

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

NADRUUK VERBODEN

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie



Staatssteun en de CV/BV-structuur

*Een onderzoek naar de houdbaarheid van de CV/BV-structuur in
het licht van artikel 107 Verdrag betreffende de Werking van de
Europese Unie.*

Naam: Manoir El Allouchi

Studentnummer: 411824

Scriptiebegeleider: L.C. van Hulten MSc

Tweede beoordelaar: Prof. Dr. P. Kavelaars

Datum: 30 augustus 2018

Plaats: Rotterdam

Voorwoord

Geachte lezer,

Voor u ligt mijn masterthesis ter afronding van mijn vierjarige opleiding Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Het schrijven van deze scriptie is voor mij zeer leerzaam geweest, aangezien ik hierdoor de mogelijkheid heb gehad om de kennis en vaardigheden toe te passen die ik de afgelopen jaren heb geleerd. Tijdens het schrijven ben ik altijd gemotiveerd gebleven en heb ik telkens geprobeerd om de lat voor mijzelf zo hoog te leggen. Dit heeft zich vertaald in een resultaat waar ik meer dan trots op ben.

Uiteraard was het niet mogelijk geweest deze prestatie te leveren zonder de steun van mijn familie, vrienden en docenten. Daarom zou ik allereerst mijn begeleidster Loes van Hulten willen bedanken voor haar kritische blik, aanstekelijke enthousiasme en haar fijne werkhouding. Mevrouw Van Hulten heeft mij goed geholpen tijdens het gehele proces en daarvoor ben ik haar zeer dankbaar. Zonder haar deskundigheid was het immers nooit zo ver gekomen. Verder wil ik Mart van Hulten bedanken voor zijn tijd en moeite in het verschaffen van nieuwe inzichten. Zijn enthousiasme en passie voor het fiscale vakgebied motiveerde mij des te meer een goed resultaat neer te zetten. Ook wil ik mijn ouders en zusjes bedanken voor de onvoorwaardelijke steun die zij mij tijdens de studie en het schrijven van deze scriptie verleenden. Ik hoop dat ik door middel van deze scriptie jullie vertrouwen heb kunnen waarmaken. Verder wil ik in het bijzonder de personen bedanken waarmee ik tijdens de studie bevriend ben geraakt. Zonder jullie had ik nooit zo veel gelachen en zouden mijn studiejaren aanzienlijk minder gezellig zijn geweest. Dank!

Bij deze wens ik u veel leesplezier toe.

Manoir El Allouchi

Rotterdam, augustus 2018

Inhoudsopgave

1. <u>Inleiding</u>	4
1.1. Aanleiding	4
1.2. Doel- en probleemstelling	7
1.3. Methodologie	7
1.4. Afbakening	8
2. <u>Systematiek staatssteun</u>	9
2.1. Inleiding	9
2.2. Achtergrond	9
2.3. Artikel 107 vWEU	10
2.3.1. Het voordeelcriterium	10
2.3.2. Het selectiviteitscriterium	12
2.3.2.1. Materiële selectiviteit	12
2.3.2.2. Regionale selectiviteit	15
2.3.3. Het bekostigingscriterium	16
2.3.4. Het verstoringcriterium	17
2.3.5. Uitzonderingen staatssteun	19
2.4. Deelconclusie	20
3. <u>Fiscale rulings</u>	21
3.1. Inleiding	21
3.2. Het begrip ruling	21
3.3. Soorten rulings	22
3.3.1. Advance Tax Ruling (ATR)	22
3.3.2. Advance Price Agreements (APA)	22
3.4. Doel fiscale rulings	23
3.5. Tot stand komen van fiscale rulings	24
3.6. Visie EC met betrekking tot rulings en staatssteun	25
3.7. Deelconclusie	26
4. <u>De CV-BV/structuur</u>	27
4.1. Inleiding	27
4.2. De algemene CV/BV-structuur	27
4.2.1. De lokale entiteiten	29
4.2.2. De BV1/BV2-structuur	30
4.2.3. De achterliggende participanten	32
4.2.4. De besloten commanditaire vennootschap	32
4.2.4.1. Vennootschapsbelasting	32
4.2.4.2. Dividendbelasting	34

4.3.	Amerikaans nationaalrechtelijk perspectief	35
4.4.	Internationaalrechtelijk perspectief	37
4.5.	Deelconclusie	40
5.	<u>Staatssteunanalyse CV/BV-structuur</u>	<u>42</u>
5.1.	Inleiding	42
5.2.	Toetsing voordeelcriterium	42
5.3.	Toetsing selectiviteitscriterium	45
5.3.1.	Vaststelling referentieregeling	46
5.3.1.1.	Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania	46
5.3.1.2.	Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie	48
5.3.1.3.	McDonald's case	51
5.3.1.4.	World Duty Free Group	55
5.3.1.5.	Subconclusie	56
5.3.2.	Afwijking op de referentieregeling	57
5.3.2.1.	Meestbegunstiging	58
5.3.2.2.	Toetsing eerste referentieregeling dividendbetalingen	60
5.3.2.3.	Toetsing tweede referentieregeling dividendbetalingen	62
5.3.3.4.	Toetsing referentieregelingen interest- en Royaltybetalingen	64
5.3.3.	Rechtvaardigingsgronden voor mogelijke afwijkingen	65
5.3.3.1.	Fiscale coherentie	66
5.3.3.2.	Bestrijden van misbruik	67
5.3.4.	Selectiviteit CV/BV-rulings	69
5.4.	Toetsing bekostigingscriterium	70
5.5.	Toetsing verstoringscriterium	71
5.6.	Uitzonderingen staatssteun	72
5.7.	Deelconclusie	72
6.	<u>Conclusie</u>	<u>75</u>
6.1.	Inleiding	75
6.2.	Samenvatting	75
6.3.	Conclusie	79
6.4.	Aanbevelingen	80
7.	<u>Literatuurlijst</u>	<u>81</u>

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

In de afgelopen jaren is de maatschappelijke weerstand voor belastingstructuren van multinationale ondernemingen gegroeid. Middels “fiscale vluchtroutes” trachten multinationals hun winsten te maximaliseren. Daarbij zou Nederland een grote rol spelen. Volgens een rapport van de Europese Commissie (EC) is Nederland binnen Europa één van de belangrijkste schakels in het kader van belastingontwijking.¹ In het rapport werden toetsingscriteria opgesteld op basis waarvan beoordeeld kon worden of sprake is van een lidstaat die belastingontwijking mogelijk maakt. Uit het rapport blijkt dat Nederland het hoogst van alle lidstaten op deze indicatoren scoort, waarbij het landen als Cyprus en Luxemburg passeert.² Volgens de EC maakt vooral de combinatie van het ontbreken van een algemene antimisbruikmaatregel en een aantal “actieve” toetsingscriteria Nederland zeer aantrekkelijk voor tax planning. Onder actieve toetsingscriteria wordt in dit onderzoek maatregelen verstaan die belastingontwijking zouden aanmoedigen. Uit een onderzoek van de Universiteit van Amsterdam blijkt dat Nederland ook een belangrijke rol speelt in complexe structuren voor het doorsluizen van winsten en (immateriële) activa naar laag belaste jurisdicties.³ Uit het onderzoek komt naar voren dat Nederland onder andere door Google gebruikt werd om ongeveer USD 12,5 miljard aan buitenlandse omzet naar Bermuda te sluizen. Verder volgt uit het onderzoek dat Nederland als één van de belangrijkste doorsluizende landen ter wereld wordt gezien, samen met onder andere Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk.

In de strijd tegen belastingontwijking bekleden de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) en de EC een belangrijke rol. Na het verzoek van de G20-top in 2012, volgde allereerst het OESO-rapport *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* en het *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*.⁴ In 2015 publiceerde de OESO de definitieve versie van het BEPS-rapport. Volgens het BEPS-rapport schiet de wetgeving van landen tekort bij het tegengaan van belastingontwijking. Dit komt voornamelijk door twee redenen: het snel veranderende economische klimaat waarin wereldwijd wordt geopereerd en multinationals die zich bezighouden met belastingplanning en daarbij inspelen op dispariteiten tussen landen.⁵

¹ Europese Commissie, ‘Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators – Final Report’, *Taxation Papers* 2015, N.61,p.122.

² Europese Commissie, ‘Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators – Final Report’, *Taxation Papers* 2015, N.61, p. 81-122.

³ J. Garcia-Bernardo, J. Fichtner, F.W. Takes, E.M. Heemskerk, ‘Uncovering Offshore Financial Centers: Conduits and Sinks in the Global Corporate Ownership Network’, *Scientific Reports* 2017/7, nr. 6246, p. 9.

⁴ OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris 2013. ’

⁵ OECD, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project – Explanatory Statement*, OECD Publishing, Paris 2015. p. 1.

Door het publiceren van het BEPS-rapport wil de OESO de belangrijkste fiscale knelpunten identificeren die in het (internationale) belastingrecht zorgen voor grondslaguitholling en winstverschuiving.⁶ Daartoe heeft zij in het rapport vijftien actiepunten opgesteld. Deze actiepunten zijn in feite aanbevelingen om de wetgeving in een OESO-land aan te passen en zijn daarom in beginsel niet bindend. Hierdoor bestaat het risico dat overheden de aanpassingen niet in de nationale wetgeving zullen op nemen.⁷ Voor Nederland en andere Europese landen is de publicatie van dit rapport de aanleiding geweest tot een verplichte implementatie van een aantal hoofdpunten van het BEPS-rapport. Hierbij gaat het om CFC-regels, een bepaling tegen hybride structuren, exitheffingen, renteaftrekbepkeringen en een algemene antimisbruikmaatregel.⁸ Lidstaten krijgen hoe zij bepaalde bepalingen vorm willen geven en hoeven een bepaling niet te implementeren indien een soortgelijke bepaling reeds in de nationale wetgeving is opgenomen. Op grond van de Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) kunnen Europese lidstaten niet meer om het BEPS-rapport heen. De EC heeft dit gedaan om een drietal redenen: om belastingontwijking tegen te gaan, een coherenter en eerlijker belastingsysteem binnen de Europese Unie (EU) te bewerkstelligen en tevens ook gehoor te geven aan de maatschappelijke onvrede over het belastinggedrag van multinationals.⁹ Inmiddels is voor de implementatie van de richtlijn in de Nederlandse wetgeving een consultatiedocument ingediend en zal in september 2018 een definitief wetsvoorstel worden ingediend. De ATAD dient vanaf 1 januari 2019 geïmplementeerd te zijn in de nationale wetgeving.¹⁰

Een belangrijke structuur die in de literatuur veel aandacht op eist is de CV/BV-structuur.¹¹ De CV/BV-structuur wordt vormgegeven door een besloten commanditaire vennootschap (besloten CV) te vestigen in een tax haven die vervolgens alle aandelen houdt in een in Nederland gevestigde BV. De CV/BV-structuur is de afgelopen jaren veelvuldig gebruikt door het Amerikaanse bedrijfsleven om in het buitenland behaalde inkomsten langdurig te stallen in zogenoemde "tax havens". De oorzaak hiervan is een kwalificatiemismatch van de besloten CV gezien vanuit Nederlands en Amerikaans perspectief. Ondanks dat het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en de Verenigde Staten (Verdrag NL-VS) een einde trachtte te maken aan deze structuur, heeft de staatssecretaris van Financiën een besluit uitgevaardigd waardoor deze hybride structuur in stand is gebleven. Dit wordt ook wel het besluit van 6 juli 2005 (het Besluit) genoemd. Voor toepassing van het Besluit kan tevens zekerheid vooraf verkregen worden middels een fiscale ruling.

⁶ OESO, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project – Explanatory Statement*, OECD Publishing, Paris 2015. p. 1.

⁷ F.A. Engelen, A.F. Gunn, 'Het BEPS-project: een inleiding', *WFR* 2013/1413, p.1.

⁸ Voorstel voor een Richtlijn 2016/0011/EU van de Raad van 28 januari 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden, (COM(2016)26 def.), p. 19-24.

⁹ Voorstel voor een Richtlijn 2016/0011/EU van de Raad van 28 januari 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden, (COM(2016)26 def.), p. 3.

¹⁰ Volledigheidshalve dient te worden opgemerkt dat de ATAD kan worden onderverdeeld in ATAD1 en ATAD2. ATAD2 ziet specifiek op het tegengaan hybride mismatches, daar waar ATAD1 op de overige maatregelen van de ATAD ziet. In beginsel dient per 1 januari 2019 ATAD1 geïmplementeerd te worden. De datum voor inwerkingtreding van ATAD2 is in beginsel 1 januari 2020.

¹¹ Zie onder andere M. Evers, A.C.G.A.C. de Graaf, A.J.A. Stevens, 'Zembla-uitzending 'Nederland belastingparadijs' nader beschouwd', *MBB* 2011/02, maar ook M. Fetter, S. Admiraal, 'Hybride entiteiten: transparant en niet-transparant', *Forfaitair* 2006/167-05.

Rulings bieden zekerheid vooraf voor specifieke fiscale vraagstukken. Hierbij kan het bijvoorbeeld gaan om de vraag of de vastgestelde verrekenprijs en diens berekeningswijze correct is, maar ook om de waarde van een vermogensbestanddeel te bepalen of diens afschrijvingsmethode.¹² Fiscale rulings worden afgegeven door het APA/ATR-team. Hoewel het “APA-/ATR-team” al enige tijd bestaat, is de maatschappelijke aandacht voor fiscale rulings de afgelopen jaren toegenomen. Dit is mede veroorzaakt door het feit dat de EC onderzoeken naar fiscale rulings heeft ingesteld tussen overheden en multinationals, zoals Starbucks, Fiat, Apple, Amazon.¹³ In hiervoor genoemde onderzoeken betreft het de vraag of sprake is van onverenigbare staatssteun in de zin van art. 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (vweu). Van onverenigbare staatssteun is sprake als aan vier cumulatieve criteria wordt voldaan. Een belastingplichtige dient ten eerste een voordeel toegekend te krijgen. Ten tweede dient het toegekende voordeel een selectief karakter te hebben. Dit voordeel wordt daarmee alleen toegekend aan een selecte groep goederen of ondernemingen. Ten derde dient het voordeel bekostigd te worden met staatsmiddelen en toegerekend te worden aan de staat. Tot slot moet de steunmaatregel zorgen voor concurrentievervalsing en een ongunstige invloed hebben op het EU-handelsverkeer.¹⁴

De maatschappelijke tendens voor belastingontwijking, alsmede de maatregelen die hiertegen getroffen zijn, kunnen negatieve gevolgen hebben voor de houdbaarheid van de CV/BV-structuur. Door een kwalificatiemismatch kunnen CV/BV-structuren Amerikaanse multinationals langdurig uitstel van belastingheffing verschaffen. Deze kwalificatiemismatch rijmt bijvoorbeeld niet met BEPS-actiepunt 2, voor het tegengaan van hybride mismatches. Ook vanuit een staatssteunperspectief blijkt er kritiek te zijn op de CV/BV-structuur en de CV/BV-ruling.¹⁵ De vraag die hierbij rijst is of de CV/BV-structuur, in het bijzonder het Besluit, in overeenstemming is met het staatssteunrecht. Dit onderzoek kan door het beantwoorden van deze vraag licht werpen op het staatssteunelement van de CV/BV-structuur. Gelet op het financiële belang van Nederland en de rechtsonzekerheid die Amerikaanse multinationals kunnen ondervinden als gevolg van een staatssteunonderzoek, is dit mijns inziens een relevant vraagstuk. In dit onderzoek zal daarom antwoord gegeven worden op de vraag of de CV/BV-structuur onverenigbare staatssteun vormt in de zin van art. 107 vweu.

¹² Redactie Vakstudie Nieuws, ‘Bijlage bij Brief Staatssecretaris van Financiën van 23 mei 2017: Notitie beschrijving stand van zaken APA-/ATR- praktijk 2017, nr. 2017-0000100477’, V-N 2017/31.3, p. 11-13.

¹³ C.A.T. Peters, ‘Staatssteun en tax rulings : over competitie tussen staten en de doodlopende weg van het recht’, *WFR* 2017/87, p. 1-2.

¹⁴ HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), r.o. 38.

¹⁵ Zie onder andere J. Vleggeert, ‘Dutch CV-BV Structures: Starbucks-Style Tax Planning and State Aid Rules’, *Bulletin for International Taxation* 2016/70, nr. 3.

1.2 Doel– en probleemstelling

In deze scriptie zal onderzocht worden of bij de CV/BV-structuur sprake is van onverenigbare staatssteun in de zin van art. 107 vweu. Reden voor de keuze voor de CV/BV-structuur en de bijbehorende ruling is het economische belang van de structuur. Zo zouden met de CV/BV-structuur 77.600 banen gemoed zijn en zou het fiscale vestigingsklimaat van Nederland ten opzichte van de VS gebaat zijn bij een dergelijke structuur.¹⁶ Om te onderzoeken of sprake is van onverenigbare staatssteun bij de CV/BV-structuur, kan de volgende onderzoeksvraag geformuleerd worden:

Onder welke omstandigheden kunnen de CV/BV-structuren en CV/BV-rulings aangemerkt worden als onverenigbare staatssteun op grond van art. 107 vweu?

Om een gestructureerd antwoord te kunnen geven op de hoofdvraag wordt dit onderzoek onderverdeeld in een aantal deelvragen:

Deelvraag 1: Wanneer kan op grond van art. 107 vweu sprake zijn van onverenigbare staatssteun?

Deelvraag 2: Wat zijn fiscale rulings en hoe verhouden fiscale rulings zich tot het staatssteunrecht?

Deelvraag 3: Wat is de CV/BV-structuur en wat zijn de fiscale aspecten hiervan?

Deelvraag 4: Voldoen de CV/BV-structuur en de bijbehorende ruling aan de cumulatieve criteria voor onverenigbare staatssteun als bedoeld in art. 107 vweu?

1.3. Methodologie

In dit literatuuronderzoek zal ten eerste de vraag worden beantwoord wanneer volgens de Europese staatssteunregels sprake is van onverenigbare staatssteun. In dit onderdeel worden verschillende aspecten van dit begrip behandeld. Allereerst zal worden gekeken naar de werking van art. 107 vweu, die aan de basis staat van dit begrip. Hierbij zullen de voorwaarden van onverenigbare staatssteun behandeld worden. Voor verdere invulling van deze voorwaarden zal gekeken worden naar relevante jurisprudentie en vakliteratuur omtrent dit onderwerp. Dit is een essentieel onderdeel van de analyse, aangezien in het verdere verloop van de scriptie de CV/BV-structuur getoetst zal worden aan deze voorwaarden.

In het derde hoofdstuk zullen fiscale rulings besproken worden. In dit onderdeel zal het doel van het overeenkomen van fiscale rulings besproken worden, alsmede de soorten rulings. Ook wordt het rulingbegrip nader besproken. In het tweede gedeelte van dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij de vraag hoe fiscale rulings zich verhouden tot het staatssteunrecht. Na een algemene beschrijving van het rulingbeleid in Nederland, zal in het vierde hoofdstuk dieper worden ingegaan op de systematiek van de CV/BV-structuur. Hierbij worden de verschillende fiscale aspecten van de CV/BV-structuur behandeld, alsmede de hybride entiteitsbepaling in het Verdrag NL-VS. Allereerst wordt behandeld hoe de CV/BV-structuur vanuit Nederland en Amerikaans perspectief fiscaal behandeld wordt.

¹⁶ Redactie Vakstudie Nieuws, 'CV/BV-structuren en informeel-kapitaalrulings', V-N 2017/23.4, p. 1-2.

Vervolgens wordt op internationaal niveau onderzocht wat de fiscale gevolgen zijn van de CV/BV-structuur. Tot slot zal ook het Besluit worden besproken. In het vijfde hoofdstuk wordt de CV/BV-structuur en de bijbehorende ruling onderworpen aan de toetsing van art. 107, eerste lid vweu. De CV/BV-structuur zal achtereenvolgens getoetst worden aan het voordeelcriterium, het selectiviteitscriterium, het bekostigingscriterium en het verstoringscriterium. Hierbij zal gebruik worden gemaakt van eerder gewezen jurisprudentie en vakliteratuur om te onderzoeken of de CV/BV-structuur cumulatief aan de voorwaarden van art. 107, eerste lid voldoet.

Na de staatssteuncriteria voor de CV/BV-structuur te hebben doorlopen, kan vervolgens stil worden gestaan bij de CV/BV-ruling. Hierbij zullen dezelfde voorwaarden getoetst moeten worden. In combinatie met een uitvoerige bespreking van staatssteuncriteria en de fiscale aspecten van de CV/BV-structuur en de bijbehorende ruling, kan een antwoord gegeven worden op de centrale onderzoeksvraag. Na de bovenstaande deelvragen te hebben beantwoord, kan worden afgesloten met een conclusie waarin de belangrijkste bevindingen en aanbevelingen voor vervolgonderzoek besproken zullen worden.

1.4. Afbakening

In deze scriptie wordt voornamelijk stilgestaan bij de Nederlandse dividend- en vennootschapsbelasting, het Europees recht en het internationale belastingrecht. Voor de systematiek van de CV/BV-structuur worden ook enkele kenmerkende elementen van het Amerikaanse belastingstelsel besproken. In deze scriptie zal echter niet worden ingegaan op de herziening van het Amerikaanse belastingstelsel als gevolg van de "Tax Cuts and Jobs Act 2017" en de eventuele gevolgen voor de CV/BV-structuur. Dit betreft recente wetgeving en draagt mijns inziens onvoldoende bij aan de systematiek van de CV/BV-structuur en daarmee de beantwoording van de onderzoeksvraag. Hoewel de voorgaande staatssteunonderzoeken van de EC voornamelijk gaan over de onjuiste vaststelling van verrekenprijzen, wordt in deze scriptie niet tot nauwelijks aandacht besteed aan transferpricing. Deze onderzoeken bieden namelijk weinig inzicht in de behandeling van hybride mismatches in staatssteunzaken en zijn daarom minder relevant voor de beantwoording van de onderzoeksvraag. De focus in dit onderzoek ligt op Amerikaanse multinationals, gezien de aard van de CV/BV-structuur. Onder "Amerikaanse multinationals" wordt in deze scriptie verstaan: vennootschappen die buiten de VS door middel van dochtervennootschappen commerciële activiteiten verrichten en daarbij een Amerikaanse tophoudstervennootschap bezitten.

2. Systematiek staatssteun

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal antwoord gegeven worden op de volgende deelvraag: "Wanneer kan op grond van art. 107 vweu sprake zijn van onverenigbare staatssteun?". In dit hoofdstuk worden de relevante bepalingen voor het beoordelen en bestrijden van onverenigbare staatssteun besproken. Hierbij zal eerst worden stilgestaan bij de voorwaarden voor onverenigbare staatssteun genoemd in art. 107, eerste lid vweu. Achtereenvolgens zal het voordeelcriterium, het selectiviteitscriterium, het bekostigingscriterium en het verstoringscriterium aan bod komen. Ook komen art. 107, tweede en derde lid vweu aan bod in dit hoofdstuk. In deze bepalingen staan de uitzonderingen voor art. 107, eerste lid vweu beschreven. Dit hoofdstuk vormt daarmee het fundament voor de toetsing van de CV/BV-structuur. Het onderdeel zal afgesloten worden met een tussenconclusie.

2.2 Achtergrond

In art. 3, derde lid van het EU-Verdrag (vEU) is opgenomen dat de doelstelling van de EU is om een interne markt te bewerkstelligen, waarbij duurzame en economische ontwikkeling wordt nagestreefd. Door middel van EU-verkeersvrijheden op het gebied van personen, goederen, diensten en kapitaal wordt het vrije verkeer in de EU gereguleerd. Het doel van de verkeersvrijheden is ervoor zorgen dat binnen- en buitenlandse ondernemingen eenzelfde behandeling ondergaan. De fundamentele verkeersvrijheden zouden gezien kunnen worden als een directe tegenhanger van het staatssteunrecht.¹⁷ Zo kan het staatssteunrecht ook zien op zuivere interne situaties en ziet het staatssteunrecht op positieve discriminatie, daar waar de fundamentele verkeersvrijheden zien op negatieve discriminatie. Positieve discriminatie houdt in dat door de introductie van steunmaatregelen bepaalde ondernemingen een voorkeursbehandeling krijgen ten opzichte van andere, vergelijkbare, ondernemingen. Onder negatieve discriminatie wordt verstaan het introduceren of behouden van maatregelen die zien op het belemmeren van bepaalde, vergelijkbare, ondernemingen.¹⁸ Het staatssteunrecht ziet op het tegengaan van bevoordelingen aan specifieke groepen ondernemingen, terwijl de EU-verkeersvrijheden zien op het tegengaan van een ongunstigere behandeling voor buitenlandse ondernemingen.

Het staatssteunrecht vormt een onderdeel van het mededingingsregime, ontwikkeld om concurrentievervalsing binnen de interne markt tegen te gaan.¹⁹ In het arrest *Air Liquide Industries Belgium* wordt dit doel van het staatssteunrecht ook uitdrukkelijk bevestigd.²⁰ Deze kunstmatig verbeterde concurrentiepositie kan leiden tot marktverstoringen en daarmee immers tot een verslechtering van de interne markt.

¹⁷ C.A.T. Peters, 'Staatssteun en tax rulings: over competitie tussen staten en de doodlopende weg van het recht', *WFR* 2017/87, onderdeel 4.2.

¹⁸ P.J. Wattel, O.C.R. Marres, H. Vermeulen, *Terra/Wattel European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation* (Fiscale Handboeken nr. 10), Deventer: Kluwer 2018, p. 44.

¹⁹ P. Wattel, 'Stateless income, state aid and the (which?) arm's length principle', *Intertax* 2016/44, nr. 11, p. 791-801.

²⁰ HvJ EU 15 juni 2006, C-393/04 en C-41/05 (*Air Liquide Industries Belgium*), r.o. 27.

Peters stelt dat het staatssteunrecht eerder als onderdeel van het interne marktrecht kan worden gezien dan als onderdeel van het mededingingsrecht.²¹ Hierbij sluit de auteur aan bij De Cecco, die stelt dat het mededingingsrecht tracht barrières op te werpen voor ondernemingen om een oneerlijke concurrentiepositie te bemachtigen, terwijl de staatssteunbepalingen zien op het wegnemen van belemmeringen voor het creëren van een interne markt.²² In de artikelen 107 en 108 vWEU worden de belangrijkste bepalingen van het staatssteunrecht weergegeven. Door middel van deze bepalingen wordt getracht te voorkomen dat overheden specifieke ondernemingen of goederen begunstigen, om zo een verbeterde concurrentiepositie voor deze ondernemingen te verkrijgen.

2.3 Artikel 107 vWEU

In art. 107, eerste lid vWEU worden de voorwaarden behandeld waaraan getoetst dient te worden of sprake is van een overheidsmaatregel die onverenigbaar is met de interne markt. In de rechtspraak wordt de toetsing van onverenigbare staatssteun doorgaans verdeeld in vier cumulatieve voorwaarden: het voordeelcriterium, het selectiviteitscriterium, het bekostigingscriterium en het verstoringcriterium.²³ In de onderstaande onderdelen zullen deze voorwaarden behandeld worden. Hierbij zal per onderdeel ingegaan worden op enerzijds de visie van de EC en anderzijds de relevante jurisprudentie van het HvJ. Voor de visie van de EC zal doorgaans gebruik worden gemaakt van de “Mededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van art. 107, lid 1, van het vWEU” (de Mededeling).²⁴ In art. 107, tweede en derde lid vWEU zijn de uitzonderingen van het eerste lid opgenomen. Ook deze maatregelen zullen behandeld worden in dit hoofdstuk.

2.3.1. Het voordeelcriterium

Om van onverenigbare staatssteun te spreken dient “een voordeel” aanwezig te zijn als gevolg van de (steun)maatregel. Onder een voordeel wordt volgens vaste jurisprudentie van het HvJ verstaan: *“maatregelen die in welke vorm ook, ondernemingen rechtstreeks of indirect kunnen bevoordelen”*.²⁵ Om te beoordelen of sprake is van een voordeel dient gekeken te worden naar marktconformiteit.²⁶ Hierbij moet de vraag worden gesteld of de marktdeelnemer als gevolg van normale marktwerking dit voordeel ook had kunnen verkrijgen. In de Mededeling geeft de EC aan dat voor de beoordeling of sprake is van afwijkende marktvoorwaarden de financiële situatie na toepassing van de maatregel dient te worden vergeleken met de

²¹ C.A.T. Peters, ‘Staatssteun en tax rulings: over competitie tussen staten en de doodlopende weg van het recht’, *WFR* 2017/87, onderdeel 4.2.

²² F. De Cecco, *State Aid and the European Economic Constitution*, Hart Publishing 2013, p. 31.

²³ HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), r.o. 38

²⁴ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01). Een mededeling van de EC valt onder zogenoemde “soft law”. Lidstaten zijn niet verplicht soft law te implementeren, maar bieden een inzicht in de denkwijze van de EC met betrekking tot –in dit geval– staatssteun.

²⁵ HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), r.o. 65.

²⁶ HvJ EU 9 oktober 2014, C-522/13 (Navantia), r.o. 21.

situatie waarin de maatregel niet van toepassing zou zijn.²⁷ Indien dit voordeel niet onder normale marktvoorwaarden verkregen zou kunnen worden, dan zal het voordeeltcriterium slagen.

Daarbij wordt in de jurisprudentie het voordeeltbegrip zeer breed geformuleerd en wordt gesteld dat het voordeel verschillende gedaantes kan aannemen. Het voordeeltbegrip vormt een objectief begrip, waarbij dus niet gekeken wordt naar de bevoordelingsintentie.²⁸ In het arrest *Paint Graphos* wordt aangegeven dat een voordeel niet alleen het positieve effect van een subsidie omvat, maar zich ook kan voordoen indien sprake is van een steunmaatregel die ziet op een lastenverlichting voor de desbetreffende onderneming(en).²⁹ Onder een voordeel valt tevens het hebben van een (fiscale) voorkeursbehandeling.³⁰ Hierbij kan gedacht worden aan een vrijstelling of een belastingvermindering.

Een maatregel die belastinguitstel voor een belastingplichtige bewerkstelligt kan ook aangemerkt worden als een steunmaatregel.³¹ *Wattel* gaat in op het staatssteunonderzoek van de EC naar Apple.³² Vanwege een hybride mismatch hoefde Apple geen belasting te betalen. Hierdoor kon Apple in het buitenland gegenereerde winsten gebruiken om te herinvesteren in haar lokale entiteiten. *Wattel* constateert dat dit onbepaalde belastinguitstel aangemerkt kan worden als een voordeel. Mijns inziens is onbepaald uitstel van belastingheffing een voordeel, mede vanwege de tijds waarde van geld. Dit onbepaalde uitstel strookt tevens niet met marktconformiteit, gezien andere marktdeelnemers niet van deze mogelijkheid gebruik kunnen maken. In de Mededeling wordt bevestigd dat een breed voordeeltbegrip gehanteerd moet worden. Daarin wordt aangegeven dat het voordeeltcriterium van toepassing is wanneer bepaalde marktdeelnemers kosten niet hoeven te dragen, daar waar vergelijkbare marktdeelnemers in een normale marktsituatie wel met deze kosten te maken zouden hebben.³³ Indien dit voordeel echter voor alle marktdeelnemers van toepassing is, dan hoeft hierbij logischerwijs geen sprake te zijn van een voordeel.

Een voordeel kan ook indirect verstrekt worden aan de begunstigde. In de Mededeling wordt aangegeven dat het hierbij kan gaan om een voordeel dat verkregen wordt door een andere onderneming dan de begunstigde onderneming. Een voorbeeld betreft een tussenhoudster die slechts voor het behalen en overdragen van het voordeel is opgericht.³⁴ Voor de bevoordeling van het voordeeltcriterium dient tevens gekeken te worden of het voordeel toekomt aan een onderneming. Onder een onderneming wordt in dit verband verstaan een entiteit die ongeacht haar financieringsvorm of rechtspersoonlijkheid economische

²⁷ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2016/C 262/01), punt 67.

²⁸ HvJ EU 8 december 2011, C-81/10 (*France Télécom SA*), r.o. 17.

²⁹ HvJ EU 8 september 2011, C-78/08, C-79/08, C-80/08 (*Ministero Economia (Italië)/Paint Graphos*), r.o. 45 en 46.

³⁰ HvJ EU 29 maart 2012, C-417/10 (*3M Italia*), r.o. 38.

³¹ HvJ EU 10 januari 2006, C-222/04 (*Cassa di Risparmio di Firenze SpA*), punt 132.

³² P. *Wattel*, ‘Staatssteun of exportsubsidie?’, *NJB* 2017/1796, p. 1-2.

³³ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2016/C 262/01), punt 69.

³⁴ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2016/C 262/01), punt 115 en 116.

activiteiten uitvoert.³⁵ Hierbij wordt onder een economische activiteit verstaan iedere activiteit waarbij goederen en diensten worden aangeboden op een bepaalde markt.³⁶ Vanwege het wederom ruim gehanteerde begrip kunnen ook non-profit organisaties, zoals kerkelijke instanties, onder het staatssteunrecht vallen.³⁷

2.3.2 Het selectiviteitscriterium

Indien een voordeel als bedoeld in art. 107 vWEU behaald wordt, dient vervolgens onderzocht te worden in hoeverre voor dit voordeel sprake is van selectiviteit. Van een selectief voordeel is sprake indien het geconstateerde voordeel toegekend wordt aan specifieke (groepen) ondernemingen of bepaalde producties.³⁸ Ook maatregelen die initieel van algemene aard lijken te zijn kunnen alsnog in zekere mate een selectief voordeel bevatten voor bepaalde ondernemingen of producties. Binnen het selectiviteitscriterium dient onderscheid gemaakt te worden tussen materiële selectiviteit en regionale selectiviteit. Alvorens in te gaan op beide soorten selectiviteit, dient te worden opgemerkt dat het toetsingskader ontworpen voor materiële selectiviteit tevens van toepassing is op regionale selectiviteit.

2.3.2.1 Materiële selectiviteit

Van materiële selectiviteit is sprake indien de maatregel betrekking heeft op specifieke (groepen) ondernemingen, economische sectoren of bepaalde producties in een lidstaat. Hiermee is materiële selectiviteit ruimer dan regionale selectiviteit, die zich beperkt tot de vraag of voordeel wordt toegekend aan een specifieke omgeving binnen een lidstaat. Zowel in juridische als in feitelijke zin kan sprake zijn van selectiviteit. Van juridische selectiviteit is sprake indien het voordeel op grond van de wet- en regelgeving toegekend wordt aan bepaalde ondernemingen of producties. In dat geval wordt op grond van de wet een onderscheid aangebracht tussen verscheidene ondernemingen op bijvoorbeeld het gebied van rechtsvorm, omvang van de onderneming, financiële positie of het tijdstip van oprichting van de onderneming.

Van feitelijke selectiviteit is sprake indien de regeling en de criteria voor de toepassing van een maatregel algemeen geformuleerd zijn, maar in feite betrekking hebben op specifieke (groepen) ondernemingen. In de Mededeling wordt aangegeven dat hierbij gedacht kan worden aan het opwerpen van drempels waardoor bepaalde ondernemingen worden uitgesloten van de toepassing van een dergelijke maatregel.³⁹ Volledigheidshalve bestaat naast juridische en feitelijke selectiviteit eveneens discretionaire selectiviteit. Deze vorm van selectiviteit kenmerkt zich doordat in eerste instantie de regeling algemeen lijkt te zijn geformuleerd, maar door de discretionaire bevoegdheid van belastingautoriteiten alsnog als selectief kan worden beschouwd.

