2006, houdende wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstelling uit de nota «Werken aan winst» (Wet werken aan winst), *Stb.* 2006, 631.

Richtlijnen

Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten

Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

Verdragen

Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, Wenen 23 mei 1969, *Trb.* 1985, 79.

OESO-modelverdrag, 21 november 2017, Internet 2017, www.oecd.org.