³⁵ HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), r.o. 41.

³⁶ HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), r.o. 45.

³⁷ HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), r.o. 43.

³⁸ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 117.

³⁹ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 122.

Het stellen van algemene criteria kan volgens de Mededeling leiden tot een beoordelingsruimte voor belastingautoriteiten. Dit kan vervolgens gepaard gaan met de bevoordeling van bepaalde ondernemingen.⁴⁰ Indien bij deze beoordeling gebruik wordt gemaakt van voorwaarden die vreemd zijn aan het belastingstelsel, kan deze discretionaire bevoegdheid gezien worden als een selectieve maatregel. Het HvJ geeft in het arrest P Oy nadere uitleg omtrent het antwoord op de vraag wanneer sprake kan zijn van discretionaire selectiviteit.⁴¹ Van discretionaire selectiviteit is sprake indien de (belasting-)autoriteit door zijn discretionaire bevoegdheid in staat is begunstigden te selecteren of voorwaarden voor maatregelen kan introduceren die niet als algemeen beschouwd kunnen worden.

Om te beoordelen of sprake is van selectiviteit, heeft het HvJ een toetsingskader opgesteld.⁴² Hierbij dienen drie stappen te worden doorlopen. Ten eerste dient het referentiekader te worden vastgesteld. Zoals ook uit de Mededeling blijkt, dient het referentiekader te worden gezien als ijkpunt voor de analyse of sprake is van selectiviteit.⁴³ In de Mededeling wordt aangegeven dat onder de referentieregeling wordt bedoeld: *“een coherent geheel van regels die algemeen toepasselijk zijn – op grond van objectieve criteria – voor alle ondernemingen die vallen binnen het toepassingsgebied ervan zoals dat door de doelstelling ervan is omschreven.”*⁴⁴ De EC geeft in de Mededeling aan dat voor de referentieregeling aangesloten dient te worden bij elementen die de heffing kunnen beïnvloeden, zoals de heffingsgrondslag, de belastingplicht of de belastingpercentages. Het HvJ heeft echter geen algemene definitie voor het begrip “referentieregeling” gedefinieerd. Wel kan uit de arresten van het HvJ worden afgeleid dat voor dit begrip een ruime benadering wordt toegepast. Zo wordt in het arrest Paint Graphos als referentieregeling de gehele vennootschapsbelasting genomen om te beoordelen of de maatregel in kwestie selectief is.⁴⁵

Nadat de referentieregeling is vastgesteld, dient te worden beoordeeld of sprake is van een afwijking ten opzichte van deze referentieregeling. Een afwijking wordt geconstateerd wanneer sprake is van een begunstiging van specifieke (groepen) ondernemingen of producties ten opzichte van ondernemingen of producties die rechtens dan wel in feite een vergelijkbare positie bekleden.⁴⁶ Om te beoordelen of onderscheid tussen bepaalde ondernemingen wordt gemaakt geeft de EC aan dat de doelstelling van de referentieregeling in ogenschouw dient te worden genomen. Deze zienswijze volgt echter niet duidelijk uit de rechtspraak van het HvJ. In verscheidene arresten heeft het HvJ aangegeven dat voor een mogelijke afwijking op de referentieregel gekeken dient te worden naar de doelstellingen van de betrokken

⁴⁰ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 124.

⁴¹ HvJ EU 18 juli 2013, C-6/12 (P Oy), r.o. 25 tot en met 27.

⁴² HvJ EU 21 december 2016, C-20/15 en C-21/15 (World Duty Free Group e.a.), r.o. 57 en 58.

⁴³ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 132.

⁴⁴ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 133.

⁴⁵ HvJ EU 8 september 2011, C-78/08, C-79/08, C-80/08 (Ministero Economia (Italië)/Paint Graphos), r.o. 50.

Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 136.

steunmaatregel.⁴⁷ Het HvJ oordeelt echter in andere arresten weer dat de afwijking beoordeeld dient te worden vanuit de doelstelling van de referentieregeling, hetgeen in overeenstemming is met de Mededeling.⁴⁸ Op basis van de Mededeling, alsmede de recente arresten Heitkamp Bauholding, Paint Graphos en in het bijzonder World Duty Free Group, stel ik mij op het standpunt dat voor de beoordeling van een mogelijk onderscheid aangesloten dient te worden bij de doelstelling van de referentieregeling. Voor wat betreft de afwijking van de referentieregeling heeft de EC een uitzondering gemaakt voor milieu- en gezondheidsheffingen. Dergelijke heffingen volgen immers niet de referentieregeling, maar dienen een extrinsieke doelstelling, zoals het bevorderen van het milieu. Hoewel deze maatregelen niet het beoogde doel van de referentieregeling nastreven, geeft de EC aan dat deze maatregelen alsnog geen afwijking vormen.

Indien een afwijking van de referentieregeling geconstateerd wordt waarbij vergelijkbare ondernemingen juridisch of feitelijk een andere (fiscale) behandeling verkrijgen, biedt het derde onderdeel van het toetsingskader nog een mogelijkheid tot rechtvaardiging. Een maatregel is niet selectief indien de aard en de opzet van de referentieregeling de afwijking rechtvaardigt. De desbetreffende maatregel vloeit immers voort uit de noodzaak om de doeltreffendheid en het functioneren van de referentieregeling te behouden en daarmee uit de basisbeginselen van het belastingstelsel.⁴⁹ Als rechtvaardigingsgronden kan worden gedacht aan verschillende maatregelen in het verlengde van het bestrijden van misbruik of het nastreven van een coherent belastingstelsel.⁵⁰ Antimisbruikbepalingen, het introduceren van administratieve vereisten of het vermijden van dubbele belasting zijn voorbeelden van maatregelen die als rechtvaardiging kunnen dienen. Beleidsdoelstellingen die vreemd zijn aan het belastingstelsel of de referentieregeling kunnen nooit een rechtvaardiging vormen voor een afwijking van de referentieregeling.⁵¹ Een maatregel wordt als selectief beschouwd, indien een doelstelling niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bovenstaande rechtvaardigingsgronden.

⁴⁷ HvJ EU 4 juni 2015, C-15/14 P (Commissie/MOL), r.o. 59. Hierin wordt het volgende overwogen: *“Te dien einde moet zij met name bewijzen dat de maatregel in kwestie leidt tot verschillen tussen ondernemingen die zich ten aanzien van het doel van de maatregel in een vergelijkbare situatie bevinden”*.

⁴⁸ HvJ EU 21 december 2016, C-20/15 en C-21/15 (World Duty Free Group e.a.), r.o. 57.

⁴⁹ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 138.

⁵⁰ De jurisprudentie omtrent de mogelijke rechtvaardigingsgronden voor selectiviteit is gering, maar in het arrest Paint Graphos is het nastreven van een coherent belastingstelsel inmiddels erkend als mogelijke rechtvaardigingsgrond, waarbij het bestrijden van misbruik in het arrest GIL Insurance is aangenomen als rechtvaardigingsgrond.

⁵¹ P.C. van der Vegt, ‘Conceptuele dilemma’s ten aanzien van het begrip “selectieve belastingvoordelen”, WFR 2017/3, onderdeel 5.

2.3.2.2 Regionale selectiviteit

Indien sprake is van regionale selectiviteit, dan wordt een voordeel slechts toegekend aan ondernemingen die zich bevinden in een bepaalde omgeving binnen een lidstaat. Voor regionale selectiviteit geldt dat eenzelfde toetsing dient te worden uitgevoerd als voor de toetsing aan materiële selectiviteit. In de Mededeling inzake staatssteun uit 1998 gaf de EC aan dat van selectiviteit per definitie sprake was indien een maatregel voordelen toekende aan een specifieke regio.⁵² Dit standpunt is echter op basis van later gewezen arresten incorrect. Zo was in het Azorenarrest in geschil of een gunstiger belastingstelsel op de Azoren onverenigbare staatssteun vormde. Voor de beoordeling of sprake is van regionale selectiviteit heeft het HvJ in dit arrest voor drie mogelijke situaties het referentiekader uiteengezet.⁵³ Dit is later ook overgenomen door de EC in de Mededeling.⁵⁴ De eerste situatie betreft een centrale regering die het besluit neemt bepaalde regio's te bevoordelen door een lager tarief dan het gebruikelijke tarief in deze regio's te hanteren. In dit geval dient als referentie het gehele grondgebied van een lidstaat vergeleken te worden met deze specifieke regio's om selectiviteit te toetsen. De tweede situatie betreft lokale of regionale overheden die fiscaal autonoom het belastingtarief kunnen bepalen voor specifieke regio's binnen een lidstaat. Hierbij wordt als referentiekader niet het gehele grondgebied van de lidstaat genomen, maar van het regionale belastingstelsel. Dit impliceert dat bij een lager belastingtarief niet per definitie sprake is van selectiviteit. Van de derde situatie is sprake als slechts lokale of regionale overheden invloed kunnen uitoefenen op de fiscale maatregelen binnen een bepaalde regio. In dat geval moet getoetst worden of de lokale overheid ten opzichte van een centrale overheid een voldoende fiscaal autonoom karakter heeft.

Indien aan drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan, is sprake van voldoende fiscale autonomie. De eerste voorwaarde betreft institutionele autonomie. Volgens deze voorwaarde moet de lokale overheid in staat zijn zelf beslissingen te kunnen nemen. Volgens de tweede voorwaarde dient sprake te zijn van procedurele autonomie. De centrale overheid dient geen directe zeggenschap te hebben over de inhoud van de fiscale maatregel. Tot slot dient sprake te zijn van economische autonomie. Dit betekent dat de lokale overheid de financiële gevolgen van de maatregel moet dragen.⁵⁵ Indien aan deze voorwaarden wordt voldaan, dient als referentiekader het regionale belastingstelsel in acht te worden genomen. In het Azorenarrest bood de lokale overheid van de Azoren een verlaging van belastingtarieven voor ondernemingen om de nadelen van het vestigingsklimaat te compenseren. Van essentieel belang is hier dat de lokale overheid voor haar verlaagde belastinginkomsten gecompenseerd werd door de Portugese overheid. Daardoor achtte het HvJ de lokale overheid onvoldoende economisch autonoom en werd de maatregel vergeleken met het belastingstelsel van het gehele geografische grondgebied van Portugal.⁵⁶

⁵² Mededeling van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen 31998Y1210(01) (PbEU 98/C 384/03), punt 13-27.

⁵³ HvJ EU 6 september 2006, C-88/03 (Commissie/Portugal), r.o. 63 - 66.

⁵⁴ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 142-155.

⁵⁵ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 145-155.

⁵⁶ HvJ EU 6 september 2006, C-88/03 (Commissie/Portugal), r.o. 70 - 77.

2.3.3 Bekostigingscriterium

Voor het derde staatssteuncriterium is het van belang dat de steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd zijn. Voor het bekostigingscriterium heeft het HvJ twee cumulatieve voorwaarden ontwikkeld. Ten eerste dient de fiscale maatregel toegerekend te worden aan de staat en ten tweede moet de financiering van het desbetreffende voordeel voortvloeien uit staatsmiddelen.⁵⁷ Om te beoordelen of een maatregel toerekenbaar is aan een overheidsinstantie, dient te worden getoetst of de overheidsinstantie betrokken is geweest bij de desbetreffende maatregel. In de Mededeling wordt aangegeven dat een voordeel per definitie aan de staat valt toe te rekenen indien het voordeel rechtstreeks door de staat aan de bevoordeelde wordt verleend.⁵⁸ Ook kan het voordeel verleend worden aan een begunstigde via een publiekrechtelijk of privaatrechtelijk lichaam. In het arrest GEMO geeft de Franse fiscus aan dat het voordeel niet toerekenbaar is aan de Franse overheid, omdat privaatrechtelijke ondernemingen de bevoordelende maatregelen uitvoerden. Derhalve zou de situatie niet binnen het toepassingsbereik van het staatssteunrecht vallen. Ondanks de juridische vormgeving van de privaatrechtelijke ondernemingen concludeerde het HvJ dat het voordeel toegerekend kon worden aan de Franse overheid en daarmee aan het bekostigingscriterium voldaan werd.⁵⁹ Daaruit valt logischerwijs op te maken dat de beoordeling van toerekenbaarheid materieel moet worden gezien.

Een grijs gebied ontstaat wanneer steun geleverd wordt via overheidsbedrijven. Een fiscale maatregel kan bekostigd zijn door een overheidsbedrijf en daarmee onder het staatssteunrecht vallen. Ook indien de financiering van een voordeel door een overheidsbedrijf wordt uitgevoerd, kan het bekostigingscriterium slagen. Om dit te beoordelen dienen deze staatsmiddelen toerekenbaar te zijn aan het overheidsbedrijf.⁶⁰ In het geval van overheidsbedrijven kan worden gedacht aan een privaatrechtelijke onderneming met rechtspersoonlijkheid, waarin de overheid doorgaans een beleidsbepalende invloed heeft. Zelfs indien de overheid een dominerende invloed heeft op een overheidsbedrijf, mag niet om die reden geconcludeerd worden dat de maatregel toe te rekenen is aan de staat en daarmee aan het toerekeningsvereiste is voldaan.⁶¹ Wel geeft de EC in de Mededeling aan dat het risico op mogelijke onverenigbaarheid met het staatssteunrecht reëel is, gelet op de relatie tussen de overheid en het overheidsbedrijf. In haar Mededeling heeft de EC tevens een aantal aanwijzingen uiteengezet, waardoor getoetst kan worden of de maatregel toegerekend kan worden aan de staat. Hierbij kan gedacht worden aan de mate waarin de overheid invloed heeft op de bedrijfsuitoefening van het overheidsbedrijf, bij haar beslissingen rekening dient te houden met de voorwaarden die de overheid stelt en in hoeverre het overheidsbedrijf deel uitmaakt van de structuur van overheidsdiensten.

⁵⁷ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2016/C 262/01), punt 38.

⁵⁸ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2016/C 262/01), punt 39.

⁵⁹ HvJ EU 20 november 2003, C-126/01 (*GEMO*), r.o. 26.

⁶⁰ HvJ 8 december 2011, C-81/10 P (*France Télécom SA*), r.o. 106-110.

⁶¹ HvJ EU 16 mei 2002, C-482/99 (*Stardust Marine*), r.o. 52-57.

Ten tweede dienen de voordelen die afkomstig zijn van de steunmaatregelen bekostigd te worden door middel van staatsmiddelen. Hierbij is irrelevant of staatsmiddelen als gevolg van de steunmaatregel rechtsreeks of via publiek- of privaatrechtelijke overheidsinstanties aan begunstigden worden gefinancierd. Ook regionale fiscale maatregelen kunnen bekostigd worden door staatsmiddelen. Staatsmiddelen kunnen in de zin van het staatssteunrecht verschillende vormen aannemen. Onder het begrip staatsmiddelen vallen onder andere positieve overdrachten van de overheid jegens de begunstigden, zoals het verstrekken van subsidies, leningen of prestaties die de budgettaire lasten van een onderneming verlichten.⁶²

Om te beoordelen of sprake is van staatsmiddelen dient in ieder geval inkomstenderving voor de overheid aanwezig te zijn. Hierbij kan gedacht worden aan een steunmaatregel die een vrijstelling of verlaging in het belastingstelsel tot stand brengt.⁶³ Het leveren van een belastingvermindering of belastinguitstel kan ook in bepaalde situaties als steunmaatregel worden aangemerkt.⁶⁴ Het HvJ overweegt dat in het geval van inkomstenderving onderzocht moet worden in hoeverre de lasten van de verleende steunmaatregel direct of indirect drukken op de begroting van de overheid. Ook toekomstige overheidslasten die voortvloeien uit bepaalde toezeggingen of garanties kunnen staatsmiddelen vormen in de zin van art. 107 vWEU. In het arrest *France Télécom SA* had de Franse overheid zich gecommitteerd tot het leveren van steun aan het telecombedrijf nadat een kredietratingbureau de rating van langlopende schulden verlaagd had. Het HvJ concludeerde dat door de toezegging van de overheid aan het telecombedrijf een reële toekomstige last voor de Franse overheidsbegroting zou ontstaan en daarmee dus sprake is van een voordeel bekostigd met staatsmiddelen.

2.3.4 Het verstoringscriterium

Voor de toepassing van art. 107 vWEU dient tot slot getoetst te worden of de steunmaatregel de mededinging binnen de EU (dreigt) te vervalsen en of deze maatregel een ongunstige invloed heeft op het intracommunautaire handelsverkeer. Concurrentievervalsing en de ongunstige invloed op het EU-handelsverkeer zijn twee losstaande criteria. Echter geeft de EC aan dat deze criteria onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn en daarom gezamenlijk beoordeeld worden.⁶⁵ Voor het slagen van beide voorwaarden is het volgens het HvJ niet benodigd dat daadwerkelijke concurrentievervalsing of een ongunstige invloed van het EU-handelsverkeer dient te worden aangetoond. Het HvJ stelt slechts de eis dat de EC dient vast te stellen dat het risico bestaat dat de desbetreffende maatregelen potentiële concurrentievervalsing of een ongunstige invloed met zich mee kunnen brengen.⁶⁶ Hierbij mag deze voorwaarde niet louter hypothetisch zijn, ofwel voor het slagen van deze criteria dient beargumenteerd te worden waarom de desbetreffende

⁶² Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2016/C 262/01), punt 51.

⁶³ HvJ EU 8 september 2011, C-78/08, C-79/08, C-80/08 (*Ministero Economia (Italië)/Paint Graphos*), r.o. 45-47.

⁶⁴ HvJ EU 10 januari 2006, C-222/04 (*Cassa di Risparmio di Firenze SpA*), punt 132.

⁶⁵ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2016/C 262/01), punt 186. Voor dit onderzoek zal aansluiting worden gezocht bij de toetsingsmethodiek van het HvJ. Daarom zal ook voor de staatssteunanalyse voor CV/BV-structuren op een overeenkomstige wijze worden toegepast.

⁶⁶ HvJ EU 14 januari 2015, C-518/13 (*Eventech*), r.o. 65.

maatregel zal leiden tot mogelijke concurrentievervalsing of een negatieve beïnvloeding van het EU-handelsverkeer. Van concurrentievervalsing is sprake indien een maatregel bewerkstelligt dat de bevoordeelde onderneming ten opzichte van concurrenten haar concurrentiepositie versterkt. Hierbij is het niet van belang dat door middel van de steun ook daadwerkelijk een groter aandeel binnen de markt wordt behaald door de begunstigde. Indien een onderneming bevrijd wordt van lasten die zij zonder de steunmaatregel had moeten dragen, dan kan ook sprake zijn van concurrentievervalsing.⁶⁷ Dit criterium wordt in de rechtspraak van het HvJ relatief snel aangenomen, ondanks dat één van de hoofddoelen van het staatssteunrecht is om concurrentievervalsing tegen te gaan.⁶⁸

In het arrest Commissie/Italië en Wam SpA heeft het HvJ uiteengezet wanneer sprake is van een ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer.⁶⁹ Hiervan kan sprake zijn indien een lidstaat door middel van het verlenen van steun de positie van bepaalde ondernemingen binnen de Unie versterkt ten opzichte van concurrerende ondernemingen. De geringe omvang van het desbetreffende voordeel hoeft niet uit te sluiten dat geen verstoring van het intracommunautaire handelsverkeer bestaat.⁷⁰ Voor steunmaatregelen geldt echter wel een minimumdrempel van 200.000 euro aan één onderneming in een periode van drie jaar. Een steunmaatregel kan door deze minimumdrempel alsnog verenigbaar zijn met het staatssteunrecht.⁷¹ Een ongunstige invloed van het EU-handelsverkeer kan ook ontstaan indien de bevoordeelde ondernemingen geen grensoverschrijdende activiteiten verrichten. Als zuivere interne situaties bevoordeeld worden, kan toetreding voor buitenlandse ondernemingen worden bemoeilijkt en daarmee ook het EU-handelsverkeer negatief worden beïnvloed.⁷² Ondernemingen kunnen als gevolg van zuiver interne situaties ook in korte tijd hun concurrentiepositie versterken ten opzichte van buitenlandse ondernemingen. Deze ondernemingen kunnen door deze steunmaatregelen later actief worden op de intracommunautaire markt en een kunstmatig verbeterde concurrentiepositie verkrijgen.⁷³

Onder bepaalde omstandigheden is het echter mogelijk dat een zuiver lokale maatregel geen ongunstige invloed kan hebben op het EU-handelsverkeer. Het gaat hierbij om specifieke omstandigheden waarbij de kans op het aantrekken van buitenlandse klanten gering is en het effect op grensoverschrijdende activiteit op marginaal kan worden geschat.⁷⁴ Voorbeelden kunnen hierbij zijn maatregelen met betrekking tot ziekenhuizen, culturele evenementen of sport- en recreatievoorzieningen.

⁶⁷ HvJ EU 30 april 2009, C-494/06 (Commissie/Italië en Wam SpA), r.o. 54.

⁶⁸ Zie in dit verband: HvJ EU 15 juni 2006, C-393/04 en C-41/05 (Air Liquide Industries Belgium), r.o. 27.

⁶⁹ HvJ EU 30 april 2009, C-494/06 (Commissie/Italië en Wam SpA), r.o. 51-53.

⁷⁰ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 192.

⁷¹ Artikel 3, eerste en tweede lid Verordening (EU) 1407/2013.

⁷² HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), r.o. 79.

⁷³ HvJ EU 10 januari 2006, C-222/04 (Cassa di Risparmio di Firenze SpA), r.o. 143.

⁷⁴ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 196 en 197.

Tot slot is het relevant op te merken dat voor een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer geen vergelijking getrokken mag worden met de situatie in andere lidstaten.⁷⁵ Met betrekking tot de vraag of de Nederlandse zeehavenvrijstelling, opgenomen in art. 6c Wet VpB 1969, onverenigbare staatssteun vormde, gaf de staatssecretaris van Financiën in zijn betoog aan dat het intracommunautaire handelsverkeer niet ongunstig beïnvloed werd als gevolg van deze regeling. Reden hiervoor was dat andere lidstaten een soortgelijke regeling in hun belastingsysteem opgenomen hadden en daarmee dus geen versterkte concurrentiepositie zou worden genoten. In het besluit van 21 januari 2016 geeft de EC aan niet eens te zijn met dit argument.⁷⁶ Slechts van belang is of een versterking van de concurrentiepositie optreedt als gevolg van deze steunmaatregel. Het argument dat andere lidstaten soortgelijke bepalingen opgenomen hebben in hun belastingsysteem is niet relevant voor het antwoord op de vraag of sprake is van een ongunstige beïnvloeding van het EU-handelsverkeer.

2.3.5 Uitzonderingen staatssteun

Wanneer alle hiervoor beschreven criteria slagen, kan een maatregel alsnog verenigbaar zijn met het staatssteunrecht. Dit is het geval wanneer sprake is van een maatregel zoals bedoeld in art. 107, tweede en derde lid vweu. Indien een lidstaat gebruik wil maken van de uitzonderingssituaties genoemd in het tweede en derde lid, dient de lidstaat aannemelijk te maken dat de steunmaatregel op grond van deze bepalingen verenigbaar is met de interne markt. In het tweede lid worden een aantal zeer specifieke (onvoorwaardelijke) uitzonderingen opgenomen, zoals financiële steun ter compensatie van schade na een natuurramp. Ook kunnen steunmaatregelen van sociale aard aan individuen vallen onder het tweede lid, mits geen onderscheid gemaakt wordt in de oorsprong van de producten. Hierbij kan gedacht worden aan het bieden van vervoersdiensten aan individuen woonachtig in afgelegen gebieden.

In het derde lid worden vervolgens een aantal (voorwaardelijke) uitzonderingssituaties opgenomen die verenigbaar *kunnen* zijn met de interne markt. De uitzonderingssituatie genoemd in art. 107, derde lid, onderdeel a vweu betreft steunmaatregelen aan gebieden waar een beduidend ongunstiger economisch klimaat heerst ten opzichte van de gehele economische toestand van de EU.⁷⁷ Hierbij gaat het om enkele ultra perifere gebieden en regio's waar de koopkrachtstandaard ten hoogste 75 procent is van het koopkrachtgemiddelde van alle EU-landen over de laatste drie jaren. In art. 107, derde lid, onderdeel b vweu vallen ook steunmaatregelen die zien op het tegengaan van ernstige verstoringen van de (gehele) economie van een lidstaat. Hierbij kan gedacht worden aan steunmaatregelen voor de bankenwereld als gevolg van de kredietcrisis. Art. 107, derde lid onderdeel c omvat maatregelen die zien op het bevorderen bepaalde economieën waarbij het positieve effect op het Europees belang opweegt tegen de negatieve effecten van de steunmaatregel.⁷⁸

⁷⁵ HvJ EU 22 maart 1977, C-78/76 (Steinike & Weinlig), r.o. 23 en 24.

⁷⁶ Besluit Europese Commissie van 21 januari 2016 betreffende steunmaatregel SA.25338 (2014/C), C(2016) 167 final, punt 67 en 68.

⁷⁷ HvJ EU 7 maart 2002, C-310/99 (Italië/Commissie), r.o. 77.

⁷⁸ Volledigheidshalve verwijs ik voor de voorwaarden naar de punten 32 tot en met 34 van de Mededeling van 26 januari 2013 met kenmerk 2013/C 25/01

Zo valt het vergemakkelijkt tonnage regime van art. 3.22 van de Wet IB 2001 onder art. 107, derde lid onderdeel c vweu.⁷⁹ Onder art. 107, derde lid, onderdeel d vallen maatregelen die het in stand houden van culturele erfgoed bevorderen, zolang het gemeenschappelijk belang niet wordt geschaad als gevolg van de steunmaatregelen. Zo kunnen in Nederland giften aan culturele instellingen worden afgetrokken op grond van de artikelen 6.39a Wet IB 2001 en 16, derde lid Wet Vpb 1969. Tot slot is er art. 107, derde lid, onderdeel e. Dit betreffen steunmaatregelen die niet onder de eerder genoemde uitzonderingen vallen, maar specifiek door de Raad van Ministers zijn aangewezen. Uit het voorgaande volgt dat deze bepalingen zien op zeer specifieke situaties.

2.4. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is getracht antwoord te geven op de volgende deelvraag: *wanneer kan op grond van art. 107 en 108 vweu sprake zijn van onverenigbare staatssteun?* In het eerste onderdeel van dit hoofdstuk is ingegaan op het staatssteunrecht. Van onverenigbare staatssteun als bedoeld in art. 107 vweu is sprake indien aan vier cumulatieve voorwaarden is voldaan: het voordeelcriterium, het selectiviteitscriterium, het bekostigingscriterium en het verstoringscriterium.

Van een voordeel is sprake indien de begunstigde dit voordeel niet onder normale marktomstandigheden had kunnen verkrijgen en deze maatregel resulteert in een verbeterde financiële positie voor de begunstigde. Indien voldaan wordt aan het voordeelcriterium, dient beoordeeld te worden of sprake is van selectiviteit. Selectiviteit kan twee vormen aannemen: materiële selectiviteit en regionale selectiviteit. Voor materiële selectiviteit wordt gekeken naar een steunmaatregel op nationaal niveau. Het toetsingskader hiervoor bestaat uit drie onderdelen. Allereerst dient de referentieregeling te worden vastgesteld, waarna beoordeeld moet worden of de steunmaatregel afwijkt van de referentieregeling. Indien geen rechtvaardigingsgronden bestaan voor de afwijking, wordt een steunmaatregel als selectief beschouwd. Regionale selectiviteit is slechts beperkt tot steunmaatregelen die van toepassing zijn op specifieke gebieden. Ook voor regionale selectiviteit dient eenzelfde toetsing te worden doorlopen.

De derde voorwaarde voor onverenigbare staatssteun betreft het bekostigingscriterium. Hierbij moeten de voordelen toegerekend kunnen worden aan de staat en tevens als staatsmiddelen gekwalificeerd worden. De definitie "staatsmiddelen" is een breed begrip. Tot slot geldt het concurrentiecriterium. Het hoofddoel van het staatssteunrecht is concurrentievervalsing tegengaan. Voor de beoordeling van het concurrentiecriterium dient te worden getoetst of sprake is van ongunstige invloed op het intracommunautaire handelsverkeer, alsmede of sprake is van concurrentievervalsing. Indien aan de vier cumulatieve criteria zijn voldaan is in beginsel sprake van onverenigbare staatssteun in de zin van art. 107, eerste lid vweu. In art. 107, tweede en derde lid vweu zijn echter enkele uitzonderingen opgenomen die een maatregel alsnog verenigbaar kunnen maken met het staatssteunrecht.

⁷⁹ Besluit Europese Commissie van 27 april 2010 betreffende steunmaatregel N 714/2009, C(2010) 2544. Zie ook de beschikkingen N 738/1995 en N 457/2008.

3. Fiscale Rulings

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal antwoord gegeven worden op de volgende deelvraag: *“Wat zijn fiscale rulings en hoe verhouden fiscale rulings zich tot het staatssteunrecht?”* In Nederland bestaat voor de belastingplichtige de mogelijkheid in overleg met de Belastingdienst zekerheid vooraf te verkrijgen over de toepassing van de wet- en regelgeving op een specifieke casus voor een bepaalde periode. Deze zekerheid wordt vormgegeven door middel van fiscale rulings. Hoewel diverse landen een soortgelijke rulingpraktijk kennen, is de discussie omtrent het overeenkomen en afgeven van fiscale rulings de laatste jaren toegenomen.⁸⁰ In dit onderdeel zal eerst het begrip ruling nader worden beschreven. Hierbij wordt ingegaan op het doel van fiscale rulings, het belang van rulings voor de Nederlandse economie en de verschillende varianten van rulings die mogelijk zijn. Verder zal de totstandkoming van een ruling besproken worden. Tot slot wordt de visie van de EC omtrent rulings en staatssteun besproken. Dit hoofdstuk zal worden afgesloten met een deelconclusie.

3.2. Het begrip ruling

Onder het begrip ruling wordt in de Nederlandse parlementaire geschiedenis verstaan: *“een binnen het kader van de belastingwet, jurisprudentie en aanschrijvingen door de inspecteur vooraf verstrekte standpuntbepaling betreffende de vaststelling van de gehele winst die in internationaal concernverband wordt behaald met in Nederland verrichte activiteiten.”*⁸¹ Deze standpuntbepaling wordt vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Hierin worden de rechten en plichten van beide partijen uiteengezet. Juridisch gezien kan een ruling daarom geclassificeerd worden als een overeenkomst in de zin van art. 7:900 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Rulings worden afgegeven voor een rechtshandeling in de toekomst of een rechtshandeling die al heeft plaatsgevonden, maar nog niet tot uitdrukking is gekomen in de belastingaangifte.⁸²

Rulings geven zekerheid met betrekking tot verschillende fiscale onderwerpen. Hierbij kan gedacht worden aan de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, de buitenlandse belastingplicht of het benchmarken van transacties tussen gelieerde groepsmaatschappijen.⁸³ In Nederland is het overeenkomen van fiscale rulings met de Belastingdienst in beginsel mogelijk voor iedere belastingplichtige.⁸⁴ De Belastingdienst komt slechts rulings overeen binnen de op dat moment geldende wet- en regelgeving, jurisprudentie of beleidsoverwegingen.⁸⁵ Door een wetwijziging of door nieuwe jurisprudentie kan een specifieke casuspositie niet meer voldoen aan de eisen.

⁸⁰ Kamerstukken II 2016/2017, 31 066, nr. 326, p. 2.

⁸¹ Kamerstukken II 1994/95, 24 086, nr. 1, p. 4.

⁸² Brief Staatssecretaris van Financiën van 23 mei 2017, nr. 2017-0000100477, V-N 2017/31.3, p. 3.

⁸³ Brief Staatssecretaris van Financiën van 23 mei 2017, nr. 2017-0000100477, V-N 2017/31.3, p. 3.

⁸⁴ Brief Staatssecretaris van Financiën van 23 mei 2017, nr. 2017-0000100477, V-N 2017/31.3, p. 3.

⁸⁵ Brief Staatssecretaris van Financiën van 23 mei 2017, nr. 2017-0000100477, V-N 2017/31.3, p.4.

In dat kader bevatten vaststellingsovereenkomsten een bepaling die de geldigheid van een ruling laat vervallen als gevolg van een relevante wetswijziging.⁸⁶ Ook wordt in de ruling een bepaling opgenomen die ziet op de verandering van de relevante feiten en omstandigheden, bijvoorbeeld door een herstructurering. In het geval van een reorganisatie of een herstructurering kunnen de feiten en omstandigheden op een zodanige manier veranderen dat als gevolg van deze bepaling de geldigheid van de ruling vervalt. Verder dient te worden opgemerkt dat het overeenkomen van een fiscale ruling niet moet leiden tot een economisch voordeel: een belastingplichtige met eenzelfde structuur zonder fiscale ruling dient door de inspecteur fiscaal hetzelfde behandeld te worden.⁸⁷

3.3. Soorten rulings

3.3.1. Advance Tax Ruling

Fiscale rulings kunnen onderverdeeld worden in twee verschillende varianten, namelijk de Advance Tax Rulings (ATR's) en de Advance Pricing Agreements (APA's). Door middel van een ATR kan een belastingplichtige zekerheid verschaffen in verband met de toepassing van bepaalde belastingmaatregelen. Hierbij kan gedacht worden aan de toepassing van de inhoudingsvrijstelling, de fiscale behandeling van hybride financieringsvormen of de aanwezigheid van een vaste inrichting in Nederland of de BES-eilanden.⁸⁸ Het overeenkomen van een ATR biedt de belastingplichtige zekerheid over bepaalde onderdelen in zijn structuur en dient daarmee de rechtszekerheid. De gemiddelde geldigheidsduur van een ATR bedraagt vier tot vijf jaar. Een lange looptijd zorgt voor een grote mate van zekerheid voor de belastingplichtige. Een belastingplichtige kan na het verlopen van deze termijn verzoeken tot een vernieuwing van de ATR, gelet op de thans geldende feiten en omstandigheden.⁸⁹

3.3.2. Advance Pricing Agreement

Een APA ziet niet op de toepassing van belastingmaatregelen, maar op de vaststelling van zakelijke verrekenprijzen voor (grensoverschrijdende) intercompany-transacties, of de daarbij behorende berekeningsmethode.⁹⁰ In Nederland gaat het vooral om de berekening van informeel kapitaal, de winstallocatie van vaste inrichtingen of de beloning voor financierings- en royaltyactiviteiten. Uitgangspunt van een APA is dat het "at arm's length"-principe dient te worden aangehouden, waarbij de vergoeding die voor verbonden vennootschappen wordt berekend vergelijkbaar is met een vergoeding aan onafhankelijke derden. Om dit te beoordelen wordt gebruik gemaakt van de OESO Transfer Pricing Guidelines. De geldigheidsduur van een APA bedraagt gemiddeld ook vier tot vijf jaar. Ook voor APA's geldt dat belastingplichtigen wat rechtszekerheid betreft gebaat zijn bij een lange looptijd. Anderzijds kan een te lange looptijd leiden tot onbetrouwbare schattingen, gezien toekomstige omstandigheden leiden tot een

⁸⁶ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 augustus 2004, nr. IFZ 2004/125M, onder 8.f.

⁸⁷ Brief Staatssecretaris van Financiën van 23 mei 2017, nr. 2017-0000100477, V-N 2017/31.3., p.3.

⁸⁸ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3099, onderdeel 3.

⁸⁹ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3099, onderdeel 5.

⁹⁰ Brief Staatssecretaris van Financiën van 23 mei 2017, nr. 2017-0000100477, V-N 2017/31.3, p.3.

minder nauwkeurige berekening.⁹¹ Na het verlopen van de termijn kan op verzoek van de belastingplichtige de ruling onder dezelfde voorwaarden mogelijk worden herzien.⁹² APA's kunnen zowel unilateraal als bilateraal worden afgesloten. Een bilaterale APA verdient voor de belastingplichtige de voorkeur ten opzichte van een unilaterale APA. Een unilaterale APA is slechts een eenzijdige vaststelling van de feiten en omstandigheden. In het geval van grensoverschrijdende transacties kan de belastingplichtige het risico lopen dat in het andere land dezelfde transactie als onzakelijk wordt aangemerkt. Onderhandeling over een bilaterale APA wordt uitgevoerd door middel van een onderling overleg tussen twee verdragsluitende staten.⁹³ De overlegprocedure die wordt gehanteerd is gebaseerd op de onderling overlegprocedure van artikel 25 van het OESO-modelverdrag. Een bilaterale APA is echter uitvoeringstechnisch gezien niet altijd mogelijk. Reden hiervoor is dat het andere land niet bereid is tot onderling overleg of dat geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting is gesloten met het andere land.⁹⁴ Verder kunnen de onderlinge overlegprocedures vaak tijdrovend zijn. Indien een unilaterale APA afgesloten wordt, bestaat het risico op economische dubbele belasting. Dubbele niet-heffing is tevens mogelijk indien een verschil bestaat in de kwalificatie van de betaling. Zo kan sprake zijn van een mismatch tussen een aftrekpost in het ene land en de bijbehorende inkomsten van een verbonden entiteit in het andere land. Onder deze omstandigheden zou een unilaterale APA voordeliger zijn voor de belastingplichtige.

3.4. Doel fiscale rulings

De complexiteit van belastingwetgeving en het dynamische karakter van vooral de vennootschapsbelasting brengt de consequentie met zich mee dat niet altijd duidelijkheid bestaat voor wat betreft de toepassing van deze bepalingen. Als gevolg daarvan kan belastingwetgeving ambigu zijn. Voor (multinationale) ondernemingen brengt dit rechtsonzekerheid met zich mee en kan dit in de toekomst leiden tot onvoorziene uitgaven. Door het overeenkomen van fiscale rulings wordt de rechtszekerheid van belastingplichtigen gediend.⁹⁵ De Belastingdienst heeft immers een standpunt ingenomen over de toepassing van de wet- en regelgeving waaraan tevens rechten kunnen worden ontleend. Dit biedt belastingplichtigen uitsluitel over de fiscale gevolgen die specifiek van toepassing zijn op hun casus. Ook voor de Belastingdienst kan het overeenkomen van een fiscale ruling gunstig zijn. Door vooraf in overleg te treden met de belastingplichtige kan een efficiënter proces teweeg gebracht worden, aangezien mogelijke geschillen vooraf aangekaart en besproken kunnen worden. Tevens verhoogt het overeenkomen van fiscale rulings de mate van transparantie. De Belastingdienst wordt immers op de hoogte gehouden van de structuren die gebruikt worden door de praktijk.⁹⁶

⁹¹ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3098, onderdeel 4.

⁹² Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3098, onderdeel 4.

⁹³ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3098, onderdeel 2.

⁹⁴ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3098, onderdeel 2.

⁹⁵ Brief Staatssecretaris van Financiën van 23 mei 2017, nr. 2017-0000100477, V-N 2017/31.3, p.3.

⁹⁶ Brief Staatssecretaris van Financiën van 23 mei 2017, nr. 2017-0000100477, V-N 2017/31.3, p.4.

3.5. Tot stand komen van fiscale rulings

Om in aanmerking te komen voor een fiscale ruling, wordt vooraf getoetst of de belastingplichtige voldoet aan de genoemde vereisten in de bijlage van het ATR-besluit of APA-besluit. In de bijlage worden enkele objectieve criteria opgesomd waaraan minimaal moet zijn voldaan om in aanmerking te komen voor zekerheid vooraf. Zo dienen de bestuursbesluiten genomen te worden in Nederland, de belangrijkste bankrekeningen in Nederland te worden aangehouden en de boekhouding in Nederland te zijn uitgevoerd. Om te beoordelen of sprake is van voldoende reële activiteiten beziet de Belastingdienst tevens of de bestuurders in Nederland actief zijn, waar de reële risico's gelopen worden en of voldoende personeel in Nederland aanwezig is voor de toegerekende activiteiten en of dit personeel over voldoende professionele kennis beschikt om deze activiteiten uit te voeren.⁹⁷ De staatssecretaris heeft echter aangekondigd de substance-eisen voor het verkrijgen van een ATR te verhogen.⁹⁸ Hierbij zal de staatssecretaris aansluiting vinden bij de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling.⁹⁹ Dit houdt in dat voor het verkrijgen van een ATR een kantoorruimte minimaal 24 maanden tot de beschikking van de vennootschap moet staan en tevens aan een loonsomeis van 100.000 euro moet worden voldaan.¹⁰⁰

Als aan de hiervoor genoemde objectieve criteria wordt voldaan, kan een verzoek bij de Belastingdienst worden ingediend. In dit verzoek worden de relevante feiten en omstandigheden omschreven, wordt gespecificeerd over welke fiscale bepaling de belastingplichtige zekerheid vooraf wenst en dient de belastingplichtige te beargumenteren waarom een fiscale bepaling wel of niet toegepast dient te worden.¹⁰¹ Na het verzoek kan de Belastingdienst bepalen in vooroverleg te treden met de belastingplichtige. Vooroverleg kan vervolgens leiden tot een standpuntbepaling van de inspecteur, dan wel tot een vaststellingsovereenkomst.¹⁰²

In bepaalde situaties hoeft de inspecteur niet in te gaan op het verzoek om vooroverleg van de belastingplichtige.¹⁰³ Dit is onder andere het geval wanneer de rechtshandelingen in het verzoek louter bedoeld zijn om belastingbesparing te bewerkstelligen. Ook kan de inspecteur vooroverleg weigeren indien aan de door de belastingplichtige omschreven rechtshandelingen geen reële betekenis kan worden toegekend, anders dan het fiscale voordeel wat wordt behaald. Verder hoeft de inspecteur niet in te gaan op het verzoek van vooroverleg indien de beschreven rechtshandelingen in strijd zijn met doel en strekking van de wet of een internationaal erkend beginsel. Tijdens het vooroverleg kan de inspecteur het overleg beëindigen indien de inspecteur constateert dat sprake is van fiscale grensverkenning.¹⁰⁴

⁹⁷ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2005, nr. IFZ 2005/546M, onderdeel 3.

⁹⁸ *Kamerstukken II* 2016/17, 25 087, nr. 136.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 19.

¹⁰⁰ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Notitie aanpak belastingontwijking en belastingontduiking', V-N 2018/14.2, onderdeel 3.2.

¹⁰¹ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 9 mei 2017, nr. 2017-1209, onderdeel 3.2.

¹⁰² Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 9 mei 2017, nr. 2017-1209, onderdeel 3.

¹⁰³ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 9 mei 2017, nr. 2017-1209, onderdeel 3.4.

¹⁰⁴ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 9 mei 2017, nr. 2017-1209, onderdeel 4.

Van fiscale grensverkenning is sprake indien de belastingplichtige na een standpuntinname een casus fiscaal aanvaardbaar probeert te maken door wijzigingen aan te brengen in de casus.¹⁰⁵ Indien de inspecteur een rechtsvraag krijgt voorgelegd, dient dit in behandeling te worden genomen door een interne kennisgroep die specifiek ziet op toepassing van de wet voor de desbetreffende bepaling. Een rechtsvraag met betrekking tot de toepassing van de deelnemingsvrijstelling zal daarmee worden voorgelegd aan een specifieke kennisgroep, gespecialiseerd in de deelnemingsvrijstelling. De inspecteur houdt het oordeel van de kennisgroep aan. Zo waarborgt de Belastingdienst een generieke uitleg van de wet- en regelgeving.¹⁰⁶ Tijdens het vooroverleg hoeft de inspecteur nog geen standpunt in te nemen. Zodra de inspecteur alle relevante informatie tot zijn beschikking heeft, dient de inspecteur binnen 8 weken een standpunt in te nemen met betrekking tot de casus, rekening houdend met de feiten en omstandigheden van het specifieke geval.¹⁰⁷ Vervolgens wordt dit standpunt opgenomen in een vaststellingsovereenkomst, zoals bedoeld in art. 7:900 BW.

3.6. Visie EC met betrekking tot rulings en staatssteun

In de Mededeling besteedt de EC tevens aandacht aan het staatssteunaspect van fiscale rulings. De EC geeft hierbij allereerst een omschrijving van het begrip rulings en benadrukt het doel van fiscale rulings, namelijk rechtszekerheid. Vervolgens geeft de EC aan dat ook fiscale rulings een selectief voordeel kunnen betreffen en daarmee het risico lopen als onverenigbare staatssteun te kunnen worden aangemerkt. Een fiscale ruling kan als een selectief voordeel worden gekwalificeerd indien de uitkomst van de ruling niet representatief is voor de toepassing van de algemene referentieregeling en deze uitkomst resulteert in een belastingverlaging ten opzichte van ondernemingen in een juridisch of feitelijk vergelijkbare situatie.¹⁰⁸ Hieruit kan worden opgemaakt dat om te onderzoeken of sprake is van selectiviteit het eerder besproken toetsingskader toegepast moet worden. Daaruit volgt dat het overeenkomen van een ruling onverenigbaar kan zijn met het staatssteunrecht, indien het voordeel niet voortvloeit uit de wet- en regelgeving.

De EC gaat specifiek in op fiscale rulings die zien op zekerheid omtrent het vaststellen van verrekenprijzen of de verrekenprijsmethode. Voor dergelijke rulings geeft de EC aan dat sprake kan zijn van een selectief voordeel indien de vastgestelde verrekenprijs(-methode) *“geen betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst oplevert die in overeenstemming is met het zakelijkheidsbeginself”*.¹⁰⁹ Een afwijking op dit principe moet beperkt blijven tot de marges van de gekozen verrekenprijsmethode of gebruikte statische instrumenten.¹¹⁰

¹⁰⁵ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 9 mei 2017, nr. 2017-1209, onderdeel 4.1.

¹⁰⁶ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 9 mei 2017, nr. 2017-1209, onderdeel 2.3 en 2.4.

¹⁰⁷ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 9 mei 2017, nr. 2017-1209, onderdeel 3.5.

¹⁰⁸ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 170.

¹⁰⁹ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 171.

¹¹⁰ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 171.

Opvallend is dat de EC hier in gaat op een Europees zakelijkheidsbeginsel. Hierbij verwijst de EC naar het arrest Forum 187, waarin voor de beoordeling of sprake is van de juiste verrekenprijsmethode vergeleken dient te worden met de algemene regeling onder vrije mededinging.¹¹¹ Daaruit maakt de EC op dat sprake kan zijn van een Europees zakelijkheidsbeginsel en dit zakelijkheidsbeginsel van toepassing is op het staatssteunrecht. Mijns inziens lijkt dit niet te stroken met de werkwijze van de EC, aangezien dit vrij recent pas aan de orde is gekomen en voor het aantonen van zakelijkheid alsnog wordt aangesloten bij art. 9 van het OESO-modelverdrag en de OESO Transfer Pricing Guidelines. Aan de hand van het voorgaande concludeert de EC dat in drie situaties sprake kan zijn van een selectief voordeel: indien de ruling resulteert in een onjuiste toepassing van het nationale belastingrecht en daarmee een lager belastingbedrag, de ruling en het voordeel dat de ruling met zich brengt niet beschikbaar is voor ondernemingen in een vergelijkbare juridische en feitelijke situatie of de belastingautoriteiten een gunstigere behandeling toepassen die voor andere vergelijkbare belastingplichtigen niet toegankelijk is.¹¹²

3.7. Deelconclusie

In dit hoofdstuk is stilgestaan bij de volgende deelvraag: *“Wat zijn fiscale rulings en hoe verhouden fiscale rulings zich tot het staatssteunrecht?”* Een ruling is een overeenkomst tussen een inspecteur en een belastingplichtige om zekerheid vooraf te krijgen omtrent de toepassing van wet- en regelgeving voor een specifieke casus. Rulings dienen voornamelijk de rechtszekerheid van een belastingplichtige. Voor specifieke casussen kunnen belastingplichtigen zekerheid vooraf krijgen. Rulings kunnen in twee vormen worden onderscheiden: APA's en ATR's. APA's bieden de belastingplichtige zekerheid omtrent de zakelijkheid van de vastgestelde verrekenprijzen of verrekenprijsmethode. ATR's bieden de belastingplichtige zekerheid omtrent de toepassing van specifieke bepalingen, zoals de deelnemingsvrijstelling of de inhoudingsvrijstelling voor dividenden.

Een ruling kan worden overeengekomen op verzoek van de belastingplichtige en na vooroverleg met de Belastingdienst. Hieruit vloeit een vaststellingsovereenkomst voort die voor een bepaald aantal jaren geldig is. Fiscale rulings kunnen volgens de EC staatssteun vormen indien sprake is van één van de volgende drie situaties: een onjuiste toepassing van het nationale belastingrecht en een daarbij behorend fiscaal voordeel, de voordelen die de ruling biedt zijn niet toegankelijk voor ondernemingen in een juridisch of feitelijk vergelijkbare situatie of de belastingdienst behandelt een onderneming gunstiger dan een onderneming in een vergelijkbare situatie.

¹¹¹ HvJ EU 22 juni 2006, C-182/03 en C-217/03 (België en Forum 187), r.o.94.

¹¹² Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 174.

4. De CV/BV-structuur

4.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is stilgestaan bij verschillende aspecten van het staatssteunrecht. Hierbij zijn de cumulatieve criteria van het staatssteunrecht behandeld, alsmede het procedurele proces omtrent staatssteun. Ook is de systematiek van fiscale rulings behandeld en hoe fiscale rulings dienen te worden getoetst aan het staatssteunrecht. In dit onderdeel wordt stilgestaan bij de volgende deelvraag: *“Wat is de CV/BV-structuur en wat zijn de fiscale aspecten hiervan?”* Alvorens in te gaan op de fiscaalrechtelijke gevolgen van het implementeren van een CV/BV-structuur, wordt de CV/BV-structuur in zijn algemeenheid besproken. Vervolgens zal worden ingegaan op de nationaalrechtelijke heffingsbevoegdheid vanuit Nederlands en Amerikaans perspectief. Ook zal hier worden stilgestaan bij de problematiek rondom hybride entiteiten. Na besproken te hebben hoe de CV/BV-structuur op het niveau van beide landen zich heeft gemanifesteerd, dient te worden ingegaan op het internationaalrechtelijke perspectief. Hierbij zal specifiek de hybride entiteitenbepaling van het Verdrag Nederland-Verenigde Staten (Verdrag NL-VS) worden besproken. Daarbij zal ook het Besluit van de staatssecretaris van Financiën worden besproken, die eenzijdig inbreuk maakt op deze bepaling. Het hoofdstuk zal worden afgesloten met een deelconclusie.

4.2 De algemene CV/BV-structuur

De CV/BV-structuur biedt Amerikaanse multinationals de mogelijkheid belastingheffing over in het buitenland behaalde inkomsten langdurig uit te stellen.¹¹³ De VS kent geen deelnemingsvrijstelling, maar door het implementeren van deze structuur wordt het voor Amerikaanse multinationals alsnog mogelijk belastingheffing over buitenlandse winsten uit te stellen. Dit biedt Amerikaanse multinationals de mogelijkheid concurrerend te zijn ten opzichte van andere multinationals die gevestigd zijn in landen waarbij een soortgelijke variant van de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing is. Zonder de CV/BV-structuur zouden Amerikaanse vennootschappen winsten uitkeren aan de Amerikaanse moedermaatschappij en zou over deze winsten belasting worden ingehouden. Multinationals waarvan de tophoudstervenootschap niet in de VS gevestigd is, hebben daarom een liquiditeitsvoordeel ten opzichte van Amerikaanse multinationals.

In de volgende figuur is de gebruikelijke CV/BV-structuur weergegeven. De belangrijkste aspecten van de hierna weergegeven CV/BV-structuur heb ik afgeleid uit de bijdrage van Vosse en het “WOB-verzoek CV/BV-rulings en informeel kapitaalrulings” (het WOB-verzoek).¹¹⁴ De moedervernootschap en tevens tophoudster van een Amerikaanse multinational met een CV/BV-structuur is doorgaans beursgenoteerd en houdt direct nagenoeg alle aandelen in een besloten commanditaire vennootschap (besloten CV). Het overige deel van de aandelen wordt indirect gehouden door een Amerikaanse tophoudstervenootschap

¹¹³ Minister van Financiën, Besluit op uw WOB-verzoek inzake CV-BV structuren en informeel kapitaal rulings, nr. 2017-0000060179, p. 65.

¹¹⁴ W. Vosse, ‘De Amerikaanse winstbelasting in Europees perspectief’, *Forfaitair* 2006/167, onderdeel 3. Zie ook Minister van Financiën, Besluit op uw WOB-verzoek inzake CV-BV structuren en informeel kapitaal rulings, nr. 2017-0000060179, p. 55.

via een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, ook wel een “limited liability company” (LLC) genoemd. De tophoudster en de LLC bezitten alle aandelen in de besloten CV. De besloten CV houdt vervolgens alle aandelen in de Nederlandse BV. Deze vennootschap bezit alle buitenlandse deelnemingen. Soms kan ook sprake zijn van een zogenoemde BV1/BV2-structuur. BV1 en BV2 bevinden zich dan in een fiscale eenheid. Hierbij bezit BV1 alle aandelen in BV2, die als tussenhouder fungeert en alle deelnemingen in het buitenland bezit. Voor de gebruikelijke CV/BV-structuur wordt in dit onderzoek verondersteld dat gebruik wordt gemaakt van een BV1/BV2-structuur. In het besluit met betrekking tot BV1/BV2-structuren wordt de functie van een BV1/BV2-structuur besproken.¹¹⁵

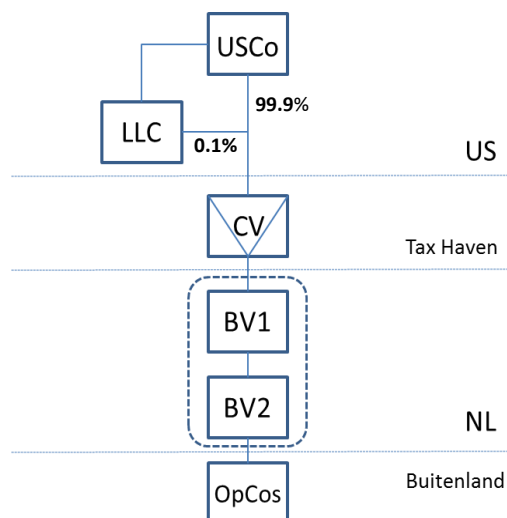
Door het gebruik maken van een kwalificatiemismatch kunnen de rentebaten van doorstroomfinancieringen afkomstig uit de VS langdurig worden uitgesteld, terwijl in het land waar de overname heeft plaatsgevonden de rente in aftrek wordt gebracht. Hoewel een BV1/BV2-structuur niet noodzakelijk is voor de systematiek van de CV/BV-structuur, dient de BV vaak als principaal. Dit houdt in dat vanuit deze centrale vennootschap onder andere producties van lokale entiteiten aanstuurt en vanuit dit orgaan overnames en reorganisaties worden gefaciliteerd. Door middel van het implementeren van een BV1/BV2-structuur kunnen Amerikaanse multinationals hier tevens op het gebied van doorstroomfinancieringen voordeel mee behalen. Ter volledigheid is daarom ervoor gekozen ook dit onderdeel op te nemen in de CV/BV-structuur.

Uitstel van belastingheffing is bijvoorbeeld mogelijk door de in de VS ontwikkelde immateriële activa over te dragen aan een besloten CV.¹¹⁶ Onder immateriële activa kan hier worden verstaan merkrechten, patenten en verkooprechten. De besloten CV stelt vervolgens het immaterieel activum ter beschikking aan een Nederlandse vennootschap, in dit geval BV1. BV1 betaalt aan de CV een vergoeding voor het gebruik van deze immateriële activa in de vorm van royalty's. Ook geeft de BV sub-licenties uit aan de lokale dochtervennootschappen, die tevens een vergoeding in royalty's betalen aan de BV. Op het niveau van BV1 kunnen de royaltybetalingen aan de besloten CV worden aangemerkt als kosten. De winsten worden echter niet belast door een verschil in kwalificatie tussen Nederland en de VS, ook wel een hybride mismatch genoemd. De besloten CV wordt in casu aangemerkt als een hybride entiteit, ofwel een entiteit die in het ene land als transparant wordt beschouwd en in het andere land als niet-transparant. Als gevolg van deze kwalificatiemismatch gaat Nederland ervan uit dat de achterliggende participanten belast dienen te worden in het land van vestiging, terwijl in de VS als gevolg van non-transparantie wordt verwacht dat het inkomen in Nederland belast zal worden. De problematiek vindt dus zijn oorsprong in een verschillende kwalificatie voor dit samenwerkingsverband. In de hiernavolgende sub-paragrafen wordt ingegaan op de verschillende onderdelen van de CV/BV-structuur en de fiscale gevolgen hiervan.

¹¹⁵ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 20 november 2000, nr. IFZ 2000/1292M.

¹¹⁶ Minister van Financiën, Besluit op uw WOB-verzoek inzake CV-BV structuren en informeel kapitaal rulings, nr. 2017-0000060179, p. 66.

Figuur 1: Schematische weergave CV/BV-structuur.¹¹⁷



4.2.1. De lokale entiteiten

In de gebruikelijke CV/BV-structuur functioneren de lokale entiteiten als operationele ondernemingen van de Amerikaanse multinational. Deze dochtervennootschappen voeren de hoofdactiviteiten van de Amerikaanse multinational uit en betalen aan de Nederlandse BV royalty's of interest of keren aan de Nederlandse BV dividend uit.¹¹⁸ Bij het ontbreken van een CV/BV-structuur zouden deze inkomensstromen rechtstreeks aan de moedermaatschappij toekomen. Hierdoor bestaat het risico dat deze uitkeringen onderworpen zijn aan eventuele bronheffing. Door Nederland te gebruiken als "doorstroomland" voor deze uitkeringen kan echter bronheffing als gevolg van het Nederlandse verdragennetwerk worden voorkomen of verminderd.

Evers, de Graaf en Stevens geven aan dat Nederland op grond van drie argumenten vaak gekozen wordt als doorstroomland.¹¹⁹ Ten eerste geven de auteurs aan dat de belastbare winst in het bronland gedrukt wordt doordat uitkeringen aan het doorstroomlichaam in aftrek kunnen worden gebracht in het bronland. Ten tweede stellen de auteurs dat ten opzichte van een rechtstreekse verstrekking verminderingen op het bronbelastingtarief mogelijk zijn. Zoals ook bevestigd door Rijff kan het Nederlandse verdragennetwerk en het ontbreken van een bronbelasting op interest en royalty's Nederland zeer aantrekkelijk maken voor buitenlandse investeerders.¹²⁰ Deze investeerders kunnen immers gereduceerde bronheffingen verkrijgen op grond van het belastingverdrag.

¹¹⁷ Minister van Financiën, Besluit op uw WOB-verzoek inzake CV-BV structuren en informeel kapitaal rulings, nr. 2017-0000060179, p. 55.

¹¹⁸ M. Evers, A.C.G.A.C. de Graaf, A.J.A. Stevens, 'Zembla-uitzending 'Nederland belastingparadijs' nader beschouwd', *MBB* 2011/02, p. 59-75.

¹¹⁹ Minister van Financiën, Besluit op uw WOB-verzoek inzake CV-BV structuren en informeel kapitaal rulings, nr. 2017-0000060179, p. 66.

¹²⁰ L. Rijff, 'De rol van Nederland in belastingoptimalisatie: hoe zit de vork echt in de steel?', *WFR* 2013/1547, p. 1548.

Ten derde geldt dat in de woonstaat niet of nauwelijks wordt geheven over voordelen afkomstig van deelnemingen. Een goed voorbeeld is de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Door Nederland te gebruiken als doorstroomland kunnen vennootschappen in de bronstaat de bronheffing verminderen of zelfs elimineren, waar in de woonstaat Nederland niet of nauwelijks geheven zal worden over deze inkomsten. Voordelen uit een deelneming zijn op grond van de deelnemingsvrijstelling in art. 13 Wet VpB 1969 vrijgesteld. Eén van de doelstellingen van de deelnemingsvrijstelling is het voorkomen van economisch dubbele heffing.¹²¹ Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, dient aan een aantal voorwaarden te worden voldaan. Het gaat de reikwijdte van deze scriptie te buiten alle voorwaarden voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling uiteen te zetten. Wel is het nog belangrijk op te merken dat in art. 13, tweede lid sub a Wet VpB 1969 de voorwaarde wordt gesteld dat de voordelen afkomstig zijn van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal en dat minimaal vijf procent van dit kapitaal in de vennootschap dient te worden gehouden door de moedervenootschap. Het kwalificatiebesluit zou antwoord kunnen geven op de vraag of een vennootschap bestaat uit een in aandelen verdeeld kapitaal.¹²²

4.2.2. De BV1/BV2-structuur

In het voorbeeld wordt de CV/BV-structuur gecombineerd met een BV1/BV2-structuur. In het geval van BV1/BV2-structuren vormen BV1 en BV2 een fiscale eenheid in de zin van art. 15 Wet VpB 1969. In het verleden werd deze structuur gebruikt om vanuit Nederland reorganisaties en acquisities uit te voeren.¹²³ De Amerikaanse tophoudster leende geld uit aan BV1. BV1 stort vervolgens dit geld in BV2, waarna BV2 dit doorleent om de acquisitie te financieren. Door de werking van de fiscale eenheid konden de rentekosten van BV1 (verschuldigd aan de Amerikaanse multinational) worden afgezet tegen de rentebaten van BV2 (verkregen van de lokale entiteiten). Vanuit Amerikaans perspectief werd BV1 vervolgens als transparant aangemerkt en BV2 als niet-transparant. De rentebaten van BV2 worden in de Verenigde Staten niet belast zolang deze niet worden uitgekeerd als dividend. In het land waar de overname had plaatsgevonden kon een aftrek worden verkregen voor de rentekosten. Daarmee is er zowel in Nederland als in de Verenigde Staten geen heffing over de rentebaten, terwijl wel aftrek mogelijk is. Door de toepassing van de check-the-box-regels¹²⁴ in de VS kon door een hybride mismatch tussen Nederland en de Verenigde Staten aftrek op een lening worden verkregen in het land waar de overgenomen entiteit is gevestigd.¹²⁵ In Nederland gold dat door de fiscale eenheid de rentebaten in BV2 konden worden afgezet tegen de rentelasten van BV1. Rentekosten waren immers afkomstig van de lening van de Amerikaanse tophoudster aan BV1 en rentebaten waren afkomstig van de lening van BV2 aan de lokale entiteiten. Toepassing van de fiscale eenheid in de zin van artikel 15 Wet VpB 1969 bewerkstelligt dat in Nederland significant minder vennootschapsbelasting verschuldigd is.

¹²¹ W.C.M. Martens, *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting* (Fed Fiscale Brochures), Deventer: Kluwer 2017, p. 3-7.

¹²² Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, nr. CPP 2009/519.

¹²³ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 20 november 2000, nr. IFZ 2000/1292M.

¹²⁴ In paragraaf 4.3. zal nader ingegaan worden op de systematiek van het check-the-box-systeem.

¹²⁵ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 20 november 2000, nr. IFZ 2000/1292M.

Een ander manier voor een Amerikaanse multinational om hieruit voordeel te genieten was wanneer de besloten CV een lening verstrekt aan BV1, waarna dit bedrag vervolgens wordt doorgestort in BV2. BV2 kan vervolgens een lening aan een buitenlandse groepsmaatschappij verstrekken. Hierbij konden wederom de rentebaten van BV2 worden afgezet tegen de rentekosten van BV1 en was de lening in een buitenlandse groepsmaatschappij aftrekbaar. Doordat het kapitaal wordt doorgestort aan BV2 wordt de indruk gewekt dat de lening met eigen vermogen wordt gefinancierd. Daardoor kan BV2 aangemerkt worden als uiteindelijk gerechtigde van de rentebaten.¹²⁶ In dit geval kan worden gesteld dat door de toepassing van deze constructie een aftrek kan worden bewerkstelligd in het buitenland met minimale belasting over de baten in Nederland. Aftrek wordt in deze situatie geoptimaliseerd.

Het is echter de vraag in hoeverre Nederland nog aantrekkelijk is voor dergelijke financieringen, mede vanwege de per-elementbenadering. Uit de arresten X BV en X NV lijkt te volgen dat de per-elementbenadering van toepassing is voor art. 10a Wet VpB 1969.¹²⁷ Van art. 10a Wet VpB 1969 is sprake indien een “besmette” rechtshandeling wordt uitgevoerd die rechtens dan wel in feite verband houdt met een lening aan een verbonden lichaam. Een verbonden lichaam wordt in art. 10a, vierde lid Wet VpB gedefinieerd als een lichaam dat een derde belang heeft in een lichaam of een derde belang houdt in een lichaam. Besmette rechtshandelingen zijn het uitbreiden van een belang in een verbonden lichaam, een kapitaalstorting in een verbonden lichaam of een winstuitdeling aan een verbonden lichaam. In dat geval wordt renteaftrek beperkt. Binnenlandse groepsmaatschappijen genieten het voordeel dat art. 10a Wet VpB 1969 niet van toepassing is bij het aangaan van een fiscale eenheid. Buitenlandse groepsmaatschappijen kunnen echter geen fiscale eenheid aangaan met hun Nederlandse vennootschap en daarmee zou art. 10a Wet VpB 1969 onverminderd van toepassing blijven.

De per-elementbenadering geeft aan dat dit een voordeel is voor binnenlandse groepsmaatschappijen die onverenigbaar is met het EU-recht, in het bijzonder de vrijheid van vestiging. Het HvJ oordeelde in de zaak X bv dat het fiscale eenheidsregime in strijd is met het vrije vestigingsverkeer, aangezien art. 10a Wet VpB 1969 niet van toepassing zou zijn geweest indien de mogelijkheid bestond een fiscale eenheid met de buitenlandse deelneming aan te gaan. De staatssecretaris heeft spoedreparatiemaatregelen voor het fiscale eenheidsregime aangekondigd als gevolg van de conclusie van de A-G behorend bij X BV en X NV.¹²⁸ Als gevolg van deze maatregelen wordt onder andere voor de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 geacht geen fiscale eenheid tussen BV1 en BV2 te bestaan. Als gevolg hiervan wordt een kapitaalstorting tussen BV1 en BV2 zichtbaar die rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houdt met een lening van een verbonden lichaam. Op grond van art. 10a, vierde lid Wet VpB 1969 zou BV1 als verbonden lichaam kunnen worden gekwalificeerd. BV1 ontvangt immers een lening van de Amerikaanse multinational die vervolgens wordt doorgestort in BV2.

¹²⁶ Redactie Vakstudie Nieuws, ‘Notitie beschrijving stand van zaken APA-/ATR-praktijk 2017’, V-N 2017/31.3.

¹²⁷ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399-16 (X BV en X NV), V-N 2018/11.14.

¹²⁸ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 25 oktober 2017, 2017-0000204271, p. 1.

Daarmee zou de rente verband houdend met deze lening niet meer aftrekbaar zijn, tenzij een beroep op de tegenbewijsregeling van art. 10a, derde lid Wet VpB 1969 slaagt. Daarmee lijkt de BV1/BV2-structuur zijn aantrekkelijkheid te verliezen.

4.2.3. De achterliggende participanten

De achterliggende participanten van de CV zijn volgens de gebruikelijke structuur de Amerikaanse tophoudstervennootschap en de Amerikaanse LLC. De tophoudstervennootschap van een Amerikaanse vennootschap neemt meestal de vorm aan van een Incorporation (Inc.). Voor de fiscale classificatie van deze vennootschappen dient aangesloten te worden bij het kwalificatiebesluit van de staatssecretaris van Financiën. Uit het kwalificatiebesluit kan worden afgeleid dat de Amerikaanse Inc. kan worden aangemerkt als een niet-transparante kapitaalvennootschap.¹²⁹ Op basis van deze lijst wordt de LLC tevens gekwalificeerd als een niet-transparante kapitaalvennootschap. Dit laatste wordt ook bevestigd door de Hoge Raad.¹³⁰ Voor de fiscale gevolgen van de achterliggende participanten wordt verwezen naar de volgende paragraaf, aangezien de fiscale gevolgen onlosmakelijk verbonden zijn met de kwalificatie van de besloten CV.

4.2.4. De besloten commanditaire vennootschap

4.2.4.1. Vennootschapsbelasting

In dit onderdeel worden de fiscale aspecten van de besloten CV in de vennootschapsbelasting behandeld. Fiscaalrechtelijk worden “open” commanditaire vennootschappen (open CV’s) gekwalificeerd als binnenlandse belastingplichtigen voor de vennootschapsbelasting op grond van art. 2, eerste lid, sub a Wet VpB 1969. In de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen 1959 (AWR 1959) wordt een open CV gedefinieerd als een commanditaire vennootschap waarbij de toe- en uittreding of vervanging van commanditaire vennoten kan geschieden zonder de toestemming van alle vennoten, zowel beherende als commanditaire vennoten.¹³¹ Een belangrijk element van de open CV is dus de mogelijkheid dat toetreding zonder toestemming van alle vennoten hoeft te geschieden. Door de voorwaarde in de CV-overeenkomst te stellen dat van alle vennoten toestemming moet worden gevraagd, is sprake van een besloten CV. De besloten CV voldoet dan aan het zogeheten toestemmingsvereiste. De besloten CV is niet binnen- of buitenlands belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Daarmee wordt de besloten CV als een transparante entiteit beschouwd voor Nederlandse fiscale doeleinden. Als gevolg hiervan moeten de winsten rechtstreeks toegerekend worden aan de achterliggende participanten. De achterliggende participanten kunnen natuurlijke personen of lichamen betreffen.

¹²⁹ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, nr. CPP 2009/519.

¹³⁰ HR 2 juni 2006, nr. 40 919, BNB 2006/288.

¹³¹ Artikel 2, derde lid, sub c AWR 1959.

Tevens kunnen zowel binnen- als buitenlands belastingplichtigen onderworpen zijn aan heffing over de winsten van een besloten CV. Zo kunnen de achterliggende participanten in de vennootschapsbelasting gekwalificeerd worden als buitenlands belastingplichtigen voor de winsten van de CV op grond van art. 17, derde lid, sub a Wet VpB 1969. Deze bepaling geeft aan dat onder Nederlands inkomen wordt verstaan de belastbare winst uit een in Nederland gedreven onderneming. Hiermee wordt bedoeld de gezamenlijke voordelen behaald uit deze in Nederland gedreven onderneming of een vaste inrichting in Nederland.

Op grond van art. 17a Wet VpB 1969 valt onder een Nederlandse onderneming mede rechten op aandelen in de winst of *medegerechtigdheid* tot het vermogen van een onderneming waarvan de leiding in Nederland is gevestigd.¹³² De rechten in de winst of de medegerechtigdheid in het vermogen van een onderneming moeten echter niet voortspruiten uit effectenbezit. Aangezien in het hiervoor behandelde voorbeeld de LLC en de Amerikaanse tophoudster beiden niet in Nederland zijn gevestigd, kan daarmee geen sprake zijn van een in Nederland gedreven onderneming op grond van art. 17a Wet VpB 1969. Immers is de leiding van de besloten CV niet in Nederland gevestigd. Een andere manier om dit te doen is door de besloten CV vestigen in een tax haven.¹³³ Dit is ook het geval bij de gebruikelijke CV/BV-structuur. In dat geval geldt logischerwijs voor zowel de LLC als de tophoudster geen Nederlandse vennootschapsbelastingplicht.

De Amerikaanse tophoudster en de LLC kunnen tevens op grond van art. 17, derde lid, onderdeel b Wet VpB 1969 onderworpen zijn aan buitenlandse belastingplicht. Art. 17, derde lid, onderdeel b Wet VpB 1969 bepaalt dat alsnog geheven wordt wanneer een vennootschap een aanmerkelijk belang houdt in een Nederlandse vennootschap met als hoofddoel of één der hoofddoelen inkomstenbelasting te ontgaan en hierbij gebruik wordt gemaakt van een kunstmatige constructie of een reeks van constructies. Het is doorgaans echter niet aannemelijk dat deze toets zal slagen, aangezien de Amerikaanse tophoudster vaak in de VS beursgenoteerd is en het daarom zeer onwaarschijnlijk is dat deze tophoudster opgericht is om Nederlandse inkomstenbelasting te ontgaan. Er is geen sprake van een kunstmatige constructie indien een materiële onderneming aanwezig is in de tophoudster en dit aanmerkelijk belang kan worden toegerekend aan de tophoudster.¹³⁴ Verder dient te worden opgemerkt dat in de parlementaire behandeling van art. 17, derde lid, onderdeel b Wet VpB 1969 tevens is aangegeven dat een tophoudstervenootschap onder voorwaarden zal slagen voor de kunstmatigheidstoets.¹³⁵ Wel moet de tophoudster een wezenlijke functie vervullen op bestuurlijk, beleidsvormend of financieel terrein voor de bedrijfsuitoefening van de groep. Mijns inziens is het aannemelijk dat een moedervennootschap op bestuurlijk, beleidsvormend en financieel niveau een wezenlijke functie uitoefent voor de groep. Op grond van dit argument kan tot de conclusie worden gekomen dat ook art. 17, derde lid, onderdeel b Wet VpB 1969 niet van toepassing is op de Amerikaanse tophoudster.

¹³² Artikel 17a, onderdeel b Wet VpB 1969.

¹³³ Minister van Financiën, Besluit op uw WOB-verzoek inzake CV-BV structuren en informeel kapitaal rulings, nr. 2017-0000060179, p. 55.

¹³⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 306, nr. 3, p.9.

¹³⁵ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 306, nr. 3, p. 9.

In het voorbeeld wordt aangegeven dat de LLC tevens een belang van 0,1% houdt. De LLC bezit daarom geen aanmerkelijk belang in de zin van art. 4.6 Wet op de inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001). Daarom zal art. 17, derde lid, onderdeel b Wet VpB 1969 per definitie niet van toepassing zijn.

4.2.4.2. Dividendbelasting

In het voorgaande onderdeel is stilgestaan bij de aspecten van de vennootschapsbelasting. Ook op grond van de dividendbelasting kan sprake zijn van een belastbaar feit. Volgens art. 1, eerste lid Wet DB 1965 kan een dividenduitkering van de Nederlandse BV aan de CV belast zijn. Op basis van art. 3 jo. art. 5 van de Wet DB 1965 is de dividenduitkering aan achterliggende participanten belast tegen 15 procent dividendbelasting. Verrekening voor de betaalde dividendbelasting is zowel voor inkomsten- als vennootschapsbelastingplichtigen mogelijk.¹³⁶ In beginsel kan de inhoudingsvrijstelling van art. 4 van de Wet DB 1965 toepassing vinden indien de achterliggende participanten gevestigd zijn in een verdragsland. De toepassing van art. 4, derde lid, onderdeel c Wet DB 1965 wordt achterwege gelaten. De antimisbruikbepaling van art. 4, derde lid, onderdeel c Wet DB 1965 kent eenzelfde toetsing als art. 17, derde lid, onderdeel b Wet VpB 1969. Hierbij moet wederom voldaan worden aan de subjectieve en objectieve toets. Gezien de Amerikaanse tophoudster vaak beursgenoteerd is, is het hoogst onwaarschijnlijk dat de tophoudster is opgericht om Nederlandse dividendbelasting te ontgaan. Voor het slagen van de kunstmatigheidstoets geldt eenzelfde beredenering als voor artikel 17, derde lid, onderdeel b Wet VpB 1969.

Per 1 januari 2018 zijn art. 4, negende en tiende lid Wet DB 1965 in werking getreden. Deze bepalingen voorzien in het tegengaan van structuren met een hybride mismatch. Art. 4, tiende lid ziet specifiek op "reverse hybrids", entiteiten die transparant zijn voor Nederlandse doeleinden, maar niet-transparant voor buitenlandse doeleinden. Art. 4, tiende lid bepaalt dat vóór de toetsing aan de inhoudingsvrijstelling eerst getoetst dient te worden of de hybride entiteit in het land van vestiging aangemerkt wordt als opbrengstgerechtigde van de dividenduitkering. Indien dit het geval is, dient de toets van de inhoudingsvrijstelling toegepast te worden op het niveau van de besloten CV. In de gebruikelijke CV/BV-structuur is de hybride entiteit doorgaans gevestigd in een tax haven. Nederland sluit echter geen bilaterale belastingverdragen af met dergelijke laagbelaste jurisdicties. Gezien de inhoudingsvrijstelling slechts is uitgebreid naar landen waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbel belasting heeft afgesloten, zou de inhoudingsvrijstelling voor de CV/BV-structuur niet van toepassing zijn. In de parlementaire behandeling van deze bepaling wordt ook specifiek verwezen naar de CV/BV-structuur.¹³⁷ Het gevolg van deze bepaling is dat de CV/BV-structuur zijn waarde zou verliezen.

¹³⁶ Voor de inkomstenbelasting wordt dit mogelijk gemaakt door artikel 9.2 Wet IB 2001; voor de vennootschapsbelasting geldt artikel 25 Wet VpB 1969.

¹³⁷ *Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 6, p. 24.*

4.3. Amerikaans nationaalrechtelijk perspectief

Het Amerikaanse belastingrecht dient ook in ogenschouw te worden genomen om de werking van de CV/BV-structuur te verklaren. Twee relevante secties voor CV/BV-structuren zijn hierbij het check-the-box-systeem en de Subpart-F-wetgeving in de VS. Voor de analyse van deze systemen wordt slechts ingegaan op het algemeen van toepassing zijnde belastingstelsel. Afwijkingen tussen verschillende staten worden in de analyse niet meegenomen. Vanuit het nationaalrechtelijke perspectief van de Verenigde Staten dient beoordeeld te worden hoe de besloten CV voor Amerikaanse belastingdoeleinden gekwalificeerd wordt. Voor de kwalificatie of sprake is van een transparante dan wel niet-transparante entiteit wordt in de Verenigde Staten de “elective approach” gehanteerd.¹³⁸ Dit houdt in dat niet aan de hand van de nationale wet- en regelgeving wordt bepaald of sprake is van een (niet-)transparante entiteit, maar dat de optie aan de belastingplichtige zelf wordt voorgelegd middels het aanvinken van het gewenste hokje bij het moment van oprichting.

De elective approach biedt dus ruimte om te opteren voor een (niet-)transparante kwalificatie. In de Verenigde Staten wordt dit ook wel het “check-the-box” systeem genoemd. Voor de besloten CV wordt in de VS de keuzemogelijkheid geboden tussen een corporation of partnership. Hierbij zorgt de eerstgenoemde optie voor een niet-transparante kwalificatie en de tweede optie voor een transparante kwalificatie. Bij een partnership dienen er minimaal twee eigenaren te zijn. Wanneer sprake is van één eigenaar wordt gesproken over een “disregarded entity”. Ook voor de BV bestaat een dergelijke keuzemogelijkheid. De BV is in beginsel naar Amerikaanse maatstaven fiscaal niet-transparant. Echter kan alsnog gekozen worden om de BV aan te merken als “disregarded” en daarmee dus transparant.¹³⁹

Binnen het check-the-box-systeem zijn er ook zogenoemde “per se” corporations. Voor deze vennootschappen bestaat geen keuzemogelijkheid. Een voorbeeld hiervan is de Nederlandse naamloze vennootschap.¹⁴⁰ Indien de entiteit haar keuzeruimte niet benut, passen de Amerikaanse belastingautoriteiten een standaardkwalificatie toe.¹⁴¹ Een voordeel van de elective approach is onder andere een administratieve lastenverlichting voor de Amerikaanse belastingautoriteiten, aangezien niet voor iedere afzonderlijke entiteit dient te worden onderzocht of sprake is van (non-)transparantie. Een ander belangrijk voordeel is het bevorderen van de rechtsvormneutraliteit. Door de keuze aan de belastingplichtige zelf te laten, wordt immers de mogelijkheid een onderneming te drijven hoe de belastingplichtige wenst vergroot. Tot slot is er zekerheid vooraf voor de belastingplichtige. Een nadeel van de elective approach is dat belastingplichtigen worden aangezet tot het vormen van kunstmatige structuren waarbij uitstel of afstel van belastingheffing kan worden gerealiseerd.¹⁴²

¹³⁸ De Amerikaanse check-the-box-wetgeving worden weergegeven in § 301.7701-1 tot § 301.7701-3 van de Treasury Regulations.

¹³⁹ M. Fetter, S. Admiraal, Hybride entiteiten: transparant en niet-transparant, *Forfaitair* 2006/167-05, onderdeel 2.2.

¹⁴⁰ W.H.H. Bolhaar, ‘Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches’, *NTFR/A* 2013/25, onderdeel 2.2.2.

¹⁴¹ W.H.H. Bolhaar, ‘Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches’, *NTFR/A* 2013/25, onderdeel 2.2.2.

¹⁴² W.H.H. Bolhaar, ‘Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches’, *NTFR/A* 2013/25, onderdeel 2.2.2.

Ten tweede dient ook ingegaan te worden op de systematiek van Subpart-F. Door middel van deze wetgeving werd getracht te voorkomen dat Amerikaanse vennootschappen hun winsten in het buitenland stalden en daarmee niet werden inbegrepen in de Amerikaanse heffingsgrondslag.¹⁴³ Deze winsten werden voornamelijk in tax havens ondergebracht om zo veel mogelijk heffing te vermijden. De CFC-wetgeving is te vinden in "the Internal Revenue Code" (IRC) § 951 en verder. Dit wordt ook wel de "Subpart-F-wetgeving" genoemd. Volgens de Amerikaanse CFC-wetgeving is sprake van een CFC, indien een Amerikaanse vennootschap een belang van meer dan 50 procent houdt in de stemrechten van een buitenlandse vennootschap.¹⁴⁴ Indien dit het geval is wordt het zogenoemde "Subpart-F-inkomen" van de CFC in de Amerikaanse heffingsgrondslag betrokken.

Of de CFC daadwerkelijk het inkomen heeft uitgekeerd is niet relevant, aangezien bij uitkering dit gedeelte niet nogmaals in de heffing zal worden betrokken. Onder het Subpart-F-inkomen worden verschillende inkomenscategorieën genoemd die als gevolg van de CFC-wetgeving in de Amerikaanse heffing worden betrokken. In CV/BV-structuren wordt door de besloten CV vooral passief inkomen ontvangen, zoals dividenden, interest en royalty's. Ook dit valt onder het Subpart-F-inkomen, namelijk onder de subcategorie "Foreign Personal Holding Income".¹⁴⁵ Daarmee geniet de besloten CV dus Subpart-F-inkomen. Omdat de besloten CV vanuit Amerikaans perspectief als niet-transparant wordt beschouwd, valt de besloten CV in beginsel onder de Amerikaanse CFC-wetgeving. Daarmee zou de CV/BV-structuur haar waarde verliezen, namelijk uitstel van belastingheffing. De effectiviteit van deze structuur kan echter gewaarborgd worden door het check-the-box-systeem.

Door middel van dit systeem kunnen de onderliggende vennootschappen van de besloten CV worden aangemerkt als transparante entiteiten. Door het transparant maken van de onderliggende vennootschappen worden ontvangsten van passief inkomen door de besloten CV niet meer zichtbaar, aangezien de activiteiten van de onderliggende vennootschappen worden toegerekend aan de besloten CV. Vanuit Amerikaans perspectief kan daarom Subpart-F niet van toepassing zijn, aangezien de passieve inkomsten niet zichtbaar zijn.

Op grond van het voorgaande blijkt dat de Amerikaanse CFC-wetgeving niet van toepassing kan zijn op CV/BV-structuren en het check-the-box-systeem fiscale planningsmogelijkheden uitlokt voor Amerikaanse multinationals. Als reactie op deze planningsmogelijkheden heeft de Amerikaanse wetgever na het introduceren van het check-the-box-systeem reparatiewetgeving ingevoerd. De belangrijkste bepaling voor wat betreft CV/BV structuren is neergelegd in §894(c) van de Internal Revenue Code (IRC). In het eerste lid is bepaald dat een buitenlandse persoon geen recht heeft op verlaagd bronbelastingtarief met betrekking tot inkomen verkregen uit een transparante entiteit, indien de volgende cumulatieve criteria van toepassing zijn:

¹⁴³ Hearings on the President's 1961 Tax Recommendations before House Committee on Ways and Means, Doc. No. 140, 87th Cong., 1st Sess. 8-10 (1961).

¹⁴⁴ Internal Revenue Code (IRC) § 957 (a).

¹⁴⁵ Internal Revenue Code (IRC) § 954(a)(1) en § 954(c).

1. Het inkomensbestanddeel in bronland niet kwalificeert als inkomensbestanddeel van die persoon,
2. Het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting niet voorziet in een bepaling die de toepasbaarheid regelt van het verdrag in de situatie dat inkomen verkregen wordt via een transparante entiteit, en
3. Het bronland geen belasting heft over de uitkering van dit inkomen van de hybride entiteit aan de achterliggende participanten.¹⁴⁶

Een buitenlands persoon heeft geen recht op verdragsvoordelen met betrekking tot het inkomen, doordat gebruik wordt gemaakt van een hybride mismatch en daardoor niet geheven wordt over het inkomen in het bronland. Onder een hybride entiteit wordt hier verstaan een vennootschap die transparant is voor het verdragsland, maar als niet-transparant wordt gekwalificeerd onder Amerikaanse maatstaven. Eenzelfde bepaling is terug te vinden in art. 4, eerste lid, onderdeel d van het Amerikaans Standaard Verdrag uit 1996.¹⁴⁷ Door middel van deze bepalingen wordt getracht verdragsvoordelen te beperken op betalingen aan hybride entiteiten.¹⁴⁸ In het geval van de CV/BV-structuur wordt echter aan de tweede voorwaarde niet voldaan, aangezien het belastingverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten wel een hybride entiteitenbepaling bevat.

4.4. Internationaalrechtelijk perspectief

Na in de voorgaande onderdelen te zijn ingegaan op de nationaalrechtelijke aspecten van de CV/BV structuur, wordt in dit onderdeel stilgestaan bij de internationaalrechtelijke elementen. Uit het voorgaande volgt dat sprake is van een hybride mismatch op het niveau van de besloten CV. Met de introductie van het OESO Partnership-rapport werd getracht een einde te maken aan de problematiek rondom hybride mismatches en het risico op dubbele (non-)heffing.¹⁴⁹ Het OESO Partnership-rapport is gevoegd bij het OESO-commentaar en voorziet in oplossingen voor een aantal veel voorkomende situaties waarbij hybride entiteiten een rol spelen. Zo zou het zesde voorbeeld van het OESO Partnership-rapport uitkomst kunnen bieden met betrekking tot de CV/BV-structuur. In het OESO Partnership-rapport wordt aangegeven dat in een soortgelijk geval geen verdragsvoordelen hoeven te worden verleend aan de achterliggende participanten en Nederland als bronstaat zijnde haar claim op de bronbelasting niet hoeft te verlagen.¹⁵⁰ Op het OESO Partnership-rapport heeft Nederland echter een voorbehoud gemaakt door aan te geven dat het OESO Partnership-rapport slechts van toepassing is indien dit in specifieke verdragsbepalingen, onderlinge overlegprocedures of het beleid naar voren werd gebracht.¹⁵¹

¹⁴⁶ Internal Revenue Code (IRC) §894(c)(1).

¹⁴⁷ M. Fetter, S. Admiraal, 'Hybride entiteiten: transparant en niet-transparant', *Forfaitair* 2006/167-05, onderdeel 2.2.

¹⁴⁸ M. Fetter, S. Admiraal, 'Hybride entiteiten: transparant en niet-transparant', *Forfaitair* 2006/167-05, onderdeel 2.2.

¹⁴⁹ OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, Paris: OECD Publishing, onderdeel II.2.

¹⁵⁰ OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, Paris: OECD Publishing, onderdeel II.4, punt 64-67.

¹⁵¹ A.J.A. Stevens, G.K. Fibbe, A.W.G. Lamers, 'De Nederlandse fiscale behandeling van hybride entiteiten onder belastingverdragen', *MBB* 2011/05-02, onderdeel 2.

Naar aanleiding van heronderhandelingen is daarom op 8 maart 2004 het Wijzigingsprotocol behorend bij het Verdrag NL-VS ondertekend.¹⁵² Hierbij is onder andere een bepaling specifiek voor hybride entiteiten toegevoegd aan het belastingverdrag. Deze bepaling is opgenomen in art. 24, vierde lid van het Verdrag NL-VS. Deze bepaling is gebaseerd op de eerdergenoemde hybride entiteitenbepaling opgenomen in het Amerikaans Standaard Verdrag.¹⁵³ De tekst van art. 24, vierde lid, luidt als volgt:

*"In het geval van een bestanddeel van het inkomen, de winst of een voordeel verkregen door een persoon dat fiscaal transparant is krachtens het recht van een van beide Staten, wordt dit bestanddeel aangemerkt als zijnde verkregen door een inwoner van een Staat voorzover dat bestanddeel voor de toepassing van het belastingrecht van die Staat wordt behandeld als het inkomen, de winst of het voordeel van een inwoner."*¹⁵⁴

Uit de lezing van deze bepaling in het Verdrag NL-VS volgt dat het verdrag slechts zijn toepassing vindt, indien het inkomen verkregen uit de transparante entiteit in de woonstaat van de ontvanger wordt geclassificeerd als inkomen van de inwoner en niet zijnde inkomsten van de hybride entiteit. Indien dit het geval is worden verdragsvoordelen verschoven naar de achterliggende participanten.¹⁵⁵ In de resterende gevallen wordt het inkomen aangemerkt als inkomen van de hybride entiteit en worden verdragsvoordelen niet toegekend. Daarmee lijkt het verder te gaan dan normale antimisbruikbepalingen, zoals Van der Linden betoogt.¹⁵⁶ Art. 24, vierde lid Verdrag NL-VS beperkt niet alleen het verdragsvoordeel op de uitkering, maar "alloceert" tevens de inkomensbestanddelen tussen de participant(en) en de hybride entiteit en bepaalt of een persoon *in zijn geheel* al dan niet verdragsgerechtigd is. Door de hybride entiteitenbepaling volgt de bronstaat de heffing van de woonstaat voor de kwalificatie van deze hybride entiteit.¹⁵⁷ In de parlementaire behandeling van het Wijzigingsprotocol wordt door middel van een aantal voorbeelden besproken hoe de hybride entiteitenbepaling uitwerkt.¹⁵⁸ Een belangrijk voorbeeld met betrekking tot de werking van de gebruikelijke CV/BV-structuur is voorbeeld 4. Hierbij gaat het om participant Z, gevestigd in de VS. Participant Z bezit alle aandelen in entiteit Y, gevestigd in een derde land.¹⁵⁹ Vanuit Amerikaans perspectief wordt de entiteit Y als niet-transparant gekwalificeerd en volgens de Nederlandse wetgeving als transparant. Via de entiteit Y krijgt participant Z dividend uitgekeerd. De hierboven beschreven casus kan als volgt worden geïllustreerd:

¹⁵² Treasury Department: Technical Explanation of the Convention and the Protocol, September 21, 2004, p. 17-19.

¹⁵³ A.J.A. Stevens, G.K. Fibbe, A.W.G. Lamers, 'De Nederlandse fiscale behandeling van hybride entiteiten onder belastingverdragen', *MBB* 2011/05-02, onderdeel 4.3.

¹⁵⁴ Artikel 24, vierde lid, Verdrag NL-VS.

¹⁵⁵ M.H.G.M. van der Linden, 'Hybride entiteiten onder het NL-VS verdrag; transparant maar niet helder', *WFR* 2014/886, onderdeel 2.

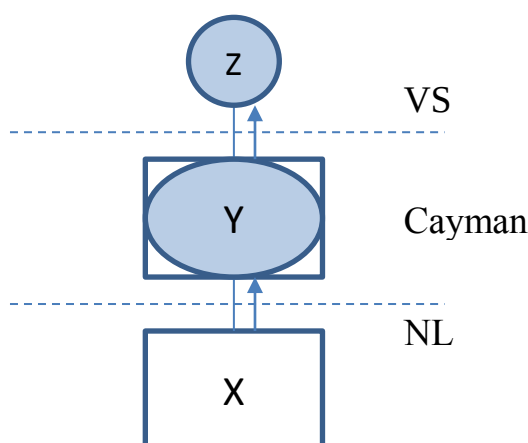
¹⁵⁶ M.H.G.M. van der Linden, 'Hybride entiteiten onder het NL-VS verdrag; transparant maar niet helder', *WFR* 2014/886, onderdeel 2.

¹⁵⁷ M. Fetter, S. Admiraal, 'Hybride entiteiten: transparant en niet-transparant', *Forfaitair* 2006/167-05, onderdeel 2.2.

¹⁵⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 632, nr. 3, p. 29-31.

¹⁵⁹ De situatie ziet op een hybride entiteit in een derde land. Echter kan ook de hybride entiteit zich in Nederland bevinden, aangezien voor de werking van artikel 24, vierde lid aangesloten wordt bij de woonstaat van de achterliggende aandeelhouder van de hybride entiteit, in dit geval participant Z.

Figuur 2: illustratie voorbeeld 4¹⁶⁰



Vanuit nationaalrechtelijk perspectief zou Nederland het dividend toerekenen aan de achterliggende participanten/aandeelhouders. De VS zou in dat geval participant Z niet in de heffing betrekken omdat Z niet als uiteindelijk gerechtigde van dit inkomen kan worden gekwalificeerd, maar entiteit Y. Omdat entiteit Y niet in de VS gevestigd is, wordt ook entiteit Y niet aan Amerikaanse belastingheffing onderworpen. Zonder enige aanpassing zou dit dus leiden tot dubbele non-heffing. Door de hybride entiteitenbepaling moet worden gekeken of de woonstaat de dividenduitkering aanmerkt als inkomen van de inwoner of als inkomen van de hybride entiteit. Gezien het feit dat entiteit Y vanuit Amerikaans perspectief niet-transparant is, kan tot de conclusie worden gekomen dat geen inkomen kan worden toegerekend aan de participant Z. Nederland hoeft als gevolg van deze constatering geen voorkoming of vermindering van dividendbelasting te verlenen en mag het volledige bronbelastingtarief toepassen van 15 procent.¹⁶¹ Ondanks het voorbehoud van de Nederlandse wetgever op het OESO Partnership-rapport, wordt door middel van de hybride entiteitenbepaling alsnog hetzelfde effect bewerkstelligt, namelijk het wegnemen van verdragsvoordelen bij gebruik van een hybride entiteit. Hierdoor zou de CV/BV-structuur voor Amerikaanse vennootschappen zijn waarde verliezen, aangezien belastingheffing over inkomen niet meer langdurig kan worden uitgesteld.

De staatssecretaris van Financiën heeft echter eenzijdig op de hybride entiteitenbepaling inbreuk gemaakt door in het Besluit goed te keuren dat art. 24, vierde lid Verdrag NL-VS bij een CV/BV-structuur onder voorwaarden niet zou hoeven te worden toegepast.¹⁶² Toepassing van de hybride entiteitenbepaling zou namelijk volgens de staatssecretaris kunnen leiden tot nadelige effecten voor Amerikaanse bedrijven die een indirect belang houden in een Nederlandse entiteit door middel van een CV/BV-structuur.¹⁶³ Het Besluit heeft hierbij slechts betrekking op Amerikaanse vennootschappen die het belang in de Nederlandse dochtervennootschap houden door middel van een hybride entiteit. Het Besluit strekt zich echter alleen uit tot hybride entiteiten die naar Nederlandse maatstaven als transparant worden beschouwd en naar

¹⁶⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 632, nr. 3, p. 31.

¹⁶¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 632, nr. 3, p. 29. Zie ook artikel 5 Wet DB 1965.

¹⁶² Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2005, nr. IFZ 2005/546M.

¹⁶³ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2005, nr. IFZ 2005/546M, onderdeel 1.

Amerikaanse maatstaven niet-transparant.¹⁶⁴ Voor de toepassing van dit besluit is benodigd dat de vennootschap waarin de hybride entiteit een belang houdt in of via Nederland reële activiteiten moet verrichten. Voor de vraag of in Nederland voldoende reële activiteiten worden uitgevoerd kan zekerheid vooraf worden gevraagd bij het APA/ATR-team. Een reële aanwezigheid wordt aanwezig geacht indien de belastingplichtige voldoet aan de substance-eisen in het ATR-besluit. Voor de bespreking van de substance-eisen, verwijs ik naar paragraaf 3.5.

Het gevolg van het achterwege laten van art. 24, vierde lid Verdrag NL-VS is dat toepassing van het Verdrag NL-VS niet wordt geweigerd aan Amerikaanse vennootschappen die het belang in de Nederlandse dochtervennootschap houden door middel van een hybride entiteit. Daarmee kunnen zij bijvoorbeeld een beroep doen op het verlaagde bronbelastingtarief van art. 10, tweede en derde lid Verdrag NL-VS. Hiermee wordt het kwalificatieverschil in stand gehouden en kunnen Amerikaanse bedrijven langdurig uitstel van heffing verkrijgen. Indien de besloten CV als niet-transparant wordt beschouwd vanuit Amerikaans perspectief, zou de besloten CV niet onderworpen zijn aan belastingheffing in de VS. In de VS zou slechts heffing over de winsten van de CV plaatsvinden, indien deze winsten zouden worden uitgekeerd aan de Amerikaanse participanten. Vanuit Nederlands perspectief geldt echter dat de besloten CV als transparant wordt aangemerkt, wat inhoudt dat de winsten toegerekend worden aan de achterliggende participanten en deze participanten in de heffing moeten worden betrokken. Dit houdt in dat een royaltybetaling vanuit een Nederlandse BV aan een besloten CV wordt gekenmerkt als een betaling aan diens achterliggende participanten. Indien wordt verondersteld dat de achterliggende participanten geen Nederlands inkomen genieten, blijft de betaling voorlopig onbelast. Enerzijds zorgt dit voor een aftrek van de gemaakte kosten voor de Nederlandse BV en tegelijkertijd worden de opbrengsten van de royaltybetaling niet belast bij de achterliggende participanten, vanwege de non-transparantie van de besloten CV. Daarmee wordt dubbele non-heffing als gevolg van deze structuur bewerkstelligd.

4.5. Conclusie

In dit onderdeel is stilgestaan bij de volgende deelvraag: *Wat is de CV/BV-structuur en wat zijn de fiscale aspecten hiervan?* Hierbij is allereerst de gebruikelijke CV/BV-structuur uiteengezet. De CV/BV-structuur bestaat uit een besloten CV met daaronder een BV1/BV2-structuur. De achterliggende participanten van de besloten CV zijn de Amerikaanse tophoudster en de LLC. BV2 bezit alle buitenlandse deelnemingen. Vervolgens zijn de fiscale gevolgen voor elk van de verschillende componenten van de structuur behandeld. Vanuit Nederlands perspectief kan een besloten CV als transparant worden aangemerkt, waardoor de activiteiten worden toegerekend aan de achterliggende participanten. De besloten CV is daarmee niet binnenlands vennootschapsbelastingplichtig. Ook is geen sprake van buitenlandse vennootschapsbelastingplicht, aangezien de besloten CV doorgaans in een derde land is gevestigd. Verder is geanalyseerd of op grond van art. 17, derde lid, onderdeel a respectievelijk onderdeel b Wet VpB 1969 sprake kan zijn van buitenlandse belastingplicht in het geval de besloten CV in Nederland gevestigd is.

¹⁶⁴ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2005, nr. IFZ 2005/546M, onderdeel 2.

Deze vraag moet ontkennend beantwoord worden. Vanuit Amerikaans perspectief is zowel het check-the-box-systeem als Subpart-F-wetgeving relevant. Het check-the-box-systeem geeft aan dat entiteiten zelf de keuze hebben om als transparant of niet-transparant te kwalificeren. Hoewel voor sommige entiteiten uitzonderingen gelden, bestaat voor de besloten CV en de BV deze keuzemogelijkheid wel. Het is echter niet mogelijk op de besloten CV Subpart-F-wetgeving toe te passen. Reden hiervoor is dat de BV en de onderliggende ondernemingen als transparant kunnen worden beschouwd en daardoor ontvangsten van passief inkomen door de transparantie van de BV niet zichtbaar zijn vanuit Amerikaans perspectief. Verder dient te worden opgemerkt dat door middel van het Amerikaanse check-the-box-systeem fiscale planningsmogelijkheden in de hand worden gewerkt.

Als gevolg daarvan heeft de Amerikaanse wetgever een hybride entiteitenbepaling ontwikkeld die later opgenomen is in het Amerikaans Standaardverdrag. In het Verdrag NL-VS wordt in art. 24, vierde lid aangegeven dat de achterliggende participanten slechts verdragsvoordelen toegekend krijgen wanneer dit in de woonstaat als inkomen van de inwoner wordt beschouwd. Dit houdt in dat de inwoner zelf uiteindelijk gerechtigde van het inkomen moet zijn en niet een hybride entiteit in het buitenland. Daarmee zou de CV/BV-structuur haar waarde verliezen, aangezien in de VS dit inkomen wordt aangemerkt als inkomen van de besloten CV en niet van de tophoudster of LLC. Daarmee zouden Amerikaanse multinationals geen gebruik meer kunnen maken van bijvoorbeeld een verminderd bronbelastingtarief op passief inkomen. Echter heeft Nederland eenzijdig inbreuk gemaakt met het besluit van 6 juli 2005. Dit besluit stelt dat art. 24, vierde lid achterwege blijft indien voldoende reële activiteiten in Nederland uitgevoerd worden. Dit wordt beoordeeld door het APA/ATR-team en daarop wordt een CV/BV-ruling afgegeven. Als gevolg van dit besluit kan de CV/BV-structuur in stand worden gehouden en kunnen Amerikaanse multinationals een voordeel blijven genieten.

5. Staatssteunanalyse CV/BV-structuur

5.1. Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is stilgestaan bij de fiscaalrechtelijke gevolgen van de CV/BV-structuur vanuit Nederlands en Amerikaans perspectief. Op de hybride entiteitenbepaling in het Verdrag NL-VS wordt door Nederland eenzijdig inbreuk gemaakt met de introductie van het Besluit. In dit hoofdstuk zal antwoord worden gegeven op de volgende deelvraag: *“Kan de CV/BV-structuur en de bijbehorende ruling aangemerkt worden als onverenigbare staatssteun als bedoeld in art. 107 vweu?”* Hierbij zal dus achtereenvolgens getoetst worden aan het voordeelcriterium, het selectiviteitscriterium, het bekostigingscriterium en het verstoringscriterium. Het Besluit geeft aan te zien op het probleem dat de hybride entiteitenbepaling van toepassing is voor Amerikaanse vennootschappen die hun belang in een Nederlandse entiteit houden via een hybride entiteit. Hierdoor krijgen deze Amerikaanse multinationals geen vermindering meer voor de Nederlandse dividendbelasting. Aangezien royalty- en interestbetalingen niet onderworpen zijn aan een soortgelijke bronbelasting kan de vraag gesteld worden of voor deze betalingen een voordeel wordt behaald met de CV/BV-structuur, dan wel of sprake is van een afwijking van de referentieregeling. In dit hoofdstuk wordt daarom tevens het onderscheid gemaakt tussen dividendbetalingen en interest- en royaltybetalingen. Voor de toetsing van het selectiviteitscriterium zal getoetst worden aan het verkrijgen van een CV/BV-ruling, alsmede de CV/BV-structuur zelf. Hierbij wordt onderzocht of voor het overeenkomen van een individuele CV/BV-ruling eenzelfde toetsingskader dient te worden toegepast als een algemene regeling. Het hoofdstuk zal afgesloten worden met een conclusie van de belangrijkste elementen van het onderzoek.

5.2. Toetsing voordeelcriterium

Marktconformiteit is het uitgangspunt bij toetsing aan het voordeelcriterium.¹⁶⁵ In het geval van marktconformiteit dient te worden onderzocht of een marktdeelnemer onder normale marktwerving eenzelfde voordeel zou kunnen hebben verkregen. Afwijkende marktvoorwaarden zijn aanwezig indien de financiële situatie van een marktdeelnemer wijzigt als gevolg van de toepassing van een maatregel.¹⁶⁶ Verder dient te worden opgemerkt dat een voordeel in de zin van het staatssteunrecht ruim kan worden geïnterpreteerd. Onder een voordeel valt mede een fiscale voorkeursbehandeling of een maatregel die ziet op een lastenverlichting voor de onderneming.¹⁶⁷ Belastingvermindering of belastinguitstel kan tevens aangemerkt worden als een steunmaatregel van de staat.¹⁶⁸ Belastinguitstel voor onbepaalde tijd biedt vennootschappen de mogelijkheid te herinvesteren. Tevens dient rekening te worden gehouden met de tijdswaarde van geld, aangezien geen rente op dit uitstel wordt vergoed. Zoals Wattel eerder constateerde, lijkt het onbepaald uitstellen van belastingheffing een voordeel voor multinationals.

¹⁶⁵ HvJ EU 9 oktober 2014, C-522/13 (Navantia), r.o. 21.

¹⁶⁶ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 67.

¹⁶⁷ HvJ EU 8 september 2011, C-78/08, C-79/08, C-80/08 (Ministero Economia (Italië)/Paint Graphos), r.o. 45 en 46. Zie ook HvJ EU 29 maart 2012, C-417/10 (3M Italia), r.o. 38.

¹⁶⁸ HvJ EU 10 januari 2006, C-222/04 (Cassa di Risparmio di Firenze SpA), punt 132.

In de Mededeling wordt tot slot aangegeven dat het voordeelcriterium van toepassing is wanneer bepaalde marktdeelnemers kosten niet hoeven te dragen, daar waar vergelijkbare marktdeelnemers in een normale marktsituatie wel met deze kosten te maken zouden hebben.¹⁶⁹ In een CV/BV-structuur zijn verschillende betalingen mogelijk. De analyse beperkt zich echter tot drie soorten betalingen van de BV aan de besloten CV, namelijk dividendbetalingen en interest- en royaltybetalingen. Alvorens in te gaan op de toetsing van het voordeelcriterium, zullen eerst de fiscale gevolgen van elk van deze betalingen worden uiteengezet indien het Besluit niet van toepassing is. Vanuit dit punt kan onderzocht worden of sprake is van een voordeel en of dit voordeel onder normale marktomstandigheden ook verkregen zou kunnen worden.

Bij de gebruikelijke CV/BV-structuur bezit de besloten CV intellectueel eigendom. Vervolgens wordt dit intellectueel eigendom ter beschikking gesteld aan de buitenlandse deelnemingen via bijvoorbeeld de BV1/BV2-structuur. Vanuit Nederlands perspectief kunnen royalty's belastingvrij worden uitgekeerd aan de besloten CV. Het Nederlandse belastingstelsel kent immers geen bronbelasting op royalty's. Voor interestbetalingen geldt eenzelfde systematiek. Ter volledigheid merk ik op dat ook internationaal gezien op grond van art. 12 en 13 van het Verdrag NL-VS Nederland geen heffingsrecht heeft over interest en royalty's. Voor dividendbetalingen van de BV naar de besloten CV geldt in beginsel op grond van de Nederlandse dividendbelasting belastingplicht. Op basis van art. 5 Wet DB 1965 resulteert dit in een heffing van 15 procent. Tevens geldt op grond van art. 4, tiende lid Wet DB 1965 dat de inhoudingsvrijstelling niet van toepassing is op dividenden die worden uitgekeerd aan de achterliggende participanten van de CV. Onder specifieke voorwaarden genoemd in art. 10, derde lid Verdrag NL-VS kan het bronbelastingtarief worden verminderd naar 0 procent.¹⁷⁰ Door de toepassing van art. 24, vierde lid Verdrag NL-VS kan dit verdragsvoordeel niet meer worden toegepast. Volgens deze systematiek zou daarmee 15 procent dividendbelasting verschuldigd zijn in Nederland.

Door de toepassing van het Besluit kan art. 24, vierde lid achterwege blijven. Toepassing van het Besluit zou strikt gezien ervoor zorgen dat voor interest- en royaltybetalingen en dividendbetalingen gebruik zou kunnen worden gemaakt van verminderingen in het bronbelastingtarief. Echter dient hierbij te worden opgemerkt dat de Nederlandse belastingwetgeving geen bronbelasting op royalty's en interest kent en op grond van het Verdrag NL-VS Nederland als bronstaat geen heffingsrecht krijgt toegewezen voor deze betalingen. Daarmee heeft het Besluit geen effect op interest- en royaltybetalingen, aangezien ook zonder het eenzijdig ingrijpen van Nederland eenzelfde fiscale behandeling verkregen zou worden door Amerikaanse investeerders. Daarom voorziet het Besluit niet in een voordeel voor interest- en royaltybetalingen, aangezien onder "normale" marktomstandigheden eenzelfde resultaat zou zijn behaald.

¹⁶⁹ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2016/C 262/01), punt 69.

¹⁷⁰ Voor de toepassing van dit tarief is van belang dat de moedervernootschap gedurende een periode van 12 maanden middellijk of onmiddellijk 80 procent van de stemrechten in de dochtervernootschap, een gekwalificeerde persoon is op grond van artikel 26, tweede lid, onderdeel c, Verdrag NL-VS, uiteindelijk gerechtigd op grond van artikel 26, derde lid Verdrag NL-VS en een beschikking heeft ontvangen op grond van artikel 26 Verdrag NL-VS.

Recent is echter duidelijk geworden dat het kabinet voornemens is de dividendbelasting af te schaffen en dit te vervangen door een conditionele bronheffing op dividenden, interest en royalty's.¹⁷¹ Deze conditionele bronheffing brengt met zich mee dat interest- en royaltybetalingen in de toekomst belast kunnen zijn. Voor de analyse zou dit als gevolg hebben dat door de werking van art. 24, vierde lid Verdrag NL-VS verdragsvoordelen voor de belastingplichtige geweigerd zouden worden. Als gevolg van art. 24, vierde lid Verdrag NL-VS wordt Nederland daarmee gerechtigd haar bronheffing toe te passen. Door toedoen van het Besluit zou art. 24, vierde lid Verdrag NL-VS achterwege blijven en zou daarmee Nederlandse bronbelasting worden ingehouden als gevolg van art. 12 en 13 Verdrag NL-VS. In de toekomst zou dit kunnen betekenen dat door middel van het Besluit alsnog dubbele non-heffing optreden. Resumerend moet voor interest- en royaltybetalingen vastgesteld worden dat geen sprake is van een voordeel. Een Amerikaanse multinational zou immers onder normale marktomstandigheden dit voordeel kunnen verkrijgen. Door het ontbreken van een bronheffing op interest en royalty's wordt tevens geen voordeel behaald ten opzichte van andere marktdeelnemers. In de toekomst is het echter mogelijk dat een bronheffing op interest en royalty's het mogelijk maakt dat sprake is van een voordeel in de zin van het voordeeltcriterium.

Voor dividendbetalingen kan tot een andere conclusie worden gekomen. Voor dividendbetalingen geldt op grond van de nationale wetgeving een dividendbelastingtarief van 15 procent. Door middel van het Verdrag NL-VS, in het bijzonder art. 10, derde lid Verdrag NL-VS, kan dit worden verminderd. Zonder toepassing van het Besluit zou hiervan geen gebruik mogen worden gemaakt. Het Besluit maakt het echter mogelijk dat alsnog een verminderd bronbelastingtarief zou kunnen worden behaald door de Amerikaanse investeerder. Als gevolg van het Besluit verbetert de financiële situatie van de achterliggende participanten, aangezien door het onbepaalde uitstel de lasten die normaliter op het budget van de onderneming drukken als gevolg van dit Besluit verlicht worden. Daarmee kan op grond van de voorgaande argumentatie het standpunt worden ingenomen dat sprake is van een voordeel als gevolg van het Besluit van 5 juli 2006. Zo stelt ook Vleggeert zich op dit standpunt.¹⁷² Los van het feit dat belastinguitstel als steunmaatregel van de staat kan worden gezien, is tevens de hiervoor aangehaalde visie van Wattel toepasbaar. Aan de hand van deze argumenten kan worden beredeneerd dat sprake is van een voordeel zoals bedoeld in art. 107 vweu.

Tot slot zou nog beargumenteerd kunnen worden dat objectief gezien een concurrentievoordeel wordt behaald door Amerikaanse multinationals die hun belang in Nederland houden via een hybride entiteit. Uit het Besluit kan niet duidelijk worden opgemaakt dat sprake is van een bevoordelingsintentie van de staatssecretaris van Financiën. De documenten naar aanleiding van het WOB-verzoek bieden echter wel grond om dit objectieve voordeel te bevestigen.¹⁷³

¹⁷¹ J. Vleggeert, H. Vording, 'Naar een bronbelasting op rente en royalty's: een stap verder dan het regeerakkoord', *WFR* 2018/3, onderdeel 1.

¹⁷² J. Vleggeert, 'Dutch CV-BV Structures: Starbucks-Style Tax Planning and State Aid Rules', *Bulletin for International Taxation* 2016/70, nr. 3, p. 178.

¹⁷³ Minister van Financiën, Besluit op uw WOB-verzoek inzake CV-BV structuren en informeel kapitaal rulings, nr. 2017-0000060179, p. 63.

In de documenten naar aanleiding van het WOB-verzoek wordt getoetst in hoeverre de fiscaliteit een rol speelt bij Amerikaanse multinationals om zich in Nederland te vestigen. Uit het onderzoek volgt dat Amerikaanse multinationals 40 procent vertegenwoordigen van de omzet van buitenlandse multinationals en dat de fiscaliteit een grote rol speelt voor Amerikaanse multinationals om zich in Nederland te vestigen. De studie schat in dat het wijzigen van de CV/BV-structuur weldegelijk een effect zal hebben op het Nederlandse vestigingsklimaat.¹⁷⁴ In het WOB-verzoek wordt in een document met betrekking tot het effect van ATAD2 op CV/BV-structuren diverse malen aangegeven dat als gevolg van de toepassing van ATAD2 de CV/BV-structuur zijn waarde zal verliezen en daarmee ook het concurrentievoordeel voor Amerikaanse bedrijven. Amerikaanse multinationals zullen hierop reageren door hun investeringen op korte termijn naar alternatieve locaties alloceren.¹⁷⁵ Daaruit volgt impliciet dat de mogelijkheid een CV/BV-structuur op te zetten een doorslaggevende rol speelt in de investeringsbeslissing van de Amerikaanse investeerder. Aan de hand van de voorgaande beargumentering met betrekking tot de uitstel van belastingheffing, alsmede de WOB-documenten inzake CV/BV-structuren, kan worden geconcludeerd dat het Besluit een lastenverlichting meebrengt voor Amerikaanse multinationals. Een verlaging van de belastingdruk resulteert vervolgens in een verbeterde financiële positie voor de Amerikaanse multinational. Hierbij gaat het specifiek om dividendbetalingen, aangezien interest- en royaltybetalingen ook zonder ingrijpen van de Nederlandse overheid onbelast blijven. Aan de hand van de voorgaande argumenten slaagt het Besluit voor het voordeeltcriterium.

5.3. Toetsing selectiviteitscriterium

Van een selectief voordeel is sprake indien het voordeel toegekend wordt aan bepaalde ondernemingen of producties.¹⁷⁶ Het Besluit ziet niet op regionale selectiviteit, aangezien niet relevant is waar de besloten CV gevestigd is in Nederland, maar wie de achterliggende participanten zijn en hoeveel economische activiteiten worden uitgevoerd binnen Nederland. Gekeken dient te worden naar het bredere begrip materiële selectiviteit.

Voor de toetsing aan selectiviteit dient het toetsingskader van het HvJ te worden toegepast.¹⁷⁷ Ten eerste zal de referentieregeling moeten worden vastgesteld. Hiervoor wordt onderzocht of in recente jurisprudentie van het staatssteunrecht de verhouding tussen het internationale belastingrecht en het staatssteunrecht van invloed kan zijn op de vaststelling van de referentieregeling. Ten tweede moet een mogelijke afwijking van de referentieregeling onderzocht worden ten opzichte van juridisch of feitelijk vergelijkbare ondernemingen. Daarbij moet onder andere worden onderzocht in hoeverre ondernemingen binnen de werkingssfeer van een belastingverdrag objectief vergelijkbaar zijn.

¹⁷⁴ Minister van Financiën, Besluit op uw WOB-verzoek inzake CV-BV structuren en informeel kapitaal rulings, nr. 2017-0000060179, p. 75.

¹⁷⁵ Minister van Financiën, Besluit op uw WOB-verzoek inzake CV-BV structuren en informeel kapitaal rulings, nr. 2017-0000060179, p. 81-83.

¹⁷⁶ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2016/C 262/01), punt 117.

¹⁷⁷ HvJ EU 21 december 2016, C-20/15 en C-21/15 (*World Duty Free Group e.a.*), r.o. 57 en 58.

Ten derde moet bij een mogelijke afwijking van de referentieregel onderzocht worden of deze maatregel gerechtvaardigd kan worden door de aard en opzet van het belastingstelsel. Tot slot zal besproken worden hoe de toetsing van een fiscale ruling dient te geschieden, mede in het licht van recente jurisprudentie. Tot slot zullen deze bevindingen in een deelconclusie worden samengevat.

5.3.1 Vaststelling referentieregeling

Zoals eerder besproken kent het HvJ geen eenduidige definitie voor het begrip “referentieregeling”. Het vaststellen van een juist ijkpunt is essentieel om te beoordelen of daadwerkelijk een afwijking bestaat op de referentieregeling.¹⁷⁸ Voor wat betreft CV/BV-structuren kan de keuze tussen verschillende referentieregelingen worden gemaakt. Voor de selectiviteitsanalyse zou dit kunnen leiden tot een andere uitkomst. Daarom is het essentieel dat een juiste referentieregeling wordt vastgesteld. Het doel van de CV/BV-structuur is een uitstel van heffing bewerkstelligen door gebruik te maken van een kwalificatiemismatch van een samenwerkingsverband. Daarbij is het in ieder geval van belang de nationale dividend- en vennootschapsbelasting in ogenschouw te nemen voor de vergelijking. Om te onderzoeken of het belastingverdrag behoort tot de referentieregeling, dan wel de specifieke steunmaatregel, moet de verhouding tussen het internationaal belastingrecht en het staatssteunrecht onderzocht worden. Aan de hand van de jurisprudentie en literatuur omtrent dit onderwerp zal een referentieregel worden vastgesteld.

5.3.1.1 Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania

Het arrest *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* (arrest Congregación) kan een belangrijke indicatie geven voor de vaststelling van de referentieregel bij CV/BV-structuren.¹⁷⁹ In dit arrest sluit de Spaanse Katholieke Kerk in 1979 een concordaat (lees: een verdrag) met de Spaanse overheid waarbij onder andere wordt verklaard dat de kerkgemeenschap is vrijgesteld van heffing op het gebied van ICIO¹⁸⁰, een gemeentelijke indirecte belasting die ziet op gebouwen, installaties en werkzaamheden.¹⁸¹ Het concordaat betreft zowel een ICIO-vrijstelling voor zakelijke als religieuze doeleinden. De ICIO is echter in 2009 aangepast, met als gevolg dat kerkelijke instanties slechts onder de vrijstelling zouden vallen indien de belasting bedoeld was voor constructies met religieuze doeleinden.¹⁸² Belanghebbende construeert een gebouw voor economische activiteiten en beroept zich op het concordaat voor de ICIO-vrijstelling. De gemeente stelt zich echter op het standpunt dat met de verbouwing van de aula geen religieus doel wordt nagestreefd. In geschil is of art. 107, eerste lid vWEU van toepassing is als gevolg van het in stand houden van het concordaat.

¹⁷⁸ A-G HvJ EU Wahl 20 december 2017 (Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie), punt 99.

¹⁷⁹ HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), V-N 2017/37.28.

¹⁸⁰ Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO).

¹⁸¹ HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), r.o. 2-5.

¹⁸² HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), r.o. 8-11.

Bij de toetsing of sprake is van een selectief economisch voordeel stelt het HvJ een brede referentieregeling vast. Allereerst stelt het vast dat in dit geval sprake is van een voordeel gelet op de veranderde financiële situatie van belanghebbende als gevolg van de ICIO-vrijstelling.¹⁸³ Voor wat betreft de selectiviteit van de maatregel geeft het HvJ voorts aan dat de ICIO-regeling als referentieregeling dient te worden genomen. Normaliter zou volgens de ICIO-regeling iedere ondernemer, in dit geval een persoon of entiteit die wel economische activiteiten uitvoert, onderworpen zijn aan ICIO. Gelet op het besluit dat de kerkgemeenschappen vrijgesteld zijn van de ICIO op grond van het concordaat en de reikwijdte van de ICIO vóór de wijziging, vormt dit een a priori selectieve maatregel.¹⁸⁴ Het HvJ geeft voorts aan dat geen rechtvaardigingsgrond van toepassing is om de selectieve maatregel te rechtvaardigen.¹⁸⁵

Bij de noot van dit arrest gaat de Redactie Vakstudie Nieuws in op het breed gekozen referentiekader voor de toetsing van het selectiviteitscriterium.¹⁸⁶ Het stellen van een dergelijk breed kader kan ervoor zorgen dat zeer snel sprake is van selectiviteit. Dit kan ervoor zorgen dat voor maatregelen die niet vanuit de fiscaliteit gemotiveerd zijn eerder sprake kan zijn van selectiviteit. Verder doet de Redactie een voorzichtige voorspelling dat het kiezen van een dergelijk breed toetsingskader in de toekomst wellicht vaker zal voorkomen. Zij concluderen dat indien dergelijk brede referentiekaders worden aangehouden dit wellicht (te) grote gevolgen kan hebben voor belastingstelsels en belastingverdragen van lidstaten. Ook A-G Kokott kiest voor een dergelijk breed toetsingskader.¹⁸⁷ Zij constateert dat de kerkgemeenschap als gevolg van het concordaat zou worden beïnvloed op andere marktdeelnemers die economisch actief zijn. Verder geeft zij ook aan dat de doelstelling van de ICIO-vrijstelling buiten de doelstellingen van de ICIO-regeling liggen. Op grond van het voorgaande concludeert Kokott dat het concordaat een selectieve maatregel behelst die niet valt te rechtvaardigen.¹⁸⁸ Gunn geeft in haar noot bij de conclusie van A-G Kokott aan dat prima facie gelijkenissen kunnen worden herkend tussen de openingsbeslissing van de McDonald's zaak en het arrest Congregación.¹⁸⁹

Daarbij is het de vraag in hoeverre het afgesloten concordaat vergeleken kan worden met een belastingverdrag en welk referentiekader hierbij van toepassing is. In het arrest Congregación gaat het immers ook om een bilaterale overeenkomst waarin onder andere de heffingsbevoegdheid van de Spaanse overheid wordt neergelegd. In haar optiek dient aangesloten te worden bij het algemene belastingstelsel, namelijk de ICIO-regeling.

¹⁸³ HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), r.o. 65-68.

¹⁸⁴ HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), r.o. 70.

¹⁸⁵ HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), r.o. 72.

¹⁸⁶ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Belastingvrijstelling voor Spaanse Congregación kan staatssteun vormen', *V-N* 2017/37.28.

¹⁸⁷ A-G HvJ EU Kokott 16 februari 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), punt 71.

¹⁸⁸ A-G HvJ EU Kokott 16 februari 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), *V-N* 2017/12.25.

¹⁸⁹ A.F. Gunn, 'Spaanse belastingvrijstelling voor Katholieke Kerk niet in strijd met staatssteunregels', *NTFR* 2017/924.

Dit arrest kan tevens van belang zijn voor CV/BV-structuren. In het bovenstaande arrest wordt een concordaat tussen de Spaanse overheid en de katholieke kerk in Spanje afgesloten. Als gevolg van dit concordaat zijn kerkelijke instanties vrijgesteld van ICIO voor zowel economische- als religieuze activiteiten. Op deze wijziging wordt vervolgens inbreuk gemaakt door het concordaat voor de Spaanse Katholieke Kerk in stand te houden. Met de wijziging van het Verdrag NL-VS met de hybride entiteitenbepaling en de eenzijdige inbreuk die de staatssecretaris hierop maakt door middel van het Besluit van 6 juli 2005 kunnen overeenkomsten tussen deze twee casussen worden gevonden. In het arrest *Congregación* wordt echter niet gekozen voor het concordaat als referentieregeling, maar de algemene ICIO-regeling. In beginsel wordt in dit arrest dus aangesloten bij het feit dat ICIO verschuldigd is. In het verlengde van deze vergelijking kan op grond van dit arrest beargumenteerd worden dat voor CV/BV-structuren ook aangesloten dient te worden bij het algemene belastingstelsel, zijnde het algemene dividend- en vennootschapsbelastingstelsel. Echter is het hier de vraag in hoeverre een bilateraal belastingverdrag tussen twee staten te vergelijken is met het afgesloten concordaat. Het concordaat is immers geen belastingverdrag zoals bedoeld in art. 2, eerste lid, onderdeel a van het Verdrag van Wenen.¹⁹⁰ Hierbij moet het immers gaan om een verdrag gesloten tussen twee staten, terwijl het concordaat een nationale aangelegenheid is. Een overeenkomst is dat net als in een bilateraal belastingverdrag een concordaat het heffingsrecht van de Spaanse overheid aangeeft. Het is daarom discutabel of een bilateraal belastingverdrag vergeleken mag worden met het concordaat en daardoor ook eenzelfde behandeling zal krijgen in toekomstige staatssteunzaken.

5.3.1.2. Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie

Een vergelijkbare zaak met betrekking tot de bepaling van het referentiestelsel betreft de zaak *Heitkamp Bauholding/Commissie* (*Heitkamp Bauholding*).¹⁹¹ In deze zaak wordt een Duitse verliesverrekeningsbepaling getoetst op mogelijke onverenigbaarheid met het staatssteunrecht. In de Duitse vennootschapsbelasting kunnen verliezen overgedragen worden naar toekomstige belastingjaren en verrekenend worden met toekomstige winsten.¹⁹² Deze bepaling is echter vervangen door een bepaling die stelde dat bij een aandeelhouderswijziging van minimaal 25 procent verliesverrekening beperkt werd. Indien meer dan 50 procent van het aandelenkapitaal werd verworven, waren verliezen in hun geheel niet meer voorwaarts verrekenbaar.¹⁹³ Vervolgens werd een uitzondering op deze regel ingevoerd. Dit betreft de zogeheten “Sanierungsklausel” (de saneringsclausule). Indien sprake is van een significante aandeelhouderswijziging kunnen onder specifieke voorwaarden verliezen alsnog verrekenbaar zijn. Een belangrijke voorwaarde is onder andere dat ten tijde van de verwerving de onderneming insolvent dreigt te worden.¹⁹⁴ In geschil is of de saneringsclausule een selectieve maatregel betreft.

¹⁹⁰ E.C.C.M. Kemmeren, ‘Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar’, *WFR* 2005/163, onderdeel 7.

¹⁹¹ HvJ EU 28 juni 2018, C-208/16P (*Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie*).

¹⁹² HvJ EU 28 juni 2018, C-208/16P (*Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie*), r.o. 4.

¹⁹³ HvJ EU 28 juni 2018, C-208/16P (*Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie*), r.o. 6.

¹⁹⁴ HvJ EU 28 juni 2018, C-208/16P (*Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie*), r.o. 8.

Het Gerecht sluit zich aan bij de EC voor wat betreft dit standpunt.¹⁹⁵ Volgens het Gerecht ziet de verliesverrekeningsbeperking niet slechts op gevallen van misbruik, maar op alle gevallen waarbij een significante aandeelhouderswijziging plaatsvindt. Daarmee is het Gerecht dus van mening dat de uitzondering dermate algemeen werkt dat het niet als antimisbruikbepaling kan worden beschouwd. Als gevolg van deze vaststelling en het ontbreken van een mogelijke rechtvaardiging, oordeelt het Gerecht dat de saneringsclausule ongeoorloofde staatssteun vormt op grond van art. 107 vweu.¹⁹⁶

In tegenstelling tot het Gerecht komt de A-G tot de conclusie dat geen sprake is van ongeoorloofde staatssteun, mede vanwege het standpunt dat de EC en het Gerecht de referentieregeling op onjuiste gronden hebben vastgesteld.¹⁹⁷ Volgens de A-G is de vaststelling van de referentieregeling gebaseerd op een kunstmatig onderscheid tussen belastingplichtigen.¹⁹⁸ Allereerst merkt de A-G op dat de oude bepaling voor het laten vervallen van verliezen niet wezenlijk verschilt ten opzichte van de nieuwe bepaling voor het laten vervallen van verliezen. Aangezien de saneringsclausule met haar specifieke voorwaarden slechts een voorbeeld vormt van een economische identiteit, vormt de saneringsclausule voor de A-G een gewijzigde vorm van de oude bepaling.¹⁹⁹ Als gevolg hiervan ziet de A-G niet hoe een verandering in wetgevingstechniek een doorslaggevend effect heeft gehad om de maatregel in dit geval aan te merken als staatssteun. De A-G ziet als een gevolg hiervan dat de saneringsclausule verbonden is aan de algemene regel omtrent de overdracht van verliezen.²⁰⁰ De A-G geeft verder aan dat voor de vaststelling van het referentiestelsel het Gerecht aansluit bij de vergelijkbaarheid van de ondernemingen, terwijl vergelijkbaarheid een rol speelt bij de bepaling of sprake is van een afwijking van het referentiestelsel. Het Gerecht zou eerst verondersteld hebben dat ondernemingen waarvan de samenstelling van aandeelhouders wijzigt zich in een juridisch of feitelijk vergelijkbare situatie bevinden. Dit volgt uit het standpunt van het Gerecht dat de uitzonderingssituatie ziet op alle ondernemingen waarvan de samenstelling van aandeelhouders wijzigt. De A-G is daarmee van mening dat het algemene stelsel van overdracht van verliezen als referentieregeling genomen dient te worden en dat op grond hiervan geen afwijking voor insolvente ondernemingen hoeft te worden geconstateerd.

Het HvJ heeft recent uitspraak gedaan in deze zaak. Als gevolg van het stellen van deze referentieregel betoogt de Duitse Bondsrepubliek dat de EC de toetsing aan selectiviteit niet juist zou hebben toegepast, aangezien eerst de normale belastingregeling diende te worden bepaald, waarna vervolgens kan worden onderzocht of de maatregel differentieert tussen objectief vergelijkbare ondernemingen. Daarmee zou de EC in haar betoog de eerste en tweede stap van het selectiviteitscriterium gezamenlijk hebben genomen.²⁰¹

¹⁹⁵ Gerecht EU 4 februari 2016, T-287/11 (Heitkamp Bauholding/Commissie), r.o. 107-109.

¹⁹⁶ Gerecht EU 4 februari 2016, T-287/11 (Heitkamp Bauholding/Commissie), r.o. 167.

¹⁹⁷ A-G HvJ EU Wahl 20 december 2017 (Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie), punt 134.

¹⁹⁸ A-G HvJ EU Wahl 20 december 2017 (Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie), punt 139.

¹⁹⁹ A-G HvJ EU Wahl 20 december 2017 (Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie), punt 143.

²⁰⁰ A-G HvJ EU Wahl 20 december 2017 (Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie), punt 145.

²⁰¹ HvJ EU 28 juni 2018, C-208/16P (Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie), r.o. 63.

Voor de vaststelling van de referentieregeling is de doelstelling leidend om te onderzoeken in hoeverre sprake is van een feitelijk of juridisch vergelijkbare situatie met niet-begunstigde ondernemingen.²⁰² Hoewel het Gerecht in haar overwegingen wel constateerde dat sprake was van een “algemenere” regeling, kon het Gerecht niet de conclusie trekken dat de verliesverrekeningsbeperking slechts een uitzondering vormde op de hoofdregel van de verliesverrekening.²⁰³ Een onderzoek naar de inhoud van de saneringsclausule had moeten uitwijzen dat de saneringsclausule verbonden was met de algemene verliesverrekeningsregel. Op grond hiervan is geen sprake van een selectief voordeel, aangezien de saneringsclausule in het verlengde kan worden gezien van de algemene referentieregel.²⁰⁴ De bovenstaande conclusie van de A-G en het oordeel van het HvJ versterken het standpunt dat voor CV/BV-structuren bij de vaststelling van de referentieregeling aangesloten dient te worden bij het algemene dividend- en vennootschapsbelastingstelsel van Nederland. In de zaak Heitkamp Bauholding betreft de hoofdregel in beginsel dat verliezen voorwaarts verrekenend kunnen worden. Door een uitzondering op te nemen in de Duitse vennootschapsbelasting kan een significante aandeelhouderswijziging het gevolg hebben dat verliezen niet langer voorwaarts verrekenbaar worden.

Wederom zijn hier gelijkenissen te herkennen met CV/BV-structuren, aangezien het voordeel van voorwaartse verliesverrekening in stand wordt gehouden door de saneringsclausule. Zo wordt ook in het geval van CV/BV-structuren aangesloten bij de “uitzondering” voor hybride entiteiten in het belastingverdrag NL-VS, waarna eenzijdig in dit geval door middel van het Besluit 6 juli 2005 – en daarmee onder specifieke voorwaarden – alsnog de mogelijkheid bestaat dat Amerikaanse ondernemingen niet onder de reikwijdte van art. 24, vierde lid van het Verdrag NL-VS zullen vallen. Een belangrijk argument in de conclusie van A-G Wahl lijkt mijns inziens ook toegepast te kunnen worden voor de situaties van CV/BV-structuren. In zijn conclusie geeft de A-G aan dat slechts een wijziging van wetgevingstechniek geen doorslaggevend effect heeft op de vaststelling van de referentieregeling. Daarmee lijkt een meer materiële benadering te volstaan. Dit wordt tevens bevestigd door het HvJ. Immers wordt wederom aangesloten bij het algemene stelsel en wordt niet aangesloten bij de uitzondering (lees: de hybride entiteitenbepaling in het Verdrag NL-VS). Als gevolg van het Besluit van 6 juli 2005 wordt de oorspronkelijke situatie in stand gehouden door de hybride entiteitenbepaling buiten beschouwing te laten in het geval van substantiële economische activiteiten in Nederland.

Daarmee zou als gevolg van deze redenering ook de stelling kunnen worden ingenomen dat de introductie van het Besluit van 6 juli 2005 onlosmakelijk verbonden dient te worden met het algemene stelsel van de dividend- en vennootschapsbelasting. Voor CV/BV-structuren zou dit inhouden dat de referentieregeling gesteld moet worden op de algemene dividend- en vennootschapsbelasting.

²⁰² HvJ EU 28 juni 2018, C-208/16P (Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie), r.o. 83.

²⁰³ HvJ EU 28 juni 2018, C-208/16P (Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie), r.o. 102.

²⁰⁴ HvJ EU 28 juni 2018, C-208/16P (Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie), r.o. 106-107.

5.3.1.3. McDonald's case

Een andere belangrijke casus voor wat betreft de keuze van de referentieregeling is de openingsbeslissing van de EC tegen McDonald's.²⁰⁵ In de McDonald's casus betreft het twee fiscale rulings die momenteel onderworpen zijn aan een formele onderzoeksprocedure. In de McDonald's case gaat het om McDonald's Europe (McD EU), gevestigd in Luxemburg. Als gevolg van een aantal overeenkomsten afgesloten met McD Corp werden door McD EU franchise rechten ingekocht en gecentraliseerd in de Luxemburgse vennootschap. Daarmee werd McD EU de uiteindelijke gerechtigde met betrekking tot bepaalde franchise rechten. Royalty's worden daarmee via de Amerikaanse bedrijfstak betaald aan McD EU in plaats van aan McD Corp. De Zwitserse bedrijfstak verstrekt sub-licenties aan verschillende vennootschappen in andere Europese landen en verricht diensten die betrekking hebben op deze franchise rechten. Met betrekking tot de voorgaande feiten en omstandigheden zijn twee rulings afgegeven in Luxemburg. Het eerste rulingverzoek ziet op zekerheid vooraf met betrekking tot de vestigingsplaats van McD EU, namelijk Luxemburg. McD EU is daarmee belast voor haar wereldinkomen en kan zich beroepen op het gebruik van de belastingverdragen tussen Luxemburg en andere staten.²⁰⁶ Als gevolg van de art. 5 en 7 van beide verdragen geldt in de VS en Zwitserland een bronstaatheffing en wordt het inkomen op grond van de vrijstellingsmethode in beide verdragen vrijgesteld van Luxemburgse belastingheffing.

Beide stellingen worden door de Luxemburgse belastingdienst bevestigd.²⁰⁷ Als aanvullende voorwaarde dient McD EU ieder jaar te bewijzen dat de vaste inrichtingen in respectievelijk de VS en Zwitserland onderworpen zijn aan belastingheffing aldaar. Vervolgens wordt de bovenstaande ruling herzien met een uitgebreide analyse voor de gevolgen voor de Amerikaanse bedrijfstak.²⁰⁸ Hierin wordt aangegeven dat naar Amerikaanse maatstaven geen sprake is van een vaste inrichting. Verder betoogt McD EU dat niet noodzakelijk is dat ook in de Verenigde Staten effectief belasting wordt geheven over de inkomsten. Hiermee gaat de Luxemburgse belastingdienst akkoord. Als gevolg van dit verschil in kwalificatie heeft McD EU een structuur bewerkstelligd waarbij sprake is van dubbele non-heffing.

²⁰⁵ State aid – Luxembourg – State aid SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN) – Alleged aid to McDonald's – Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union, (*PbEU* 2016/C 258/11).

²⁰⁶ State aid – Luxembourg – State aid SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN) – Alleged aid to McDonald's – Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union, (*PbEU* 2016/C 258/11), punt 40-42.

²⁰⁷ State aid – Luxembourg – State aid SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN) – Alleged aid to McDonald's – Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union, (*PbEU* 2016/C 258/11), punt 43-44

²⁰⁸ State aid – Luxembourg – State aid SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN) – Alleged aid to McDonald's – Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union, (*PbEU* 2016/C 258/11), punt 45-50.

Het selectiviteitscriterium is uitgebreid aan bod gekomen in de inleidende onderzoeksprocedure. Voor de bepaling van het referentiesysteem is de EC van mening dat het algemene vennootschapsbelastingstelsel als uitgangspunt genomen dient te worden.²⁰⁹ Voor de gekozen referentieregeling verwijst de EC in de McDonald's case naar het arrest Paint Graphos, waarin het algemene vennootschapsbelastingstelsel als referentieregeling wordt gekozen voor de selectiviteitsanalyse.²¹⁰ In haar motivering geeft het HvJ bij dit arrest aan dat voor de berekening van de winst uit ondernemingsactiviteiten voor coöperaties eenzelfde methodiek wordt gehanteerd als voor andere soorten vennootschappen, te weten vennootschappen die niet onderworpen zijn aan de subjectieve vrijstelling. Bij de keuze voor dit referentiekader geldt de hoofdregel, namelijk dat een vennootschap gevestigd in Luxemburg in beginsel voor haar wereldwinsten onderworpen is aan de vennootschapsbelasting. Verder wordt door de EC geen nadere uitleg gegeven omtrent haar keuze aan te sluiten bij het algemene belastingstelsel.

Na de vaststelling van het algemene vennootschapsbelastingtarief breidt de EC de referentieregeling uit met alle bilaterale belastingverdragen waarbij Luxemburg verdragspartner is. Ook hiervoor wordt geen duidelijke verklaring door de EC gegeven.²¹¹ Mijns inziens is de vaststelling van de referentieregeling in de openingsbeslissing van de McDonald's case te breed. Het toevoegen van alle belastingverdragen in de referentieregeling veroorzaakt een meestbegunstigingssituatie, terwijl de meestbegunstigingsdoctrine voorschrijft dat bilaterale belastingverdragen niet met elkaar vergeleken kunnen worden. Ieder belastingverdrag is immers het resultaat van verdragsonderhandelingen tussen de verdragsluitende partijen. Hierop zal nader worden ingegaan in paragraaf 5.3.2.1.

De EC beargumenteert verder dat de analyse van de herziene ruling door onjuiste interpretatie van de vrijstellingsmethode in het Verdrag Luxemburg-VS nooit overeengekomen had mogen worden. Hierbij verwijst de EC tevens naar het OESO-commentaar, waarin wordt uitgelegd dat onder het begrip "*mag worden belast*" het inkomen slechts in de Verenigde Staten belast mag worden, indien naar Amerikaanse maatstaven sprake kan zijn van een vaste inrichting en daarover heffingsrecht wordt toegewezen aan de VS op grond van art. 7 van het Verdrag Luxemburg-VS.²¹² Daarmee berust de herziene ruling op onjuiste gronden en was het noodzakelijk geweest niet af te wijken van de initiële ruling, waar nog het vereiste bestond dat de McD EU aan de Luxemburgse fiscus diende aan te tonen dat de winsten van de vaste inrichting in de bronstaat ook effectief belast werden.

²⁰⁹ State aid – Luxembourg – State aid SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN) – Alleged aid to McDonald's – Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union, (PbEU 2016/C 258/11), punt 69.

²¹⁰ HvJ EU 8 september 2011, C-78/08, C-79/08, C-80/08 (Ministero Economia (Italië)/Paint Graphos), r.o. 50.

²¹¹ State aid – Luxembourg – State aid SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN) – Alleged aid to McDonald's – Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union, (PbEU 2016/C 258/11), punt 72.

²¹² State aid – Luxembourg – State aid SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN) – Alleged aid to McDonald's – Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union, (PbEU 2016/C 258/11), punt 88-92.

Smit gaat in op de McDonald's case en de mogelijke routes die de EC had kunnen nemen in haar selectiviteitsanalyse.²¹³ De auteur gaat in op de afwijkingsbenadering, de eigenschapsbenadering en de "Rossi-methode". Voor wat betreft de afwijkingsbenadering dient te worden aangesloten bij de formulering van het HvJ inzake het arrest *Adria-Wien Pipeline*.²¹⁴ In het desbetreffende arrest oordeelt het HvJ dat voor de beoordeling van selectiviteit louter objectief vergelijkbare ondernemingen met elkaar vergeleken dienen te worden. Hierbij is de doelstelling van de algemene referentieregel van belang. Dit zou impliceren dat zonder overeenkomstige eigenschappen alsnog sprake kan zijn van selectiviteit. Nadeel van een dergelijke benadering zou zijn dat de toetsing van het selectiviteitscriterium dermate breed wordt toegepast, waardoor wellicht de EC te veel inmenging zou kunnen krijgen in de vormgeving van het belastingstelsel van een lidstaat en daarmee in principe de soevereiniteit van die staat.²¹⁵ Dit standpunt wordt ook erkend door Van Midden.²¹⁶

De auteur geeft aan dat een te brede toepassing van het selectiviteitscriterium, zou kunnen leiden tot een onevenwichtige bevoegdheidsverdeling tussen de EC en de desbetreffende lidstaten.²¹⁷ Ook Van der Vegt concludeert dat het stelselmatig toepassen van de afwijkingsbenadering ernstige beperkingen kan opleggen voor lidstaten voor wat betreft de vormgeving van een eigen belastingstelsel.²¹⁸ Een andere belangrijke benadering die Smit in zijn bijdrage noemt, betreft de eigenschapsbenadering. Onder de eigenschapsbenadering wordt de vergelijking gemaakt tussen begunstigden op het gebied van gemeenschappelijke eigenschappen. Hierbij kan gedacht worden aan de omvang of type sector waarin begunstigden zich bevinden.

In haar conclusie bij het arrest *Finanzamt Linz* geeft A-G Kokott aan dat voor de toetsing van het selectiviteitscriterium in beginsel een regeling niet als selectief hoeft te worden beschouwd indien geen afzonderlijk herkenbare activiteiten, ondernemingen of productiesectoren worden geïdentificeerd. Wolffers geeft aan dat een dergelijke benadering voornamelijk in de beginperiode van het staatssteunrecht werd toegepast, maar nu voornamelijk wordt gefocust op de afwijkingsbenadering, waarbij voornamelijk gekeken wordt naar het doel van de referentieregeling. Wolffers, alsmede Van Midden, geven aan dat van de eigenschapsbenadering na het arrest *Adria-Wien Pipeline* nog steeds werd toegepast.²¹⁹ Zo heeft ook het Gerecht in het arrest *World Duty Free Group* gebruik gemaakt van de eigenschapsbenadering. Hier wordt in de volgende paragraaf nader op ingegaan. Wolffers geeft als slotconclusie aan dat verschillende manieren kunnen worden onderscheiden om het selectiviteitscriterium toe te passen.

²¹³ D.S. Smit, 'International Juridical Double Non-taxation and State Aid', *EC Tax Review* 2016/2, p. 109-112.

²¹⁴ HvJ EU 8 november 2001, C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*), r.o. 41.

²¹⁵ D.S. Smit, 'International Juridical Double Non-taxation and State Aid', *EC Tax Review* 2016/2, p. 110.

²¹⁶ G.J. van Midden, 'World Duty Free Group: de complexe selectiviteitseis bij fiscale steunmaatregelen', *NtEr* 2017/8, p. 209.

²¹⁷ A-G HvJ EU Kokott 16 april 2015, C-66/14 (*Finanzamt Linz*), punt 115.

²¹⁸ P.C. van der Vegt, 'Conceptuele dilemma's ten aanzien van het begrip selectieve belastingvoordelen', *WFR* 2017/3, onderdeel 4.4.

²¹⁹ B. Wolffers, 'De gemeenschappelijke eigenschappenbenadering in fiscale staatssteunzaken', *TFB* 2015/7, p. 17.

Door de huidige lijn bestaat daarom onduidelijkheid over hoe dit doorgaans getoetst moet worden. Daarom geeft de auteur tevens aan duidelijkheid te wensen omtrent aan welke methode het HvJ de voorkeur geeft. Een derde, en meer uitzonderlijkere, methode die Smit aanhaalt, betreft de zogeheten Rossi-methode. Deze benadering leidt de auteur af uit het Gibraltar-arrest.²²⁰ In het Gibraltar-arrest gaat het om de hervorming van het vennootschapsbelastingstelsel van Gibraltar. De vennootschapsbelasting werd in Gibraltar vervangen door een verzameling aan bedrijfsbelastingen. Het HvJ overwoog hierbij dat geen sprake was van een afwijking van de referentieregeling, maar dat de referentieregeling op zichzelf al selectief waren. Aangezien dit geen afwijking vormt op de algemene regel, maar de algemene regel ontworpen is om off-shore vennootschappen een voordeel te verschaffen, is materieel gezien sprake van selectiviteit.²²¹ Volgens de auteur zou een dergelijke methode wederom leiden tot de situatie dat de EC eigen internationale standaarden zou kunnen aanhouden en daarmee de vrijheid van staten in de vormgeving van haar eigen belastingstelsel beperkt.²²² Immers zou de EC ondanks het ontbreken van een afwijking op het referentiestelsel of de doelstelling hiervan alsnog leiden tot selectiviteit.

Ik sluit mij aan bij de visie van Smit. Door slechts te onderzoeken of de doelstelling in lijn is met het algemene stelsel kunnen lidstaten eerder gehinderd worden in het vormen van een eigen belastingstelsel. De voorlopige bevindingen van de EC impliceren dat de afwijkingsbenadering de voorkeur verdient, aangezien in de openingsbeslissing wordt aangesloten bij het algemene vennootschapsbelastingstelsel van Luxemburg en alle belastingverdragen waarbij Luxemburg verdragspartner is. Gelet op het doel van de algemene referentieregel, namelijk dat Luxemburgse vennootschappen in beginsel belast zijn voor hun wereldwinst, zou daarmee het classificatieconflict in de McDonald's case een afwijking vormen van het algemene stelsel. In casu is sprake van een kwalificatieconflict tussen de VS en Luxemburg voor wat betreft de aanwezigheid van een vaste inrichting. Naar Luxemburgse maatstaven en onder het Verdrag Luxemburg-VS kunnen de aan de Amerikaanse bedrijfstak toegerekende franchise rechten en de daaruit voortvloeiende inkomsten gekwalificeerd worden als vaste inrichting. Naar Amerikaanse maatstaven worden deze inkomsten echter niet gekwalificeerd als winsten afkomstig uit een vaste inrichting. Deze hybride mismatch zorgt ervoor dat Luxemburg een bronstaatheffing toewijst aan de Verenigde Staten, daar waar de Verenigde Staten geen vaste inrichting herkent en heffing toewijst aan de woonstaat. Hierdoor wordt dubbele non-heffing bewerkstelligd. Eenzelfde situatie is herkenbaar bij CV/BV-structuren, waarbij ook als gevolg van een hybride mismatch een mogelijk risico tot dubbele non-heffing bestaat. Uit de inleidende onderzoeksprocedure volgt dat belastingverdragen de vaststelling van de referentieregeling kunnen beïnvloeden volgens de EC. In de McDonald's case wordt immers gekozen voor het algemene vennootschapsbelastingstelsel, inclusief verdragen waarin Luxemburg een verdragsluitende partij is.

²²⁰ HvJ EU 15 november 2011, C-106/09P en C-107/09P (Commissie en Spanje vs. Gibraltar en Verenigd Koninkrijk).

²²¹ HvJ EU 15 november 2011, C-106/09P en C-107/09P (Commissie en Spanje vs. Gibraltar en Verenigd Koninkrijk), r.o. 94-96.

²²² D.S. Smit, 'International Juridical Double Non-taxation and State Aid', *EC Tax Review* 2016/2, p. 111-112.

5.3.1.4. World Duty Free Group

In het arrest *World Duty Free Group* lijkt antwoord te worden gegeven op de voorgaande discussie, waarbij de vaststelling van de referentieregeling centraal staat. Een belangrijke vraag in dit arrest was hoe het selectiviteitscriterium diende te worden toegepast en of voor het bestaan van selectiviteit benodigd was gemeenschappelijke eigenschappen te kunnen identificeren tussen begunstigden. Uit het arrest volgt dat de afwijkingsbenadering de voorkeur verdient ten opzichte van de andere twee eerder besproken methodes en dat de doelstelling van de referentieregeling een essentiële rol speelt in de beoordeling of sprake is van een afwijking van de referentieregeling.²²³ Indien een in Spanje gevestigde vennootschap een buitenlandse deelneming verwierf, bood de Spaanse vennootschapsbelasting de mogelijkheid om daaruit voortvloeiende goodwill af te schrijven. Deze afschrijving mocht in mindering worden gebracht van de Spaanse heffingsgrondslag indien de in Spanje gevestigde onderneming een 5%-belang bezat in een buitenlandse deelneming en deze deelneming voor minimaal één jaar in haar bezit heeft.²²⁴ Deze bepaling gold echter niet voor in Spanje gevestigde vennootschappen die binnenlandse deelnemingen bezaten. In geschil was of deze maatregel onverenigbare staatssteun vormde, zoals bedoeld in art. 107 vweu.

Het Gerecht oordeelde dat de maatregel niet als selectief kon worden beschouwd, aangezien de EC niet kon aantonen dat sprake is van een bijzondere regeling die slechts toegankelijk was voor een bijzondere groep ondernemingen. Hierbij geeft het Gerecht aan dat de regeling voor afschrijving immers openstaat voor elke onderneming, ongeacht dat daarbij aangesloten wordt bij specifieke kenmerken of voorwaarden.²²⁵ Doordat in beginsel geen ondernemingen worden uitgezonderd voor de toepassing van de regel, stelt het Gerecht dat sprake is van een algemene maatregel en dus geen sprake is van een selectieve regeling.

In haar conclusie geeft A-G Wathelet aan dat het Gerecht haar oordeel baseert op een onjuiste rechtsopvatting.²²⁶ Hierbij geeft A-G Wathelet allereerst aan dat niet relevant is dat vooraf criteria gesteld hoeven te worden aan de betrokken maatregel om de desbetreffende bepaling als selectief aan te merken. Van belang is om te beoordelen of de financiële situatie van de ondernemingen verbeteren ten opzichte van ondernemingen in een feitelijk of juridische vergelijkbare situatie, met uitzondering van eventuele rechtvaardiging.²²⁷ De A-G geeft aan dat het selectiviteitscriterium niet afhangt van de vraag of een specifieke groep ondernemingen of producties te herkennen zijn die als gevolg van de maatregel voordelen verkrijgen, maar juist afhangt of de maatregel in kwestie een onderscheid tracht te maken tussen ondernemingen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden.²²⁸

²²³ HvJ EU 21 december 2016, C-20/15 en C-21/15 (*World Duty Free Group e.a.*), r.o. 72-78.

²²⁴ HvJ EU 21 december 2016, C-20/15 en C-21/15 (*World Duty Free Group e.a.*), r.o. 5-6.

²²⁵ HvJ EU 21 december 2016, C-20/15 en C-21/15 (*World Duty Free Group e.a.*), r.o. 69.

²²⁶ A-G HvJ EU Wathelet 28 juli 2016 (*World Duty Free Group e.a.*), punt 104-109.

²²⁷ A-G HvJ EU Wathelet 28 juli 2016 (*World Duty Free Group e.a.*), punt 73-75.

²²⁸ A-G HvJ EU Wathelet 28 juli 2016 (*World Duty Free Group e.a.*), punt 83-85.

In haar overwegingen refereert het Gerecht tevens naar het arrest *Adria-Wien Pipeline*, waar in rechtsoverweging 35 door het HvJ aangegeven is dat een maatregel niet selectief kan zijn wanneer zonder onderscheid alle ondernemingen begunstigd worden door de maatregel. Gezien het feit dat de desbetreffende regeling weldegelijk onderscheid maakt tussen een binnen- en buitenlands verworven deelneming, geldt dat het argument van het Gerecht hier niet op gaat.²²⁹ Als gevolg van deze argumenten stelt de A-G dat hier onjuist is vastgesteld dat sprake is van een algemene maatregel.

Het HvJ volgt de conclusie van A-G Wathelet en komt tot het oordeel dat in dit geval geen sprake is van een algemene maatregel. Voor de toetsing of sprake is van selectiviteit stelt het HvJ allereerst de algemene referentieregeling vast. Hierbij gaat het HvJ wederom uit van het algemene stelsel, namelijk de Spaanse vennootschapsbelasting, specifiek gericht op de fiscale behandeling van financiële goodwill.²³⁰ Een onderscheid tussen binnen- en buitenlandse deelnemingen kan vervolgens ervoor zorgen dat hier sprake is van een afwijking van het algemene stelsel. Voor binnenlandse situaties geldt immers dat geen sprake is van afschrijving op goodwill van Spaanse deelnemingen. Uit het arrest *World Duty Free Group* volgt dat niet expliciet een bijzondere groep ondernemingen dient te worden aangewezen om selectiviteit aan te tonen. Slechts beoordeeld dient te worden of een afwijking bestaat ten opzichte van de vastgestelde referentieregeling, waarbij de doelstelling van de referentieregeling vergeleken dient te worden met die van de desbetreffende afwijking. Uit de overwegingen van dit arrest volgt dat het HvJ de hiervoor besproken lijn voortzet voor wat betreft het bepalen van de referentieregeling.

5.3.1.5 Subconclusie

Uit de jurisprudentie van het HvJ omtrent het staatssteunrecht is geen eenduidig beeld te schetsen hoe het selectiviteitscriterium toegepast dient te worden in het geval van de aanwezigheid van een bilateraal belastingverdrag. Uit de arresten *Congregación*, *Heitkamp Bauholding* en *World Duty Free Group* volgt dat het HvJ het begrip “referentieregeling” zeer breed definieert. Uit het arrest *Congregación* volgt bijvoorbeeld dat ondanks de aanwezigheid van een verdrag tussen de Spaanse overheid en de Katholieke Kerk alsnog aangesloten dient te worden bij het algemene ICIO-stelsel. Eenzelfde benadering volgt uit het arrest *Heitkamp Bauholding*, waarbij in beginsel overdracht van verliezen mogelijk is, dit wordt tegengewerkt door de verliesverrekeningsbeperking, maar de saneringsclausule alsnog terugverwijst naar de hoofdregel. In dat geval wordt ook de algemene regel omtrent verliesoverdracht als referentieregel beschouwd.

In het arrest *World Duty Free Group* is benadrukt dat voor de toepassing van het selectiviteitscriterium en de bepaling van de referentieregeling geen gemeenschappelijke eigenschappen hoeven te worden onderscheiden om te spreken van selectiviteit. Van belang is om de doelstelling van de referentieregeling te vergelijken met de doelstelling van de steunmaatregel. Dit zou reeds kunnen leiden tot selectiviteit.

²²⁹ A-G HvJ EU Wathelet 28 juli 2016 (*World Duty Free Group e.a.*), punt 105-109.

²³⁰ HvJ EU 21 december 2016, C-20/15P en C-21/15P (*World Duty Free Group e.a.*), r.o. 63.

In alle bovenstaande arresten wordt aangesloten bij de algemene referentieregel, zijnde het algemene belastingstelsel. Onder het algemene belastingstelsel wordt hier vaak verstaan het gehele stelsel waaraan een belastingplichtige normaliter onderworpen zou zijn. In de openingsbeslissing van de McDonald's case wordt duidelijk dat ondanks de aanwezigheid van een belastingverdrag in beginsel aangesloten wordt bij het algemene vennootschapsbelastingstelsel. Met haar verwijzing naar het arrest Paint Graphos, waar tevens voor een algemeen belastingstelsel gekozen is, lijkt de EC van mening te zijn dat een bilateraal belastingverdrag in beginsel niet afdoet aan de vaststelling van de referentieregeling. Echter geeft de EC vervolgens ook aan dat alle belastingverdragen met Luxemburg als partij dienen te vallen onder de referentieregeling. Daarmee heeft de EC wederom een zeer ruim toetsingskader voor ogen, waarbij rekening dient te worden gehouden met het internationale belastingrecht. Op basis van de openingsbeslissing van de EC zou beargumenteerd kunnen worden dat belastingverdragen van belang zijn bij de vaststelling van de referentieregeling.

Gelet op het voorgaande kan niet met zekerheid een eenduidige referentieregeling worden opgesteld. Immers heeft het HvJ in de loop der jaren op het gebied van staatssteun geen arresten gewezen die de toetsing van het selectiviteitscriterium toepassen in de aanwezigheid van een belastingverdrag. De bovenstaande arresten en de openingsbeslissing bieden geen uitsluitel over een correcte referentieregeling. Daarom wordt in het vervolg rekening gehouden met twee referentieregelingen: de situatie waar het belastingverdrag geen rol speelt en de situatie waar dit wel het geval is. Indien het belastingverdrag geen invloed heeft op de vaststelling van de referentieregeling, dient als ijkpunt het algemene dividend- en vennootschapsbelastingstelsel genomen te worden. Indien het belastingverdrag wel invloed heeft op de referentieregeling, wordt de referentieregeling uitgebreid met het Verdrag NL-VS. Toepassing van alle belastingverdragen zou leiden tot een meestbegunstigingssituatie. Echter is door eerder gewezen arresten gebleken dat dit niet is toegestaan. Daarom is gekozen om in het vervolg met deze mogelijkheid geen rekening te houden. In het volgende onderdeel zal daarom volledigheidshalve een selectiviteitsanalyse worden uitgevoerd voor de hiervoor gekozen referentieregelingen, waarbij in beide gevallen getoetst wordt of een afwijking is te constateren in het geval van dividendbetalingen en interest- en royaltybetalingen.

5.3.2. Afwijking van de referentieregeling

In het voorgaande onderdeel is besproken welke referentieregeling gekozen dient te worden voor de toetsing van het selectiviteitscriterium voor CV/BV-structuren. Uit de jurisprudentie en de literatuur is echter geen eenduidig beeld op te maken hoe het selectiviteitscriterium dient te worden toegepast in combinatie met een bilateraal belastingverdrag. Op grond van jurisprudentie van het HvJ en de McDonald's case van de EC kunnen echter twee concrete referentieregelingen onderscheiden worden, namelijk de algemene dividend- en vennootschapsbelasting en de algemene dividend- en vennootschapsbelasting inclusief het Verdrag NL-VS.

Een afwijking wordt geconstateerd wanneer sprake is van een begunstiging van specifieke (groepen) ondernemingen of producties ten opzichte van ondernemingen of producties die reeds dan wel in feite een vergelijkbare positie bekleden.²³¹ Naar aanleiding van het arrest *World Duty Free Group* wordt duidelijk dat geen specifieke eigenschappen of kenmerken tussen begunstigden hoeven te worden onderscheiden om te spreken van selectiviteit. Van selectiviteit kan tevens sprake zijn indien de doelstelling van de steunmaatregel afwijkt van de doelstelling(en) van de referentieregeling. In dit onderdeel wordt onderzocht in hoeverre een afwijking is te constateren op beide referentieregelingen in het geval van zowel een dividend- als royaltybetaling. Alvorens in te gaan op het mogelijk constateren van een afwijking, wordt ingegaan op de vergelijkbaarheid van inwoners in het geval van de aanwezigheid van een belastingverdrag. Hiervoor zal een relevant onderdeel van de meestbegunstigingsdoctrine besproken worden.

5.3.2.1. Meestbegunstiging

De Broe beargumenteert dat de vaststelling van de referentieregeling in de *McDonald's* case kan leiden tot verdere onduidelijkheid.²³² Doordat *alle* belastingverdragen in de openingsbeslissing van de EC worden inbegrepen in de referentieregeling, zou een meestbegunstigingssituatie kunnen ontstaan, daar waar onder de jurisprudentie omtrent de Europese verkeersvrijheden een dergelijke situatie niet mogelijk is. Hiervoor is het arrest *D* leidend, waarin werd bepaald dat geen beroep kon worden gedaan op meestbegunstiging in het geval van bilaterale belastingverdragen.²³³ Hierbij gaat het om een belanghebbende, woonachtig in Duitsland, die als gevolg van zijn woonplaats geen recht heeft op de belastingvrije som over in Nederland genoten inkomen. Deze vrijstelling zou echter wel van toepassing zijn indien belanghebbende gevestigd was in België en onder het verdrag Nederland-België wél recht had op deze belastingvrije som.²³⁴ Het HvJ oordeelde dat een belastingplichtige gevestigd in één lidstaat, met vermogen in een andere lidstaat, niet vergelijkbaar is met de belastingplichtige gevestigd in een andere lidstaat.²³⁵ Indien deze zaak geëxtrapoleerd zou kunnen worden naar het staatssteunrecht²³⁶, zou dit betekenen dat inwoners die onder een bilateraal belastingverdrag van een EU-lidstaat vallen zich niet in een objectief vergelijkbare situatie bevinden als inwoners die toegang hebben tot een bilateraal belastingverdrag met een andere lidstaat.

In navolging van het arrest *D* kwam het arrest *Riskin en Timmermans*.²³⁷ Uit dit arrest wordt duidelijk dat inwoners die toegang hebben tot een belastingverdrag met een derde land zich niet in een objectief vergelijkbare situatie bevinden als inwoners die toegang hebben tot een belastingverdrag met een lidstaat.

²³¹ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2016/C 262/01), punt 136.

²³² L. de Broe, 'Can Tax Treaties Confer State Aid?', *EC Tax Review* 2017/5, p. 231-232.

²³³ HvJ EU 5 juli 2005, C-376/03 (Zaak *D*), *BNB* 2006/1.

²³⁴ HvJ EU 5 juli 2005, C-376/03 (Zaak *D*), r.o. 15-19.

²³⁵ HvJ EU 5 juli 2005, C-376/03 (Zaak *D*), r.o. 38.

²³⁶ Gelet op eenzelfde bewoording van het HvJ bij het selectiviteitscriterium en de meestbegunstigingsdoctrine en het feit dat het in beide gevallen gaat om Europees recht inzake directe belastingen, lijkt het mijns inziens redelijk te stellen dat de vergelijkbaarheidstoets die het HvJ maakt inzake de EU-verkeersvrijheden geëxtrapoleerd kan worden naar het staatssteunrecht.

²³⁷ HvJ EU 30 juni 2016, C-176/15 (*Riskin en Timmermans*).

In deze zaak gaat het om Riskin en Timmermans die een participatie bezitten in een Poolse vennootschap. Op grond van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen België en Polen (Verdrag België-Polen) wordt een verrekening geboden voor de in Polen ingehouden bronbelasting. Hierbij wordt verwezen naar het Belgisch recht. Belanghebbenden betogen dat België voor haar belastingverdragen met derde landen geen verwijzing kent naar Belgisch recht en daarmee dus investeerders die investeren in bijvoorbeeld de VS wel recht hebben op volledige verrekening van dividendbelasting op grond van het belastingverdrag. In geschil is of dit onderscheid een beperking vormt voor het vrije kapitaalverkeer.²³⁸

Het HvJ geeft aan dat een dergelijke behandeling ervoor kan zorgen dat Belgische inwoners minder bereid zijn om te investeren in de desbetreffende lidstaat vanwege de voorwaardelijke verrekening.²³⁹ Het vrije kapitaalverkeer doet echter niets af aan het recht van lidstaten om onderscheid te maken tussen belastingplichtigen indien deze zich niet in een objectief vergelijkbare situatie bevinden of de maatregel wordt gerechtvaardigd door dwingende maatregelen van algemeen belang.²⁴⁰ Het HvJ stelt dat het bereik van het verdrag en diens werking slechts beperkt is tot de aldaar genoemde (rechts)personen en verwijst vervolgens naar de meestbegunstigingsdoctrine. Daarmee zou de meestbegunstigingsleer kunnen worden doorgetrokken naar situaties met derde landen. Vervolgens overweegt het HvJ dat dit voordeel *"integrerend deel uitmaakt van de verdragsregels en bijdraagt tot het algehele evenwicht van de wederzijdse verhoudingen tussen de twee verdragsluitende Staten"*²⁴¹. Het HvJ sluit af door te concluderen dat inwoners die investeren in een derde land en inwoners die investeren in een lidstaat zich niet in een objectief vergelijkbare situatie bevinden als gevolg van verschillende belastingverdragen en in een dergelijke situatie dus geen sprake is van een belemmering van het vrije kapitaalverkeer.²⁴²

In het arrest Riskin en Timmermans stond centraal of inwoners die toegang hebben tot een belastingverdrag met een derde land zich in een vergelijkbare situatie bevonden als inwoners die toegang hebben tot een belastingverdrag met een lidstaat. Uit het arrest volgt dat deze inwoners zich niet in een vergelijkbare situatie bevinden. Indien dit geëxtrapoleerd kan worden naar het staatssteunrecht, ontstaat de vraag of inwoners die toegang hebben tot een belastingverdrag met een derde land zich in juridisch en feitelijk vergelijkbare situatie bevinden ten opzichte van inwoners die geen toegang tot dit belastingverdrag hebben. Het feit dat het HvJ in dit arrest de werkingssfeer voor de toetsing van vergelijkbaarheid beperkt houdt tot inwoners die toegang hebben tot het belastingverdrag, impliceert dat de mogelijkheid kan bestaan dat dit voor de toepassing van het staatssteunrecht ook geldt.

²³⁸ HvJ EU 30 juni 2016, C-176/15 (Riskin en Timmermans), r.o. 10-15.

²³⁹ HvJ EU 30 juni 2016, C-176/15 (Riskin en Timmermans), r.o. 25.

²⁴⁰ HvJ EU 30 juni 2016, C-176/15 (Riskin en Timmermans), r.o. 28.

²⁴¹ HvJ EU 30 juni 2016, C-176/15 (Riskin en Timmermans), r.o. 31.

²⁴² HvJ EU 30 juni 2016, C-176/15 (Riskin en Timmermans), r.o. 34-35.

In het geval van CV/BV-structuren en de McDonald's case zou dan slechts getoetst mogen worden aan selectiviteit voor afwijkingen tussen inwoners die toegang hebben tot het belastingverdrag. Daarmee zou het argument kunnen worden opgeworpen dat op grond van het arrest Riskin en Timmermans inwoners die toegang hebben tot andere verdragen, waar de hybride entiteitenbepaling wel toegepast wordt, niet met elkaar vergeleken kunnen worden. Binnen de werkingssfeer van het belastingverdrag zou daarmee een onderscheid moeten worden geconstateerd. Dit is niet in overeenstemming met de McDonald's case, waar rekening wordt gehouden met alle belastingverdragen. Daarmee ontstaat een meestbegunstigingssituatie die in strijd lijkt te zijn met het arrest Riskin en Timmermans. Een logischere benadering op grond van het arrest Riskin en Timmermans zou zijn dat de referentieregeling vastgesteld dient te worden op het algemene stelsel van de dividend- en vennootschapsbelasting, inclusief het Verdrag NL-VS. Immers is de werkingssfeer van het selectiviteitscriterium beperkt tot de groep verdragsgerechtigden en ziet het Besluit slechts op gevallen die toegang hebben tot het Verdrag NL-VS. Voor de toetsing of sprake is van een afwijking zal daarom in de toetsing rekening worden gehouden met het arrest Riskin en Timmermans. Bij de toetsing voor een afwijking wordt beoordeeld of onder de gestelde referentieregelingen binnen de werkingssfeer van het belastingverdrag een onderscheid kan worden geconstateerd tussen objectief vergelijkbare situaties.

5.3.2.2. Toetsing eerste referentieregeling dividendbetalingen

De eerste referentieregeling betreft de algemene dividend- en vennootschapsbelasting. In beginsel dienen kapitaalvennootschappen 15 procent dividendbelasting in te houden over de uitkering van opbrengsten aan diens aandeelhouders.²⁴³ Volgens de wet vindt de inhoudingsvrijstelling ook haar toepassing indien de opbrengstgerechtigde gevestigd is in een derde land waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft afgesloten.²⁴⁴

Voorheen zou via het Verdrag NL-VS alsnog gebruik kunnen worden gemaakt van een verlaagd bronbelastingtarief. Echter is nu de inhoudingsvrijstelling onverminderd van toepassing op grond van de nationale wetgeving, indien voldaan wordt aan de voorwaarden genoemd in art. 4 Wet DB 1965. Art. 4, tiende lid Wet DB 1965 kan echter worden toegepast indien sprake is van een gebruikelijke CV/BV-structuur. Dit houdt in dat de inhoudingsvrijstelling alsnog mogelijk niet van toepassing is. Voor de vennootschapsbelasting geldt slechts dat beoordeeld moet worden of sprake is van buitenlandse belastingplicht. Zoals reeds besproken, zijn art. 17 en 17a Wet VpB 1969 niet van toepassing. Vanuit internationaalrechtelijk perspectief is Nederland als bronstaat zijnde op grond van art. 10, tweede lid, sub a Verdrag NL-VS gerechtigd om maximaal vijf procent bronbelasting op dividenden in te houden.

²⁴³ Op grond van artikel 1, eerste lid Wet DB 1965 geldt immers dat een dividenduitkering van de Nederlandse BV1 aan de CV belast is. Artikel 3 jo. 5 Wet DB 1965 bepalen vervolgens dat het tarief op 15 procent dividendbelasting kan worden gesteld.

²⁴⁴ P.G.H. Albert, 'Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling', *WFR* 2017/192, onderdeel 4.

Op grond van art. 10, derde lid Verdrag NL-VS kan onder voorwaarden echter deze dividenduitkering onbelast blijven door de bronstaat. Op grond van art. 24, vierde lid Verdrag NL-VS worden deze verdragsvoordelen echter alleen geboden indien dit inkomen wordt aangemerkt als inkomen van de achterliggende participant en niet zijnde inkomen van de hybride entiteit. Door het Besluit kan echter toepassing van de hybride entiteitenbepaling achterwege blijven. Als gevolg van het Besluit wordt daarmee een in beginsel belaste dividenduitkering omgezet in een onbelaste dividenduitkering.

Voor de eerste referentieregeling dient te worden nagegaan of een afwijking kan worden geconstateerd in het licht van de doelstellingen van de referentieregeling. In beginsel is het doel van de dividendbelasting het inhouden van belasting over winstuitdelingen van kapitaalvennootschappen.²⁴⁵ In 2014 geeft de EC in haar draft van de Mededeling aan dat alle ondernemingen die inkomen genieten zich in een juridisch dan wel feitelijk vergelijkbare situatie bevinden.²⁴⁶ Op basis van deze opvatting zou kunnen worden beargumenteerd dat alle ondernemingen die dividenden uitkeren zich in een juridisch dan wel feitelijk vergelijkbare situatie bevinden. Vleggeert gebruikt deze opvatting om een vergelijking te maken tussen gevallen waarin sprake zijn van verdragsvoordelen onder het Verdrag Nederland-VS en het Besluit, en gevallen waar het Besluit niet kan worden toegepast.²⁴⁷ Een goed voorbeeld hierbij zijn landen waarmee Nederland een bilateraal belastingverdrag heeft afgesloten en hierin een hybride entiteitenbepaling heeft opgenomen. Dit geldt onder meer voor de belastingverdragen met Japan, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland.²⁴⁸ Het Besluit is echter alleen van toepassing voor inwoners die toegang hebben tot het Verdrag NL-VS en gebruik hebben gemaakt van een CV/BV-structuur. Als gevolg hiervan wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende buitenlandse belastingplichtigen. Een ander voorbeeld dat Vleggeert noemt, is de situatie waarbij de vennoot gevestigd is in een staat waarmee Nederland geen belastingverdrag heeft gesloten.²⁴⁹

Mede in navolging van het arrest Riskin en Timmermans lijkt een dergelijke vergelijking echter mijns inziens niet mogelijk, aangezien het arrest aangeeft dat inwoners die toegang hebben tot een belastingverdrag met een derde land niet vergeleken kunnen worden met inwoners die toegang hebben tot een ander belastingverdrag. Een afwijking zal gezocht moeten worden binnen de werkingssfeer van het Verdrag NL-VS. Het Besluit geeft als voorwaarde dat art. 24, vierde lid achterwege kan blijven indien voldoende reële activiteiten in Nederland worden uitgevoerd.²⁵⁰

²⁴⁵ O.C.R. Marres, P.J. Wattel, *Dividendbelasting* (Fed Fiscale Studieresie, nr. 26), Deventer: Kluwer 2011, p. 1-7.

²⁴⁶ Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2014 Consultatiedocument), p. 36-37.

²⁴⁷ J. Vleggeert, 'Dutch CV-BV Structures: Starbucks-Style Tax Planning and State Aid Rules', *Bulletin for International Taxation* 2016/70, nr. 3, p. 180-181.

²⁴⁸ M.H.G.M. van der Linden, 'Hybride entiteiten onder het NL-VS verdrag; transparant maar niet helder', *WFR* 2014/886, onderdeel 1.

²⁴⁹ J. Vleggeert, 'Dutch CV-BV Structures: Starbucks-Style Tax Planning and State Aid Rules', *Bulletin for International Taxation* 2016/70, nr. 3, p. 181.

²⁵⁰ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2005, nr. IFZ 2005/546M, onderdeel 1.

Daarmee wordt een kunstmatig onderscheid aangebracht dat afhankelijk is van de economische status van de buitenlandse investeerder, vergelijkbaar met het arrest Heitkamp Bauholding.²⁵¹ Hier werd ook een kunstmatig onderscheid aangebracht tussen de economische status van belastingplichtigen, in dat geval tussen insolvente en niet-insolvente ondernemingen. Nederland maakt een onderscheid in verschillende niet-inwoners die zich tevens in een objectief vergelijkbare situatie, namelijk tussen buitenlandse investeerders (lees: Amerikaanse participanten in een CV) die voldoende reële activiteiten in Nederland uitvoeren en ondernemingen die dit niet uitvoeren. Hierbij treedt een verschil in behandeling op tussen buitenlandse belastingplichtigen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden. Op grond van het voorgaande lijkt daarmee een afwijking van de referentieregeling geconstateerd te worden.

Ook lijkt de doelstelling van het Besluit niet in overeenstemming te zijn met de doelstelling van de dividendbelasting. De dividendbelasting heeft als doel het inhouden van belasting over winstuitdelingen van kapitaalvennootschappen. De doelstelling van het Besluit betreft echter het wegnemen van de nadelen die de hybride entiteitenbepaling meebrengt voor Amerikaanse participanten binnen een besloten CV in Nederland. Het doel van het Besluit lijkt daarmee gericht te zijn op het verminderen van de Nederlandse dividendbelastingclaim voor Amerikaanse multinationals. Uit lezing van het arrest World Duty Free Group volgt dat niet van belang is dat groepen ondernemingen met gemeenschappelijke kenmerken dienen te worden onderscheiden voor het slagen van het selectiviteitscriterium.²⁵² Indien de doelstelling van de maatregel immers afwijkt van de doelstelling van de referentieregeling, zou sprake kunnen zijn van selectiviteit. Ook op basis van de verschillende doelstellingen zou daarmee sprake kunnen zijn van een afwijking van de referentieregeling.

5.3.2.3. Toetsing tweede referentieregeling dividendbetalingen

De tweede referentieregeling bestaat uit de dividend- en vennootschapsbelasting, inclusief het Verdrag NL-VS. Op grond van het arrest Riskin en Timmermans kan worden gesteld dat inwoners die toegang hebben tot een bilateraal belastingverdrag met een derde land niet objectief vergelijkbaar zijn met inwoners die toegang hebben tot een belastingverdrag met een andere (lid-)staat. Vergelijkbaar zijn daarmee die gevallen binnen het Verdrag NL-VS. Hierbij kan eenzelfde redenering worden toegepast als voor de eerste referentieregeling.

Door het implementeren van het Besluit maakt Nederland een kunstmatig onderscheid tussen buitenlandse belastingplichtigen binnen de werkingssfeer van het Verdrag NL-VS. Dit is ook te herkennen in het arrest Heitkamp Bauholding, waar de Duitse vennootschapsbelasting voorschreef dat de economische status een belastingplichtige recht gaf op de toepassing van de saneringsclausule. Hoewel de saneringsclausule in het verlengde kon worden gezien van de hoofdregel en tevens de referentieregeling, kan dit voor de toetsing van de CV/BV-structuur niet op gaan.

²⁵¹ A-G HvJ EU Wahl 21 december 2017 (Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie), punt 143.

²⁵² HvJ EU 21 december 2016, C-20/15 en C-21/15 (World Duty Free Group e.a.), r.o. 72-78.

Immers wordt als gevolg van het Besluit bij reële activiteiten een vermindering verleend in bronbelasting, terwijl onder het Verdrag NL-VS en het algemene vennootschapsbelastingstelsel dividendbetalingen in beginsel belast zijn. Dit, in combinatie met het onderscheid tussen partijen binnen de werkingssfeer van het belastingverdrag, biedt grond om het Besluit als gevolg van de dividenduitkering aan te merken als een afwijking van de referentieregel.

Ook dient beoordeeld te worden of de doelstelling van het Besluit in overeenstemming is met de doelstelling van de referentieregel. Zoals eerder aangegeven is de doelstelling van het Besluit het wegnemen van de nadelen van de hybride entiteitenbepaling die ziet op het voorkomen van dubbele non-heffing voor Amerikaanse multinationals. De dividendbelasting ziet op het inhouden van belasting over dividenduitkeringen van kapitaalvennootschappen. Logischerwijs is de doelstelling van het belastingverdrag het voorkomen van dubbele heffing over inkomensbestanddelen. Daarom biedt een bilateraal belastingverdrag de mogelijkheid heffingsrechten te alloceren aan verdragsstaten, waardoor het voordeel slechts eenmalig belast wordt. Gelet op de ratio van het bilaterale belastingverdrag zou het standpunt kunnen worden ingenomen dat een bilateraal belastingverdrag ook moet zien op het voorkomen van dubbele non-heffen.²⁵³ Dit valt echter niet op te maken uit de preambule van het Verdrag NL-VS. Hierdoor is niet af te leiden of het daadwerkelijke doel van het belastingverdrag is om ook dubbele non-heffing te voorkomen.

Wel kan gesteld worden dat de staatssecretaris van Financiën in enkele brieven aan de Tweede Kamer heeft aangegeven dat de aanpassingen die het Multilateraal Instrument²⁵⁴ (MLI) meebrengt onderdeel vormen van het Nederlandse verdragsbeleid.²⁵⁵ Hieronder valt mede de opname van BEPS-actiepunt 6. Dit houdt in dat de preambule wordt aangepast door expliciet aan te geven dat een bilateraal belastingverdrag tevens ziet op het voorkomen van dubbele non-heffing. Onder een dynamische verdragsinterpretatie en de daadwerkelijke aanpassing van het Verdrag NL-VS zou dan ook dubbele non-heffing expliciet als doelstelling worden opgenomen in de preambule van het Verdrag NL-VS. Echter kan het Verdrag NL-VS niet onder de reikwijdte van het MLI vallen, aangezien de VS het MLI niet heeft ondertekend. Naar mijn mening kan op grond van het bovenstaande niet tot de conclusie worden gekomen dat het voorkomen van dubbele non-heffing het doel was van het Verdrag NL-VS. Hoewel deze doelstelling niet expliciet in de preambule van het Verdrag NL-VS is opgenomen, duidt de aanwezigheid van de hybride entiteitenbepaling in het bilaterale belastingverdrag, alsmede in het Amerikaans Standaardverdrag erop dat de VS in ieder geval met de bepaling ten doel heeft dubbele non-heffing voor hybride entiteiten te voorkomen.

²⁵³ M.F. De Wilde, 'Over samenloop van verrekening en vrijstelling onder belastingverdragen; de Hoge Raad oordeelt opnieuw in een triangular case (HR 11 mei 2007, nr. 42 385)', *WFR* 2007/855, onderdeel 2.

²⁵⁴ Het MLI is een efficiënte manier om belastingverdragen tussen landen aan te passen aan de recente post-BEPS-standaarden. Landen zijn bevoegd bij het tekenen van het MLI om voorbehoud te maken op bepaalde artikelen. Het voordeel van het MLI is dat verdragslanden geen uitgebreide onderhandelingsprocessen met andere verdragslanden dienen op te starten om specifieke bepalingen aan te passen. Voor meer informatie, verwijst ik naar: D.M. Broekhuijsen, 'een evaluatie van het multilateraal instrument', *TFO* 2018/158.2.

²⁵⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 25 087, nr. 135, p. 4.

Uit de aanwezigheid van de hybride entiteitenbepaling leid ik af dat tijdens de verdragsonderhandelingen beide partijen in overeenstemming waren een antimisbruikbepaling tegen hybride entiteiten in het belastingverdrag op te nemen. Daaruit kan volgen dat één van de doelstellingen was om dubbele non-heffing door hybride mismatches te voorkomen. Het Besluit tracht echter de hybride entiteitenbepaling te neutraliseren en daarmee het nadeel voor Amerikaanse multinationals weg te nemen. Mijns inziens is dit in strijd met doel en strekking van het Verdrag NL-VS en daarmee een afwijking van het referentiestelsel.

Vanuit beide referentieregelingen bezien kan het standpunt worden ingenomen dat sprake is van een afwijking van de referentieregeling in het geval van dividenduitkeringen. In vergelijking met de doelstelling en vergelijkbare gevallen die onder de reikwijdte vallen van de referentieregeling volgt immers een afwijking van de referentieregeling. Toepassing van het Besluit biedt in beide referentieregelingen een vermindering van de bronbelasting, waar onder het algemene belastingstelsel of het Verdrag NL-VS onverminderd geheven zou worden.

5.2.3.4. Toetsing referentieregelingen interest- en royaltybetalingen

Voor de gebruikelijke CV/BV-structuur wordt veelal gebruik gemaakt van een royaltybetaling van de BV aan de CV. Nederland kent voor royalty's geen bronbelasting. Dit brengt met zich mee dat in beginsel Nederland geen specifieke bronbelasting kent. Gezien de besloten CV transparant is, kan geen sprake zijn van binnenlandse vennootschapsbelastingplicht. De achterliggende participanten kunnen echter voor de vennootschapsbelasting in aanmerking komen indien zij op grond van art. 17, derde lid, onderdeel a of b Wet VpB 1969 onderworpen worden aan heffing.

Voor het slagen van de CV/BV-structuur is het van essentieel belang, rekening houdend met art. 17a, onderdeel b Wet VpB 1969, dat de vennootschap gevestigd is in een ander land. Daarmee wordt eveneens buitenlandse belastingplicht voorkomen. In de gebruikelijke CV/BV-structuur geldt daarom dat ook van buitenlandse vennootschapsbelastingplicht geen sprake is. Op basis van de eerste referentieregeling kan als gevolg van het Nederlandse systeem geen afwijking worden ondervonden met de referentieregeling, gezien op basis van de referentieregeling over deze betalingen aan buitenlandse vennootschappen ook geen bron- of vennootschapsbelasting verschuldigd zou zijn.

De tweede referentieregeling betreft het algemene dividend- en vennootschapsbelastingstelsel, inclusief het Verdrag NL-VS. Art. 13, dat ziet op de verdeling van heffingsbevoegdheid over royalty's tussen beide staten, geeft aan: *"Royalty's afkomstig uit een van de Staten die worden verkregen door een inwoner van de andere Staat die de uiteindelijke gerechtigde is, zijn slechts in die andere Staat belastbaar."*²⁵⁶ Dit zou inhouden dat royalty's die opkomen in Nederland slechts belast zijn in de staat waar de uiteindelijk gerechtigde is gevestigd. Op grond van de hybride entiteitenbepaling in art. 24, lid 4 Verdrag NL-VS kunnen vervolgens verdragsvoordelen niet meer van toepassing zijn bij het gebruik van een hybride entiteit. Op basis van het Verdrag NL-VS heeft Nederland echter geen heffingsrecht over royaltybetalingen.

²⁵⁶ Artikel 13, eerste lid Verdrag NL-VS.

Hieruit volgt dat Nederland op basis van het Verdrag NL-VS en op basis van het algemene dividend- en vennootschapsbelastingstelsel geen heffingsrecht heeft over royaltybetalingen van de BV naar de besloten CV. Dit is inherent aan het eerder gestelde referentiekader, aangezien royaltybetalingen op grond van dit kader niet onderworpen zijn aan heffing in Nederland. Op grond van het voorgaande kan de stelling worden ingenomen dat geen afwijking wordt ondervonden, aangezien ook bij toepassing van het Besluit niet wordt geheven over dergelijke betalingen.

Eenzelfde analyse is ook toe te passen in het geval van interestbetalingen, gezien art. 12, eerste lid Verdrag NL-VS een identieke bepaling kent voor de verdragstoewijzing van interestbetalingen. Daarmee is ook voor interestbetalingen geen afwijking te constateren op de referentieregeling. Dit is tevens in lijn met de visie van Van Sprundel.²⁵⁷ Van Sprundel geeft aan dat geen afwijking is te constateren van de algemene referentieregeling, aangezien Nederland geen bronbelasting over interest en royalty's kent. Een mogelijk risico ontstaat wanneer in de toekomst een conditionele bronheffing op interest en royalty's wordt ingevoerd. Hierbij rijst de vraag in hoeverre het Besluit nog een functie zou vervullen, gezien het feit dat op grond van het Verdrag NL-VS Nederland geen heffingsrecht zou hebben over interest- en royaltybetalingen.

5.3.3. Rechtvaardigingsgronden voor mogelijke afwijkingen

Uit het voorgaande onderdeel is gebleken dat toepassing van het Besluit een afwijking ten opzichte van de referentieregeling voor dividendbetalingen teweeg kan brengen. Een afwijking van de referentieregeling kan echter door middel van rechtvaardigingsgronden gerechtvaardigd worden. In de jurisprudentie kunnen enkele rechtvaardigingsgronden met betrekking tot het staatssteunrecht herkend worden. Een belangrijk arrest hierbij is het arrest *Paint Graphos*.²⁵⁸ In dit arrest geeft het HvJ aan dat rechtvaardiging mogelijk is, indien de belastingvrijstelling gerechtvaardigd kan worden door de aard en algemene opzet van de belastingregeling. Het waarborgen van de coherentie van een belastingsysteem kan worden gezien als een rechtvaardigingsgrond, alsmede maatregelen die toezien op het voorkomen van misbruik van een dergelijke maatregel.

In het arrest *Paint Graphos* wordt tevens vermeld dat de desbetreffende maatregel evenredig en proportioneel dienen te zijn ten opzichte van het te bereiken doel.²⁵⁹ Dit arrest benadrukt dat de toetsing van het selectiviteitscriterium overeenkomsten vertoont ten opzichte van de toetsing die het HvJ hanteert inzake strijdigheid met de EU-verkeersvrijheden. Immers wordt voor de EU-verkeersvrijheden eveneens onderzocht in hoeverre een maatregel een discriminerende werking heeft ten opzichte van vergelijkbare partijen, waarna getoetst moet worden op de aanwezigheid van een rechtvaardiging, proportionaliteit en evenredigheid.

²⁵⁷ C.E. Verhaeren, 'Het einde van belastingconstructies', *WFR* 2017/167, onderdeel 4.

²⁵⁸ HvJ EU 8 september 2011, C-78/08, C-79/08, C-80/08 (Ministero Economia (Italië)/*Paint Graphos*).

²⁵⁹ HvJ EU 8 september 2011, C-78/08, C-79/08, C-80/08 (Ministero Economia (Italië)/*Paint Graphos*), r.o. 74-75.

Als gevolg van deze gelijkenissen wordt verondersteld dat voor de hierna genoemde rechtvaardigingsgronden aangesloten wordt bij jurisprudentie van het HvJ met betrekking tot EU-verkeersvrijheden.²⁶⁰ In de volgende onderdelen wordt afzonderlijk ingegaan op het nastreven van fiscale coherentie en het bestrijden van misbruik als rechtvaardigingsgrond voor CV/BV-structuren.

5.3.3.1. Fiscale coherentie

De eerste rechtvaardigingsgrond betreft het waarborgen van de fiscale coherentie als gevolg van de toepassing van deze maatregel. Onder fiscale coherentie wordt mede verstaan dat de maatregel in strikt verband staat met een andere maatregel. In het arrest Bachmann kon dit als rechtvaardigingsgrond worden geaccepteerd.²⁶¹ Bachmann kon de premies voor een Duitse levensverzekering niet aftrekken van zijn Belgische inkomen. In dit arrest stelt België dat een dergelijke nadelige behandeling kan worden gerechtvaardigd, aangezien ook de uitkering van deze levensverzekering niet belast is in België. Op grond van de samenhang van het Belgische belastingstelsel zou daarom met de aftrek van deze premies geen rekening dienen te worden gehouden.²⁶²

Voor wat betreft de fiscale samenhang op het niveau van bilaterale belastingverdragen is het arrest Wielockx relevant.²⁶³ In het HvJ geeft in dit arrest aan dat toepassing van het belastingverdrag met zich medebrengt dat een bilateraal belastingverdrag invloed kan hebben op de toepassing van een rechtvaardigingsgrond.²⁶⁴ Door de toepassing van het belastingverdrag wordt immers (juridisch) dubbele belastingheffing voorkomen. Uit de lezing van de arresten volgt dat de rechtvaardigingsgrond getoetst moet worden op het niveau van dezelfde belastingplichtige voor dezelfde belasting. In situaties waar maatregelen dus dubbele belastingheffing trachten te voorkomen zou het argument van fiscale coherentie gebruikt kunnen worden.

Mijns inziens is niet af te leiden hoe gebruik kan worden gemaakt van deze rechtvaardigingsgrond in het geval van CV/BV-structuren. Het Besluit ziet immers op de toepassing van het verminderde bronbelastingtarief, daar waar de hybride entiteitenbepaling juist tracht te voorkomen dat dividenduitkeringen niet belast worden en daarmee dubbele non-heffing wordt voorkomen. Het Besluit biedt daarmee de mogelijkheid voor Amerikaanse multinationals om dubbele niet-heffing te bewerkstelligen over dividendbetalingen vanuit de Nederlandse BV. Het Besluit ziet niet op het voorkomen van meervoudige economische of juridische dubbele belastingheffing, maar brengt het een risico van dubbele niet-heffing met zich mee. Daarom lijkt geen gebruik te kunnen worden gemaakt van deze rechtvaardigingsgrond.

²⁶⁰ P.C. Van der Vegt, 'Conceptuele dilemma's ten aanzien van het begrip selectieve belastingvoordelen', *WFR* 2017/3, onderdeel 6.

²⁶¹ HvJ EU 28 januari 1992, C-204/90 (Bachmann), *V-N* 1992/994,30.

²⁶² HvJ EU 28 januari 1992, C-204/90 (Bachmann), *V-N* 1992/994,30.

²⁶³ HvJ EU 11 juli 1994, C-80/94 (Wielockx).

²⁶⁴ HvJ EU 11 juli 1994, C-80/94 (Wielockx), r.o. 23-25.

5.3.3.2. Bestrijden van misbruik

De tweede rechtvaardigingsgrond betreft het bestrijden van misbruik. In het arrest *Paint Graphos* wordt aangegeven dat het een lidstaat vrij staat om controleprocedures te implementeren die zien op situaties waarin belastingplichtigen slechts vanwege de voordelen van de steunmaatregel gebruik maken van de regeling.²⁶⁵ In het verlengde van deze rechtvaardigingsgrond moet worden onderzocht of voor het Besluit deze rechtvaardigingsgrond van toepassing kan zijn. In paragraaf 3 van het Besluit wordt aangegeven dat door het APA/ATR-team beoordeeld wordt of voldoende reële activiteiten aanwezig worden geacht.²⁶⁶ Verder wordt in paragraaf 3 aangegeven dat voldoende reële activiteiten worden uitgevoerd indien een lichaam in aanmerking kan komen voor een ATR. In onderdeel 8 van het ATR-besluit wordt ingegaan op de vraag wanneer zekerheid vooraf kan worden gekregen.

Het is echter de vraag in hoeverre het mogelijk is dat Nederland vooraf objectieve criteria gebruikt om te onderzoeken of sprake is van misbruik en hierbij geen tegenbewijsregeling wordt geleverd. Een aantal belangrijke arresten op het gebied van de antimisbruikdoctrine zijn de arresten *Egiom* en *Deister & Juhler Holding*.²⁶⁷ In de bovenstaande arresten was in geschil of de in deze zaken onderhavige antimisbruikbepalingen in strijd waren met de vrijheid van vestiging. In beide gevallen ging het om een antimisbruikbepaling inzake treaty shopping. In het arrest *Egiom* werd de antimisbruikbepaling getoetst aan de vrijheid van vestiging. Onder de Franse antimisbruikbepaling gold dat een vrijstelling van de dividendbelasting geweigerd werd indien de Franse vennootschap indirect gecontroleerd werd door een vennootschap in een derde land. In de zaak stelt de inspecteur dat een mogelijke belemmering van de vrijheid van vestiging kan worden gerechtvaardigd, aangezien belastingfraude of misbruik wordt bestreden. Het HvJ stelt dat deze rechtvaardigingsgrond slechts van toepassing is, indien deze bepaling ziet op volstrekt kunstmatige constructies.²⁶⁸ In het onderhavige geval is echter slechts een vermoeden van misbruik zonder de mogelijkheid dat hiervoor tegenbewijs wordt geleverd. Een indirecte controle van een in het derde land gevestigde moedermaatschappij impliceert immers niet dat in alle gevallen sprake is van misbruik. Als gevolg hiervan kan deze rechtvaardigingsgrond niet slagen.²⁶⁹

Eenzelfde beredenering is terug te vinden in het arrest *Deister & Juhler Holding*. Vennootschappen in Duitsland hebben geen recht op de teruggaaf van dividendbelasting indien aan een aantal voorwaarden wordt voldaan. Vrijstelling van dividendbelasting wordt niet verleend indien het tussenschuiven van de vennootschap geen economische betekenis heeft, de moedermaatschappijen minder dan tien procent van hun opbrengst wordt verworven door eigen economische activiteiten en dat met haar huidige

²⁶⁵ HvJ EU 8 september 2011, C-78/08, C-79/08, C-80/08 (Ministero Economia (Italië)/*Paint Graphos*), r.o. 74.

²⁶⁶ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2005, nr. IFZ 2005/546M, onderdeel 3.

²⁶⁷ HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (*Egiom* en *Enka*) en HvJ EU 20 december 2017, C-504/16 en C-613/16 (*Deister Holding* en *Juhler Holding*/ *Bundeszentralamt für Steuern*).

²⁶⁸ HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (*Egiom* en *Enka*), r.o. 30.

²⁶⁹ HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (*Egiom* en *Enka*), r.o. 63-64. Deze overwegingen verwijzen naar punten 30 tot en met 36 van het onderhavige arrest, waar de analyse ook wordt toegepast voor de Moeder-Dochterrichtlijn.

bedrijfsvoering de moedermaatschappij niet zou kunnen deelnemen aan het economische verkeer.²⁷⁰ Als rechtvaardigingsgrond werd wederom aangedreven dat de bepaling ziet op het bestrijden van misbruik.²⁷¹ Ook hier stelt het HvJ vast dat de maatregel dient te zien op volstrekt kunstmatige constructies. Gezien het feit dat de vooraf gestelde criteria misbruik niet kunnen uitsluiten en tevens geen tegenbewijsmogelijkheid bestaat voor belastingplichtigen, komt het HvJ tot de conclusie dat deze maatregel in strijd is met het vrije vestigingsverkeer.²⁷²

In het geval van CV/BV-structuren kan daarmee het standpunt ingenomen worden dat het vooraf vaststellen van criteria om te beoordelen of sprake is van misbruik zonder de mogelijkheid van tegenbewijs in strijd is met de verkeersvrijheden en daarom niet kan worden gerechtvaardigd. In de veronderstelling dat een dergelijke denkwijze kan worden geëxtrapoleerd naar het staatssteunrecht, biedt dit de mogelijkheid te stellen dat de rechtvaardigingsgrond voor CV/BV-structuren niet op zal gaan. Immers zou ook bij het voldoen van de voorwaarden voor het in aanmerking komen van het Besluit alsnog sprake kunnen zijn van misbruik.

Deze kans kan ook reëel worden geschat, mede gelet op de financiële slagkracht van Amerikaanse multinationals en de aard van de substance-eisen.²⁷³ Zo wordt in de literatuur gesteld dat vooral het loonkostencriterium een arbitraire voorwaarde is.²⁷⁴ Voor de toetsing of sprake is van misbruik dienen alle feiten en omstandigheden van het desbetreffende geval te worden overzien. In Nederland lijkt een geval-tot-geval-benadering te worden voorgeschreven in het Besluit, aangezien een verzoek kan worden ingediend bij de Belastingdienst waarin alle feiten en omstandigheden van geval tot geval bekeken kunnen worden en later in overleg kan worden getreden met de inspecteur. Echter sluit dit niet uit dat de inspecteur voor de toetsing van misbruik in de desbetreffende gevallen zich beperkt tot de toetsing van de objectieve criteria vermeld in het (uitgebreide) ATR-besluit. Voor het implementeren van de CV/BV-structuur is het verder niet noodzakelijk een CV/BV-ruling aan te vragen. Dit kan ervoor zorgen dat in dergelijke gevallen slechts onderzocht wordt of voldaan wordt aan de substance-eisen en niet naar alle feiten en omstandigheden van het geval worden gekeken. Een dergelijke benadering zou niet stroken met hetgeen het HvJ heeft benadrukt in de arresten Egiom en Deister & Juhler Holding. Het bestrijden van misbruik zou daarom niet als rechtvaardigingsgrond kunnen worden toegepast.

²⁷⁰ HvJ EU 20 december 2017, C-504/16 en C-613/16 (Deister Holding en Juhler Holding/ Bundeszentralamt für Steuern), r.o. 16-35.

²⁷¹ HvJ EU 20 december 2017, C-504/16 en C-613/16 (Deister Holding en Juhler Holding/ Bundeszentralamt für Steuern), r.o. 60-74.

²⁷² HvJ EU 20 december 2017, C-504/16 en C-613/16 (Deister Holding en Juhler Holding/ Bundeszentralamt für Steuern), r.o. 97-100.

²⁷³ Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34 788, nr. 4, waarin de Raad van State kritiek uit op het absolute karakter van het loonkostencriterium.

²⁷⁴ Zie ook Redactie Vakstudie Nieuws, "Wet inhoudingsplicht houdstercoöperaties en uitbreiding inhoudingsvrijstelling. Memorie van toelichting", V-N 2017/47.9.

5.3.4. Selectiviteit CV/BV-rulings

In het arrest *World Duty Free Group* is de vraag aan het HvJ voorgelegd of voor de toetsing van het selectiviteitscriterium nodig is (specifieke) groepen te kunnen onderscheiden op basis van gemeenschappelijke kenmerken. In dit arrest benadrukt het HvJ dat voor de toepassing van het staatssteunrecht ook de achterliggende doelstelling van de referentieregeling in ogenschouw dient te worden genomen. Korving gaat in op de vraag hoe het arrest *World Duty Free Group* kan worden geïnterpreteerd in het licht van de fiscale rulingpraktijk.²⁷⁵ Korving geeft aan dat selectiviteit vooral gezocht kan worden in de aard van de ruling en niet in de toepassing van de wetgeving. Een ruling wordt immers afgegeven op basis van de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op een individueel geval. Bij het vaststellen van zakelijke verrekenprijzen speelt discretionaire bevoegdheid een belangrijk aandeel speelt in het vaststellen van verrekenprijzen of waarderingen. Een loutere vaststelling van een casuspositie hoeft in die zin niet per definitie te leiden tot selectiviteit. Immers wordt niet afgeweken van de nationale belastingwetgeving.²⁷⁶

Indien wordt afgeweken van de nationale belastingwetgeving, kan vanwege het individuele karakter van de ruling sprake zijn van selectiviteit. Luja gaat in zijn bijdrage in op het aspect van rulings en selectiviteit.²⁷⁷ Van selectiviteit kan sprake zijn indien rulings slechts worden verstrekt aan ondernemingen die voornemens zijn omvangrijke investeringen uit te voeren in Nederland. Volgens Luja kan ook sprake zijn van selectiviteit indien alleen buitenlandse ondernemingen rulings overeen kunnen komen met de fiscus.²⁷⁸ Een ander belangrijk punt met betrekking tot rulings en selectiviteit betreft de vraag of een financieel voordeel voor een onderneming gepaard gaat met zekerheid vooraf. Hierbij wordt het voorbeeld genoemd van een ruling die voor een fusie meerwaarde kan bieden in de waarde van een onderneming. Vervolgens stelt de auteur zich op het standpunt dat wanneer de Belastingdienst een discretionaire bevoegdheid krijgt om voordelen toe te kennen en hiervoor geen objectieve criteria bestaan, in deze gevallen snel sprake kan zijn van steun.²⁷⁹ Een ander belangrijk punt wordt door Seme aangekaart.²⁸⁰ Het vermoeden van selectiviteit, namelijk dat sprake is van selectiviteit indien de Belastingdienst bevoegd is de keuze voor de te gebruiken afschrijf- of waarderingmethode te beïnvloeden, zou ook kunnen worden doorgetrokken naar de visie van Luja.

Voor het vermoeden van selectiviteit is het tevens van belang te verwijzen naar het arrest *Commissie/MOL*.²⁸¹ In dit arrest ging het HvJ nader in op het selectiviteitsvereiste in het geval van een individuele of algemene maatregel.

²⁷⁵ J.J.A.M. Korving, 'Spaanse goodwill-arresten: kerstcadeau uit Luxemburg?', *NTFR-B* 2017/11, onderdeel 3.1.

²⁷⁶ J.J.A.M. Korving, 'Spaanse goodwill-arresten: kerstcadeau uit Luxemburg?', *NTFR-B* 2017/11, onderdeel 3.3.

²⁷⁷ R. Luja, 'Fiscale Rulings en Staatssteun: tussen rechtszekerheid en belastingontwijking', *NJB* 2015/678.

²⁷⁸ R. Luja, 'Fiscale Rulings en Staatssteun: tussen rechtszekerheid en belastingontwijking', *NJB* 2015/678, p. 870.

²⁷⁹ R. Luja, 'Fiscale Rulings en Staatssteun: tussen rechtszekerheid en belastingontwijking', *NJB* 2015/678, p. 870.

²⁸⁰ S. Seme, 'Fiscale rulings onder de staatssteunloep van de Europese Commissie', *CFTV* 2017/5-28, onderdeel 2.2.

²⁸¹ HvJ EU 4 juni 2015, C-15/14P (*Commissie/MOL*).

Vanwege het individuele karakter van een maatregel kan een vermoeden van selectiviteit ontstaan.²⁸² Voor algemene maatregelen wordt aangesloten bij het toetsingskader van het HvJ. Voor rulings, individuele maatregelen, zou daarmee het toetsingskader van het HvJ kunnen worden ontlopen doordat aangesloten wordt bij dit vermoeden van selectiviteit. In haar formele onderzoeksprocedure inzake de informeel kapitaalrulings van bijvoorbeeld Starbucks geeft de EC aan dat op grond van het vermoeden van selectiviteit in beginsel sprake is van een selectief karakter.²⁸³ Dit is ook het geval voor bijvoorbeeld het staatssteunonderzoek van Fiat.²⁸⁴

Als voorwaarde wordt in het Besluit aangegeven dat het in Nederland gevestigde lichaam reële activiteiten dient te verrichten. Mede in navolging van het arrest Commissie/MOL en de visie van Luja met betrekking tot het vermoeden van selectiviteit, kan worden beargumenteerd dat de verkrijging van een CV/BV-ruling een individuele maatregel betreft en dit resulteert in het vermoeden van selectiviteit. Zoals eerder door Luja is aangegeven leidt een discretionaire bevoegdheid van de Belastingdienst om een (financieel) voordeel toe te kennen sneller tot steun. Gezien het feit dat voor de beoordeling of voldoende reële activiteiten aanwezig zijn de bevoegdheid bij het APA/ATR-team ligt, is sprake van een beoordelingsruimte voor de overheid voor het toekennen van een maatregel en daarmee sneller sprake van steun. Volgens de EC kan een ruling als onverenigbare staatssteun wordt aangemerkt indien dit een selectief voordeel verschaft voor vergelijkbare ondernemingen.

Gelet op het kunstmatige onderscheid voor de verkrijging van een CV/BV-ruling, kan het standpunt worden ingenomen dat de ruling een selectief karakter heeft, waarbij het onbepaald uitstel van belastingheffing bewerkstelligd voor belastingplichtigen die toegang hebben tot de CV/BV-ruling. Op grond van de voorgaande argumenten kan worden geconcludeerd dat in het geval van het verkrijgen van een CV/BV-ruling een zogenaamd vermoeden van selectiviteit bestaat en daarmee het toetsingskader van het HvJ achterwege blijft. Het verkrijgen van een CV/BV-ruling is daarmee *prima facie* selectief.

5.4. Toetsing bekostigingscriterium

Voor het slagen van het bekostigingscriterium zijn twee voorwaarden relevant: de maatregel moet worden toegerekend aan de staat en de maatregel moet door middel van staatsmiddelen bekostigd zijn.²⁸⁵ Allereerst dient te worden getoetst of de maatregel direct is toe te rekenen aan de Nederlandse overheid. Hierbij dient te worden beoordeeld of de Nederlandse overheid betrokken is geweest bij de implementatie van een dergelijke maatregel.

²⁸² HvJ EU 4 juni 2015, C-15/14P (Commissie/MOL), r.o. 60.

²⁸³ Europese Commissie, Steunmaatregel SA.38374 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) – Nederland (Vermeende steun aan Starbucks), Brussel, 21.10.2015, p. 60.

²⁸⁴ Europese Commissie, Steunmaatregel SA.38375 (2014/C) (ex 2014/NN) – State aid which Luxembourg granted to Fiat, Brussel, 21.10.2015, p. 46.

²⁸⁵ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01), punt 38.

De Mededeling geeft aan dat een maatregel toerekenbaar is aan de staat indien het voordeel rechtstreeks verleend wordt aan de bevoordeelde.²⁸⁶ Gezien het feit dat geen publiek- of privaatrechtelijke ondernemingen dit voordeel verstrekt hebben, maar door het indienen van een verzoek bij het APA/ATR-team dit voordeel verkregen kan worden, kan worden beargumenteerd dat dit voordeel toe te rekenen is aan de Nederlandse staat.

Voor de tweede voorwaarde dient te worden beoordeeld of de toepassing van het Besluit kan worden gezien als het toekennen van "staatsmiddelen" in de zin van art. 107 vweu. Onder het begrip staatsmiddelen vallen in eerste instantie positieve vermogensoverdrachten, zoals subsidies en leningen. Onder het begrip staatsmiddelen kunnen tevens worden verstaan inkomstenderving.²⁸⁷ Door middel van het Besluit is de Nederlandse BV niet gehouden aan de hybride entiteitenbepaling en verkrijgt zo alsnog een vermindering van het Nederlandse bronbelastingtarief op dividenden. Daarmee leidt toepassing van het Besluit tot Nederlandse inkomstenderving en dus wordt de maatregel tevens met staatsmiddelen bekostigd. In de McDonald's case wordt verder nog opgemerkt dat de aanwezigheid van een bilateraal belastingverdrag geen invloed heeft op de toetsing van het bekostigingscriterium. In de McDonald's case werd een ruling afgegeven die volgens de EC niet conform het afgesloten belastingverdrag is geïnterpreteerd en daarmee dus een onjuiste toepassing van het belastingrecht. Aangezien de ruling een unilaterale overeenkomst is, beïnvloedt de aanwezigheid van het belastingverdrag de beoordeling van het bekostigingscriterium niet.²⁸⁸ In het verlengde hiervan kan de stelling worden ingenomen dat het Besluit ook ziet op een unilaterale inbreuk op het belastingverdrag en daarmee het belastingverdrag de toetsing niet beïnvloedt.

5.5. Toetsing verstoringscriterium

Voor de toepassing van art. 107 vweu dient overigens beoordeeld te worden of de maatregel concurrentievervalsing veroorzaakt en of de maatregel een nadelig effect heeft op het intracommunautaire handelsverkeer. Voor het slagen van beide voorwaarden dient slechts een risico te worden geconstateerd en hoeft daadwerkelijke verstoring of ongunstige invloed zich niet voor te doen. Van concurrentievervalsing is sprake indien een onderneming bevrijd wordt van lasten die zij zonder de steunmaatregel had moeten dragen.²⁸⁹ Als gevolg van het Besluit kan de BV beschikken over een vermindering op het bronbelastingtarief en daarmee beschikken over kosten die anderzijds wel voor rekening van de BV waren gekomen. Daarmee kan worden beargumenteerd dat sprake is van concurrentievervalsing.

²⁸⁶ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2016/C 262/01), punt 39.

²⁸⁷ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2016/C 262/01), punt 51.

²⁸⁸ State aid – Luxembourg – State aid SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN) – Alleged aid to McDonald's – Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union, (*PbEU* 2016/C 258/11), punt 63.

²⁸⁹ HvJ EU 30 april 2009, C-494/06 (Commissie/Italië en Wam SpA), r.o. 54.

Ook dient te worden onderzocht of sprake is van een ongunstige invloed op het intracommunautaire handelsverkeer. Hiervan kan sprake zijn indien een lidstaat door middel van het verlenen van steun de positie van bepaalde ondernemingen binnen de Unie versterkt ten opzichte van concurrerende ondernemingen.²⁹⁰ Gezien het voordeel slechts verstrekt wordt aan Amerikaanse bedrijven met een dochteronderneming in Nederland, zullen Amerikaanse multinationals die in Nederland investeren door de lastenverlichting een verbeterde concurrentiepositie verkrijgen ten opzichte van andere multinationals. In het geval waarin sprake is van een markt open voor concurrentie zal hier doorgaans sprake van zijn.

5.6 Uitzonderingen staatssteun

In art. 107, tweede en derde lid vweu worden verschillende uitzonderingen genoemd in het geval een maatregel onverenigbaar is met het staatssteunrecht op grond van art. 107, eerste lid vweu. Volledigheidshalve merk ik op dat de CV/BV-structuur niet voldoet aan de uitzonderingen genoemd in art. 107, tweede lid en derde lid vweu. In art. 107, derde lid vweu worden enkele voorwaardelijke uitzonderingen genoemd. Art. 107, derde lid, onderdeel a is niet van toepassing, gezien dit regionale steunmaatregelen betreft voor vooraf aangewezen economische gebieden. Ook zijn de andere voorwaardelijke uitzonderingen niet van art. 107, derde lid vweu niet van toepassing. Zo is het Besluit geen maatregel in het belang van de gehele economie van een lidstaat, dient het Besluit niet het gemeenschappelijk Europees belang, betreft het geen cultureel of monumentaal erfgoed en is de structuur niet aangewezen door de Raad van Ministers als steunmaatregel.

5.7. Deelconclusie

In dit hoofdstuk is getracht antwoord te geven op de volgende deelvraag: *“Kan de CV/BV-structuur aangemerkt worden als onverenigbare staatssteun als bedoeld in art. 107 vweu?”* Voor de toetsing van staatssteun dient onderzocht te worden of dergelijke structuren voldoen aan de vier cumulatieve criteria van staatssteun, uitgewerkt in art. 107, eerste lid vweu. In het eerste onderdeel van de analyse is stilgestaan bij de vraag of als gevolg van staatssteun sprake is van een voordeel. Dit criterium wordt in de rechtspraak van het HvJ breed gedefinieerd. Hierbij is beoordeeld of eenzelfde voordeel onder normale marktomstandigheden ook verkregen zou kunnen worden. Gezien een lastenverlichting ook onder een voordeel valt en het Besluit de budgettaire lasten voor een onderneming verlicht, kan in beginsel gesproken worden van een voordeel. Het achterwege laten van de hybride entiteitenbepaling zorgt immers voor een verlaagd bronbelastingtarief dat zonder eenzijdig inbreuk op het Verdrag NL-VS niet verkregen zou kunnen worden.

Verder dient te worden opgemerkt dat met de CV/BV-structuur voor onbepaalde tijd uitstel van belastingheffing wordt verkregen. Belastinguitstel is niet alleen in eerdere jurisprudentie aangemerkt als een steunmaatregel van de staat, maar leidt ook tot de mogelijkheid voor Amerikaanse multinationals om onbelaste winsten opnieuw te herinvesteren.

²⁹⁰ HvJ EU 30 april 2009, C-494/06 (Commissie/Italië en Wam SpA), r.o. 51-53.

Andere multinationals hebben deze mogelijkheid niet en dit voordeel zou ook niet onder normale marktomstandigheden verkregen zijn. Tot slot speelt de tijdswaarde van geld een rol in het geval van belastinguitstel. Onbepaald uitstel biedt de mogelijkheid belastingheffing theoretisch gezien oneindig uit te stellen. Daarmee wordt de claim die rust op belastingplichtigen verdisconteerd. Uit de documenten naar aanleiding van het WOB-verzoek, volgt tot slot dat CV/BV-structuren objectief gezien een voordeel betreffen voor Amerikaanse moedermaatschappijen. CV/BV-structuren spelen tevens een belangrijk onderdeel in de afweging van Amerikaanse multinationals om te investeren in Nederland. Hieruit kan worden geconcludeerd dat het Besluit een economisch voordeel betreft voor dividendbetalingen in de zin van art. 107 vweu. Voor interest- en royaltybetalingen is geen sprake van een voordeel in de zin van art. 107 vweu. Onder normale marktomstandigheden had immers ook geen inhouding van bronbelasting over interest- en royalty's plaatsgevonden. In de toekomst kan dit echter wijzigen, indien Nederland een conditionele bronbelasting op interest en royalty's zal invoeren. In dat geval zou sprake kunnen zijn van een voordeel in de zin van art. 107 vweu.

In het tweede onderdeel is stilgestaan bij het selectiviteitscriterium. Voor de beoordeling van selectiviteit is in eerste instantie getoetst aan CV/BV-structuren door middel van het toetsingskader van het HvJ, alvorens de selectiviteit van CV/BV-rulings is behandeld. Voor de toetsing van het selectiviteitscriterium is allereerst getracht de algemene referentieregeling op te stellen. Op basis van de arresten Heitkamp Bauholding en Congregación dient te worden aangesloten bij de algemene referentieregeling. In het arrest World Duty Free Group bevestigt het HvJ dat een maatregel als selectief kan worden beschouwd indien de doelstelling van de maatregel niet in overeenstemming is met de doelstelling van de referentieregeling. Op basis van de openingsbeslissing van de EC inzake McDonald's zou echter de aanwezigheid van een belastingverdrag een rol kunnen spelen bij de vaststelling van de referentieregeling. Op basis van deze bronnen wordt voor de beoordeling of sprake is van een afwijking rekening gehouden met beide referentieregelingen.

Voor de tweede stap van de selectiviteitsanalyse werd onderzocht of een afwijking van de hiervoor gestelde referentieregelingen te constateren is voor zowel dividendbetalingen als interest- en royaltybetalingen. Hierbij moet sprake zijn van de begunstiging van bepaalde ondernemingen of producties die zich in een juridisch of feitelijk vergelijkbare situatie bevinden. Op grond van het arrest Riskin en Timmersmans bevinden inwoners die toegang hebben tot een verdrag met een derde land niet in een objectief vergelijkbare situatie ten opzichte van inwoners die geen toegang hebben tot dit verdrag. Het Besluit is slechts van toepassing indien voldoende reële activiteiten in Nederland worden uitgeoefend. Gelet op het kunstmatige onderscheid, gebaseerd op de omvang van economische activiteiten in Nederland, kan worden gesteld dat binnen de werkingssfeer van het Verdrag NL-VS een afwijking is te constateren. De doelstelling van het Besluit is tevens niet in lijn met de doelstelling van de dividendbelasting. Voor de tweede referentieregeling geldt eenzelfde beredenering en ook hier is de doelstelling van het Besluit niet in lijn met de doelstelling van het Verdrag NL-VS en de dividend- en vennootschapsbelasting.

Doelstelling van het Verdrag NL-VS is onder andere het voorkomen van dubbele non-heffing, waar het effect van het Besluit juist is dat dubbele non-heffing wordt bewerkstelligd. Op basis van de tweede referentieregeling kan daarom ook gesproken worden over een afwijking van de referentieregeling. Twee erkende rechtvaardigingsgronden zijn het nastreven van fiscale coherentie en het bestrijden van misbruik. Door middel van fiscale coherentie wordt getracht dubbele belastingheffing te voorkomen. Aangezien hier sprake is van dubbele non-heffing, zou in beginsel geen beroep kunnen worden gedaan op deze rechtvaardigingsgrond. Een tweede rechtvaardigingsgrond betreft het bestrijden van misbruik. Mede gelet op de recente arresten Egiom en Deister & Juhler Holding en de substance-eisen voor het verkrijgen van een ATR is het mijns inziens onwaarschijnlijk dat een beroep kan worden gedaan op deze rechtvaardigingsgrond. Het vooraf vaststellen van objectieve criteria zonder de mogelijkheid van tegenbewijs leidt op grond van de hiervoor genoemde jurisprudentie tot mogelijke strijdigheid met het EU-recht. Aangezien beide rechtvaardigingsgronden niet slagen, slaagt het selectiviteitscriterium.

Ten derde moet getoetst worden aan het bekostigingscriterium. Het bekostigingscriterium geeft aan dat aan twee voorwaarden zullen moeten worden voldaan: het moet gaan om staatsmiddelen die toerekenbaar zijn aan de staat. Aangezien het een directe maatregel is van de overheid en onder staatsmiddelen tevens kan worden verstaan inkomstenderving, slaagt het bekostigingscriterium. Ten slotte dient te worden onderzocht of de maatregel een ongunstige invloed heeft op het EU-handelsverkeer en concurrentievervalsing oplevert. Ook dit criterium slaagt, aangezien een lastenverlichting voor Amerikaanse ondernemingen gekwalificeerd kan worden als concurrentievervalsing. Tevens is sprake van een ongunstige invloed op het EU-handelsverkeer, aangezien Amerikaanse multinationals door een lastenverlichting een verbeterde concurrentiepositie kunnen verkrijgen ten opzichte van andere multinationals. Op basis van de in deze analyse gebruikte bronnen kan worden geconcludeerd dat de deelvraag positief beantwoord moet worden. Het Besluit is daarmee aan te merken als onverenigbare staatssteun in de zin van art. 107, eerste lid vweu. Tevens zijn de uitzonderingen van art. 107, tweede en derde lid vweu niet van toepassing.

6. Conclusie

6.1. Inleiding

In deze scriptie is stilgestaan bij de vraag of de CV/BV-structuur aangemerkt kan worden als onverenigbare staatssteun in de zin van art. 107 vweu. De CV/BV-structuur is de afgelopen jaren door veel Amerikaanse multinationals gebruikt als een manier om belastingheffing over in het buitenland behaalde winsten zo lang mogelijk uit te stellen. Daarbij kan de vraag worden gesteld of Amerikaanse multinationals de afgelopen jaren onterecht een voordeel hebben genoten ten opzichte van vergelijkbare ondernemingen. Gelet op het gewijzigde maatschappelijke kader en het financiële belang dat Nederland heeft bij de CV/BV-structuur, rijst de vraag of de CV/BV-structuur vanuit een staatssteunperspectief nog houdbaar is. Daarom staat de volgende onderzoeksvraag centraal in deze scriptie:

Onder welke omstandigheden kunnen de CV/BV-structuren en CV/BV-rulings aangemerkt worden als onverenigbare staatssteun op grond van art. 107 vweu?

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag zijn vier deelvragen behandeld. Deze deelvragen worden nogmaals in de volgende paragraaf behandeld, alvorens antwoord gegeven zal worden op de onderzoeksvraag.

6.2. Samenvatting

Deelvraag 1: Wanneer kan op grond van art. 107 vweu sprake zijn van onverenigbare staatssteun?

In de eerste deelvraag zijn de voorwaarden voor onverenigbare staatssteun behandeld. Hierbij is allereerst ingegaan op het voordeeltcriterium. Het begrip "voordeel" wordt onder het staatssteunrecht breed gedefinieerd. Volgens het voordeeltcriterium moet gekeken worden naar marktconformiteit. Dit houdt in dat beoordeeld moet worden of de marktdeelnemer onder normale marktomstandigheden eenzelfde voordeel verkregen zou hebben. Een andere aanwijzing van het voordeeltcriterium is dat de maatregel een effect zal moeten hebben op het budget van de onderneming. De tweede voorwaarde betreft het selectiviteitscriterium. Voor zowel materiële selectiviteit als regionale selectiviteit heeft het HvJ een toetsingskader opgesteld. Voor de beoordeling van selectiviteit dient allereerst een referentieregeling te worden vastgesteld. Ten tweede moet worden beoordeeld of een afwijking van de referentieregeling kan worden geconstateerd.

Tot slot kan een mogelijke rechtvaardigingsgrond alsnog een maatregel als niet-selectief aanmerken. Twee algemeen geaccepteerde rechtvaardigingsgronden in het staatssteunrecht zijn het streven naar fiscale coherentie en het bestrijden van misbruik. Het derde criterium betreft het bekostigingscriterium. Om te slagen voor het bekostigingscriterium moet de maatregel kunnen worden toegerekend aan de staat en moet de maatregel bekostigd zijn met staatsmiddelen. Ook dit begrip kent een ruim toepassingsbereik.

Zo valt inkomstenderving ook onder het begrip staatsmiddelen. Het vierde en laatste criterium betreft het verstoringscriterium. Hierbij moet onderzocht worden of een maatregel concurrentievervalsing met zich meebrengt en tevens of de maatregel een ongunstige invloed heeft op het EU-handelsverkeer. Van concurrentievervalsing is sprake indien een onderneming bijvoorbeeld te maken heeft met een lastenverlichting. Een ongunstige invloed op het EU-handelsverkeer hoeft niet reeds aanwezig te zijn. Het is voldoende als een risico op een ongunstige invloed op het EU-handelsverkeer kan worden aangetoond.

Deelvraag 2: Wat zijn fiscale rulings en hoe verhouden fiscale rulings zich tot het staatssteunrecht?

Voor de tweede deelvraag is besproken wat fiscale rulings inhouden en hoe fiscale rulings zich verhouden tot het staatssteunrecht. Allereerst is stilgestaan bij het begrip "ruling". Een ruling is een overeenkomst tussen een belastingplichtige en de Belastingdienst die zekerheid vooraf geeft met betrekking tot een bepaald fiscaal vraagstuk. Rulings zijn onder te verdelen in APA's en ATR's. APA's zien op het vaststellen van verrekenprijzen, de zakelijkheid van deze transactie en de berekeningsmethode. Een ATR biedt zekerheid vooraf met betrekking tot de toepassing van een bepaalde fiscale bepaling. Het doel van fiscale rulings is om zekerheid vooraf te bieden voor belastingplichtigen omtrent fiscale vraagstukken. Door het overeenkomen van fiscale ruling kan ook de Belastingdienst efficiënter te werk gaan.

Een ruling kan overeen gekomen worden door in vooroverleg te treden met de Belastingdienst. Voor het verkrijgen van een APA of ATR gelden enkele eisen, zogenoemde substance-eisen. Zo moeten de bestuursbesluiten van een vennootschap genomen worden in Nederland. Ook dienen hier onder andere de belangrijkste bankrekeningen te worden aangehouden. Uit het vooroverleg en het rulingverzoek vloeit een vaststellingsovereenkomst voort die in beginsel enkele jaren geldig is. De EC stelt dat een fiscale ruling niet per definitie onverenigbaar is met het staatssteunrecht, Een fiscale ruling is bijvoorbeeld onverenigbaar met het staatssteunrecht indien de belastingplichtige een voordeel verschafft door onjuiste toepassing van het nationale belastingrecht en dit voordeel niet toegankelijk is voor vergelijkbare ondernemingen.

Deelvraag 3: Wat is de CV/BV-structuur en wat zijn de fiscale aspecten hiervan?

Voor de derde deelvraag is onderzocht wat de fiscale aspecten zijn van de CV/BV-structuur, de hybride entiteitenbepaling in het Verdrag NL-VS en het Besluit. De CV/BV-structuur bestaat uit een Amerikaanse tophoudstervenootschap die nagenoeg alle aandelen bezit in een besloten CV, gevestigd in een tax haven. De besloten CV houdt vervolgens alle aandelen in BV1. BV1 houdt alle aandelen in BV2 en vormt samen met BV2 een fiscale eenheid. BV2 bezit vervolgens alle aandelen in de rest van de groepsmaatschappijen. Vanuit Nederlands perspectief kunnen de winsten niet belast worden onder de Nederlandse vennootschapsbelasting, aangezien de besloten CV transparant is. Vanuit Amerikaans perspectief geldt de Subpart-F-wetgeving niet en zorgt het check-the-box-systeem voor een niet-transparante kwalificatie.

Daarmee ontstaat een kwalificatiemismatch waarbij vanuit Amerikaans perspectief de besloten CV als uiteindelijk gerechtigde wordt gekwalificeerd en vanuit Nederlands perspectief de achterliggende participanten van de besloten CV. De hybride entiteitenbepaling in het Verdrag NL-VS tracht hier een einde aan te maken door te stellen dat de inwoner zelf uiteindelijk gerechtigde van het inkomen moet zijn, en dit niet moet worden gekwalificeerd als inkomen afkomstig van een hybride entiteit. In dat laatste geval worden verdragsvoordelen niet toegekend. Door middel van het Besluit heeft de staatssecretaris de kwalificatiemismatch in stand gehouden indien voldoende reële activiteiten in Nederland worden uitgevoerd.

Deelvraag 4: Voldoen de CV/BV-structuur en de bijbehorende ruling aan de cumulatieve criteria voor onverenigbare staatssteun als bedoeld in art. 107 vWEU?

Voor de vierde deelvraag zijn de CV/BV-structuur en de CV/BV-ruling getoetst aan de eerdergenoemde staatssteuncriteria. Allereerst is stilgestaan bij het voordeelcriterium. Hierbij is een onderscheid gemaakt in dividendbetalingen en interest- en royaltybetalingen. Om te slagen voor het voordeelcriterium is het van belang dat dit voordeel niet onder normale marktomstandigheden verkregen zou kunnen worden. Hierbij moet mede het effect van de maatregel op het budget van een onderneming in ogenschouw genomen worden. Voor interest- en royaltybetalingen bestaat geen economisch voordeel, vanwege het ontbreken van een bronheffing op interest en royalty's. Dit kan in de toekomst wijzigen, indien een conditionele bronheffing op interest en royalty's ingevoerd wordt. Vervolgens is ingegaan op de toetsing voor dividendbetalingen. Gezien de CV/BV-structuur en het Besluit de mogelijkheid biedt een onbepaald uitstel van heffing te bewerkstelligen voor Amerikaanse multinationals, kan het standpunt worden ingenomen dat het voordeelcriterium zal slagen. Dit uitstel leidt immers tot herinvestering en een verdiscontering van de belastingclaim. Objectief gezien betreft de CV/BV-structuur tevens een voordeel. Uit de documenten naar aanleiding van het WOB-verzoek valt immers op te maken dat de mogelijkheid om een CV/BV-structuur te implementeren in Nederland voor Amerikaanse multinationals een belangrijke afweging is om Nederland te kiezen als vestigingsland. Voor dividendbetalingen kan daarmee het standpunt worden ingenomen dat sprake is van een voordeel in de zin van art. 107 vWEU,

Het selectiviteitscriterium is het tweede criterium waaraan is getoetst. Hierbij is allereerst de referentieregel vastgesteld. Uit de jurisprudentie van het HvJ kan echter niet met zekerheid worden opgemaakt welke referentieregeling gekozen dient te worden. Op basis van de arresten *Congregación en Heitkamp Bauholding* wordt gekozen voor het algemene stelsel. Uit het arrest *World Duty Free Group* wordt duidelijk dat sprake is van selectiviteit indien de doelstelling van de steunmaatregel afwijkt van de doelstelling van de referentieregel. In de openingsbeslissing van de *McDonald's case* geeft de EC echter aan dat een bilateraal belastingverdrag wel degelijk een rol kan spelen in de vaststelling van de referentieregeling. Omdat geen eenduidige referentieregeling kan worden vastgesteld, is ervoor gekozen vooralsnog uit te gaan van twee referentieregelingen.

De eerste referentieregeling betreft de algemene dividend- en vennootschapsbelasting. De tweede referentieregeling betreft de algemene dividend- en vennootschapsbelasting, inclusief het Verdrag NL-VS. Vervolgens moet onderzocht worden of sprake is van een afwijking op beide referentieregelingen.

Uit beide referentieregelingen volgt dat door het Besluit een kunstmatig onderscheid wordt aangebracht tussen verdragsgerechtigden. Immers is voor de toepassing van het Besluit benodigd dat een belastingplichtige voldoende reële activiteiten uitvoert in Nederland. Verder strookt de doelstelling van het Besluit niet met de doelstelling van het Verdrag NL-VS en de Nederlandse dividendbelasting. Op basis van deze twee argumenten kan worden geconcludeerd dat sprake is van een afwijking van de referentieregeling voor wat betreft dividendbetalingen. Voor interest- en royaltybetalingen is er nationaalrechtelijk geen bronbelasting. Ook heeft Nederland geen heffingsrecht op basis van het Verdrag NL-VS. Daarmee bestaat voor interest- en royaltybetalingen *voorlopig* geen afwijking van de referentieregeling. In de toekomst kan dit veranderen indien een bronheffing op interest en royalty's ingevoerd zal worden. Twee mogelijke rechtvaardigingsgronden zijn het nastreven van fiscale coherentie en het bestrijden van misbruik. Deze zijn echter mijns inziens niet van toepassing. Daarmee kan het Besluit als een selectieve maatregel kwalificeren. Voor het verkrijgen van een CV/BV-ruling kan het argument worden gebruikt dat sprake is van het vermoeden van selectiviteit. Een fiscale ruling is namelijk naar zijn aard selectief.

De overige twee criteria betreffen het bekostigingscriterium en het verstoringscriterium. Het bekostigingscriterium is van toepassing, aangezien het een directe maatregel van de staat betreft en inkomstenderving als "staatsmiddelen" in de zin van art. 107 vWEU kan worden verstaan. Ook het verstoringscriterium is van toepassing, omdat door een lastenverlichting Amerikaanse multinationals een verbeterde concurrentiepositie verschaffen ten opzichte van andere multinationals. Op grond van het voorgaande wordt duidelijk dat het Besluit onverenigbare staatssteun vormt in de zin van art. 107 vWEU.

6.3 Conclusie

Aan de hand van de beantwoording van de bovenstaande deelvragen kan een antwoord gegeven worden op de centrale onderzoeksvraag. De centrale onderzoeksvraag luidde:

Onder welke omstandigheden kunnen de CV/BV-structuren en CV/BV-rulings aangemerkt worden als onverenigbare staatssteun op grond van art. 107 vWEU?

Voor de toetsing aan onverenigbare staatssteun is een onderscheid gemaakt in dividendbetalingen en interest- en royaltybetalingen. Door middel van het Besluit blijft de hybride entiteitenbepaling van het Verdrag NL-VS achterwege, waardoor uitstel van heffing kan worden bewerkstelligd. Dit behelst een voordeel in de zin van art. 107 vWEU. Ook is dit voordeel selectief, omdat het Besluit enerzijds onderscheid maakt in welke Amerikaanse multinationals toegang hebben tot het Besluit en anderzijds omdat de doelstelling van het Besluit niet in overeenstemming is met de in dit onderzoek vastgestelde referentieregelingen. Ook slagen het bekostigingscriterium en het verstoringscriterium. Naar aanleiding van de staatssteunanalyse moet geconcludeerd worden dat dividendbetalingen via een CV/BV-structuur onverenigbare staatssteun vormen op grond van art. 107 vWEU.

Voor interest- en royaltybetalingen volgt een andere conclusie. Nederland kent geen bronheffing op interest en royalty's. Voor interest- en royaltybetalingen biedt het Besluit daarom geen voordeel in de zin van art. 107 vWEU. Immers geldt dat dit voordeel onder normale marktomstandigheden tevens behaald zou kunnen worden. Van selectiviteit is ook geen sprake. Reden hiervoor is dat geen afwijking van de referentieregeling kan worden vastgesteld. Daaruit kan geconcludeerd worden dat interest- en royaltybetalingen geen onverenigbare staatssteun vormen in de zin van art. 107 vWEU.

Door het verzoeken van een CV/BV-ruling wordt eveneens artikel 24, vierde lid Verdrag NL-VS achterwege gelaten. Dit stelt de Amerikaanse multinational in staat om een voordeel te verkrijgen. Voor het selectiviteitscriterium geldt het vermoeden van selectiviteit. Omdat de ruling naar aard selectief is, hoeft niet eenzelfde toetsing te worden doorlopen voor de CV/BV-ruling. Ook in dit geval is sprake van onverenigbare staatssteun in de zin van art. 107 vWEU.

6.4 Aanbevelingen

Op basis van deze conclusie sluit ik deze scriptie af met enkele aanbevelingen voor vervolgonderzoek. Behalve het staatssteunrecht zou ook de ATAD tot gevolg kunnen hebben dat de CV/BV-structuur onhoudbaar wordt. Een onderzoek naar de gevolgen van ATAD voor hybride entiteiten zou daarmee een passend vervolgonderzoek betreffen. Vanuit een maatschappelijk perspectief is het wenselijk dat Amerikaanse multinationals hun "fair share" aan belasting tijdig betalen. Een andere aanbeveling voor vervolgonderzoek betreft het effect van US Tax Reform op het nut van de CV/BV-structuur en andere soortgelijke structuren. Nu het belastingtarief van de VS op 21 procent is gesteld, kunnen multinationals minder de behoefte hebben hun winsten in overzeese belastingparadijzen te stallen, maar dit uit te keren naar de Amerikaanse tophoudstervennootschap. Tot slot is het wellicht mogelijk te onderzoeken in hoeverre de VS haar belastingstelsel zou kunnen herzien om de incentive voor het implementeren van CV/BV-structuren te verminderen.

7. Literatuurlijst

Boeken en artikelen

Albert 2017

P.G.H. Albert, 'Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling', *WFR* 2017/192.

Bolhaar 2013

W.H.H. Bolhaar, 'Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches', *NTFR/A* 2013/25.

Broekhuijsen 2018

D.M. Broekhuijsen, 'een evaluatie van het multilateraal instrument', *TFO* 2018/158.2.

De Broe 2017

L. de Broe, 'Can Tax Treaties Confer State Aid?', *EC Tax Review* 2017/5.

De Cecco 2013

F. De Cecco, *State Aid and the European Economic Constitution*, Hart Publishing 2013.

De Wilde 2007

M.F. de Wilde, 'Over samenloop van verrekening en vrijstelling onder belastingverdragen; de Hoge Raad oordeelt opnieuw in een triangular case (HR 11 mei 2007, nr. 42 385)', *WFR* 2007/855.

Engelen, Gunn 2013

F.A. Engelen, A.F. Gunn, 'Het BEPS-project: een inleiding', *WFR* 2013/1413.

Evers, De Graaf, Stevens 2011

M. Evers, A.C.G.A.C. de Graaf, A.J.A. Stevens, 'Zembla-uitzending 'Nederland belastingparadijs' nader beschouwd', *MBB* 2011/02.

Fetter, Admiraal 2006

M. Fetter, S. Admiraal, 'Hybride entiteiten: transparant en niet-transparant', *Forfaitair* 2006/167-05.

Garcia-Bernardo, Fitchner, Takes, Heemskerk 2017

J. Garcia-Bernardo, J. Fichtner, F.W. Takes, E.M. Heemskerk, 'Uncovering Offshore Financial Centers: Conduits and Sinks in the Global Corporate Ownership Network', *Scientific Reports* 2017/7, nr. 6246.

Gunn 2017

A.F. Gunn, 'Spaanse belastingvrijstelling voor Katholieke Kerk niet in strijd met staatssteunregels', *NTFR* 2017/924.

Kemmeren 2005

E.C.C.M. Kemmeren, 'Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar', *WFR* 2005/163.

Korving 2017

J.J.A.M. Korving, 'Spaanse goodwill-arresten: kerstcadeau uit Luxemburg?', *NTFR-B* 2017/11.

Luja 2010

R.H.C. Luja 'Staatssteun in de winstsfeer: een stand van zaken', *TFO* 2010/61.

Luja 2015

R. Luja, 'Fiscale Rulings en Staatssteun: tussen rechtszekerheid en belastingontwijking', *NJB* 2015/678.

Marres, Wattel 2011

O.C.R. Marres, P.J. Wattel, *Dividendbelasting* (Fed Fiscale Studieserie, nr. 26), Deventer: Kluwer 2011.

Martens 2017

W.C.M. Martens, *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting* (Fed Fiscale Brochures), Deventer: Kluwer 2017.

Peters 2017

C.A.T. Peters, 'Staatssteun en tax rulings: over competitie tussen staten en de doodlopende weg van het recht', *WFR* 2017/87.

Redactie Vakstudie Nieuws 2017

Redactie Vakstudie Nieuws, 'CV/BV-structuren en informeel-kapitaalarulings', *V-N* 2017/23.4,

Redactie Vakstudie Nieuws 2017

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Bijlage bij Brief Staatssecretaris van Financiën van 23 mei 2017: Notitie beschrijving stand van zaken APA-/ATR- praktijk 2017, nr. 2017-0000100477', *V-N* 2017/31.3, p. 11-13.

Redactie Vakstudie Nieuws 2017

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Belastingvrijstelling voor Spaanse Congregación kan staatssteun vormen', *V-N* 2017/37.28.

Redactie Vakstudie Nieuws 2017

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Wet inhoudingsplicht houdstercoöperaties en uitbreiding inhoudingsvrijstelling. Memorie van toelichting', *V-N* 2017/47.9.

Redactie Vakstudie Nieuws 2018

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Notitie aanpak belastingontwijking en belastingontduiking', *V-N* 2018/14.2.

Rijff 2013

L. Rijff, 'De rol van Nederland in belastingoptimalisatie: hoe zit de vork echt in de steel?', *WFR* 2013/1547.

Seme 2017

S. Seme, 'Fiscale rulings onder de staatssteunloep van de Europese Commissie', *CFTV* 2017/5-28.

Smit 2016

D.S. Smit, 'International Juridical Double Non-taxation and State Aid', *EC Tax Review* 2016/2.

Stevens, Fibbe, Lamers 2011

A.J.A. Stevens, G.K. Fibbe, A.W.G. Lamers, 'De Nederlandse fiscale behandeling van hybride entiteiten onder belastingverdragen', *MBB* 2011/05-02.

Van der Linden, 2014

M.H.G.M. van der Linden, 'Hybride entiteiten onder het NL-VS verdrag; transparant maar niet helder', *WFR* 2014/886.

Van der Vegt 2017

P.C. van der Vegt, 'Conceptuele dilemma's ten aanzien van het begrip "selectieve belastingvoordelen', *WFR* 2017/3.

Van Midden 2017

G.J. van Midden, 'World Duty Free Group: de complexe selectiviteitseis bij fiscale steunmaatregelen', *NtEr* 2017/8.

Verhaeren 2017

C.E. Verhaeren, 'Het einde van belastingconstructies', *WFR* 2017/167.

Vleggeert 2016

J. Vleggeert, 'Dutch CV-BV Structures: Starbucks-Style Tax Planning and State Aid Rules', *Bulletin for International Taxation* 2016/70, nr. 3.

Vleggeert, Vording 2018

J. Vleggeert, H. Vording, 'Naar een bronbelasting op rente en royalty's: een stap verder dan het regeerakkoord', *WFR* 2018/3.

Vosse 2006

W. Vosse, 'De Amerikaanse winstbelasting in Europees perspectief', *Forfaitair* 2006/167.

Wattel 2016

P. Wattel, 'Stateless income, state aid and the (which?) arm's length principle', *Intertax* 2016/44.

Wattel 2017

P. Wattel, 'Staatssteun of exportsubsidie?', *NJB* 2017/1796.

Wattel, Marres, Vermeulen 2018

P.J. Wattel, O.C.R. Marres, H. Vermeulen, *Terra/Wattel European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation* (Fiscale Handboeken nr. 10), Deventer: Kluwer 2018, p. 44.

Wolffers 2015

B. Wolffers, 'De gemeenschappelijke eigenschappenbenadering in fiscale staatssteunzaken', *TFB* 2015/7.

Jurisprudentie

HvJ EU 22 maart 1977, C-78/76 (Steinike & Weinlig), ECLI:EU:C:1977:52.

HvJ EU 28 januari 1992, C-204/90 (Bachmann), ECLI:EU:C:1992:35.

HvJ EU 11 augustus 1995, C-80/94 (Wielockx), ECLI:EU:C:1995:271.

HvJ EU 8 november 2001, C-143/99 (Adria-Wien Pipeline), ECLI:EU:C:2001:598.

HvJ EU 7 maart 2002, C-310/99 (Italië/Commissie), ECLI:EU:C:2002:143.

HvJ EU 16 mei 2002, C-482/99 (Stardust Marine), ECLI:EU:C:2002:294.

HvJ EU 20 november 2003, C-126/01 (GEMO), ECLI:EU:C:2003:622.

HvJ EU 5 juli 2005, C-376/03 (Zaak D), ECLI:EU:C:2005:424.

HvJ EU 15 juni 2006, C-393/04 en C-41/05 (Air Liquide Industries Belgium), ECLI:EU:C:2006:403.

HvJ EU 10 januari 2006, C-222/04 (Cassa di Risparmio di Firenze SpA), ECLI:EU:C:2006:8.

HvJ EU 22 juni 2006, C-182/03 en C-217/03 (België en Forum 187), ECLI:EU:C:2006:416.

HvJ EU 6 september 2006, C-88/03 (Commissie/Portugal), ECLI:EU:C:2006:511.

HvJ EU 30 april 2009, C-494/06 (Commissie/Italië en Wam SpA), ECLI:EU:C:2009:272.

HvJ EU 8 september 2011, C-78/08, C-79/08, C-80/08 (Ministero Economia (Italië)/Paint Graphos), ECLI:EU:C:2008:779.

HvJ EU 15 november 2011, C-106/09P en C-107/09P (Commissie en Spanje vs. Gibraltar en Verenigd Koninkrijk), ECLI:EU:C:2011:732.

HvJ EU 8 december 2011, C-81/10 (France Télécom SA), ECLI:EU:C:2011:811.

HvJ EU 29 maart 2012, C-417/10 (3M Italia), ECLI:EU:C:2012:184.

HvJ EU 18 juli 2013, C-6/12 (P Oy), ECLI:EU:C:2013:525.

HvJ EU 9 oktober 2014, C-522/13 (Navantia), ECLI:EU:C:2014:2262.

HvJ EU 14 januari 2015, C-518/13 (Eventech), ECLI:EU:C:2015:9.

HvJ EU 24 februari 2015, C-512/13 (Sopora/Staatssecretaris van Financiën), ECLI:EU:C:2015:108.

HvJ EU 4 juni 2015, C-15/14 P (Commissie/MOL), ECLI:EU:C:2015:362.

HvJ EU 30 juni 2016, C-176/15 (Riskin en Timmermans), ECLI:EU:C:2016:488.

HvJ EU 21 december 2016, C-20/15 en C-21/15 (World Duty Free Group e.a.), ECLI:EU:C:2016:981.

HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), ECLI:EU:C:2017:496.

HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (Eqiom en Enka), ECLI:EU:C:2017:641.

HvJ EU 20 december 2017, C-504/16 en C-613/16 (Deister Holding en Juhler Holding/ Bundeszentralamt für Steuern), ECLI:EU:C:2017:1009.

HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399-16 (X BV en X NV), ECLI:EU:C:2018:110.

HvJ EU 28 juni 2018, C-208/16P (Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie), ECLI:EU:C:2018:506.

A-G HvJ EU Kokott 16 april 2015, C-66/14 (Finanzamt Linz), ECLI:EU:C:2015:242.

A-G HvJ EU 28 juli 2016, C-20/15 P (World Duty Free Group), ECLI:EU:C:2016:624.

A-G HvJ EU Kokott 16 februari 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), ECLI:EU:C:2017:135.

A-G HvJ EU Wahl 21 december 2017 (Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie), ECLI:EU:C:2017:1017.

Gerecht EU 4 februari 2016, T-287/11 (Heitkamp Bauholding/Commissie), ECLI:EU:T:2016:60.

HR 2 juni 2006, nr. 40 919, ECLI:NL:HR:2006:AX2034, *BNB* 2006/288.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1994/95, 24 086, nr. 1.

Kamerstukken II 2003/04, 29 632, nr. 3.

Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 3.

Kamerstukken II 2016/17, 25 087, nr. 135.

Kamerstukken II 2016/17, 25 087, nr. 136.

Kamerstukken II 2016/17, 31 066, nr. 326.

Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3.

Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 4.

Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 6.

Besluiten

Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 20 november 2000, nr. IFZ 2000/1292M.

Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 augustus 2004, nr. IFZ 2004/125M.

Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2005, nr. IFZ 2005/546M.

Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, nr. CPP 2009/519.

Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3098.

Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3099.

Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 9 mei 2017, nr. 2017-1209.

Minister van Financiën, Besluit op uw WOB-verzoek inzake CV-BV structuren en informeel kapitaal rulings, nr. 2017-0000060179.

Europese stukken

Besluit Europese Commissie van 27 april 2010 betreffende steunmaatregel N 714/2009, C(2010) 2544.

Besluit Europese Commissie van 21 januari 2016 betreffende steunmaatregel SA.25338 (2014/C), C(2016) 167 final.

Europese Commissie, 'Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators – Final Report', *Taxation Papers* 2015, N.61.

Europese Commissie, Steunmaatregel SA.38374 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) –Nederland (Vermeende steun aan Starbucks), Brussel, 21.10.2015.

Europese Commissie, Steunmaatregel SA.38375 (2014/C) (ex 2014/NN) –State aid which Luxembourg granted to Fiat, Brussel, 21.10.2015, p. 46.

Mededeling van de Europese Commissie van 26 januari 2013 met kenmerk 2013/C 25/01.

Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016/C 262/01).

Mededeling van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen 31998Y1210(01) (PbEU 98/C 384/03).

Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2014 Consultatiedocument).

State aid – Luxembourg – State aid SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN) – Alleged aid to McDonald's – Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union, (PbEU 2016/C 258/11).

Verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun

Voorstel voor een Richtlijn 2016/0011/EU van de Raad van 28 januari 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden, (COM(2016)26 def).

Overige documenten

Hearings on the President's 1961 Tax Recommendations before House Committee on Ways and Means, Doc. No. 140, 87th Cong., 1st Sess. 8-10 (1961).

OECD, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, Paris: OECD Publishing.

OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris 2013.

OECD, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project – Explanatory Statement*, OECD Publishing, Paris 2015.

Treasury Department: Technical Explanation of the Convention and the Protocol, September 21, 2004.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 23 mei 2017, nr. 2017-0000100477, V-N 2017/31.3.

Brief van de staatssecretaris van Financiën van 25 oktober 2017, 2017-0000204271.