



The Anti Tax Avoidance Directive:

Een einde aan bepaalde BEPS-praktijken binnen de EU en de gevolgen voor het fiscale vestigingsklimaat van Nederland.

Kemal Yildirim

336202

Scriptiebegeleider: Mr. R.B.N. van Ovost

Tweede beoordelaar: R.N.F. Zuidgeest

Datum: 31 augustus 2018

Dordrecht

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK 1 INLEIDING	4
Onderzoeksvraag & Opzet.....	6
Afbakening.....	8
HOOFDSTUK 2 (AGRESSIEVE) TAX PLANNING	9
2.1 Inleiding	9
2.2 Definitie Tax planning en de agressieve vorm hiervan	9
2.3 Verering taxplanning en de rol van overheden daarin.....	13
2.4 Ethiek binnen de fiscaliteit	17
2.5 Bestrijding tax planning; een wereldwijde regelgeving?	22
2.6 Tussenconclusie	23
HOOFDSTUK 3 ONTWIKKELINGEN BESTRIJDING BEPS.....	24
3.1 Inleiding	24
3.2 Internationale ontwikkelingen bestrijding BEPS	24
3.3 Europese ontwikkelingen bestrijding BEPS	30
3.4 Tussenconclusie	32
HOOFDSTUK 4 ANTI TAX AVOIDANCE DIRECTIVE: DE ANTI-BELASTINGONTWIJKINGSRICHTLIJN	34
4.1 Inleiding	34
4.2 ATAD-richtlijn en ATAD 2.....	34
4.3.1 De earningsstrippingregeling	36
4.3.2 Werking van de earningsstrippingregeling.....	37
4.3.3 Effectiviteit	43
4.4.1 Exitheffingen.....	45
4.4.2 Werking van de bepaling inzake exitheffingen	45
4.4.3 Effectiviteit	50
4.5.1 De GAAR: Algemene anti-misbruikregel.....	51
4.5.2 Werking van de GAAR	52
4.5.3 Effectiviteit	57
4.6.1 CFC-regelgeving: gecontroleerde buitenlandse vennootschappen	57
4.6.2 Werking van de CFC-bepaling.....	58
4.6.3 Effectiviteit	66
4.7.1 Hybride mismatches.....	66
4.7.2 Werking van de mismatchbepaling	68
Geïmporteerde mismatch	72
Mismatch met een (buiten beschouwing blijvende) vaste inrichting.....	73

Mismatch door een reverse hybride	74
Mismatch door fiscaal inwonerschap.....	76
4.7.3 Effectiviteit	76
4.8 Invloed van bilaterale belastingverdragen op ATAD-bepalingen.....	78
4.9 Effectiviteit van de ATAD & ATAD 2	79
4.10 Tussenconclusie.....	81
HOOFDSTUK 5 HET VESTIGINGSKLIMAAT VAN NEDERLAND	82
5.1 Inleiding	82
5.2 Aspecten van het Nederlandse vestigingsklimaat.....	82
5.2.1 Algemene aspecten van het Nederlandse vestigingsklimaat.....	83
5.2.2 Fiscale aspecten van het Nederlandse vestigingsklimaat	85
5.3 Tussenconclusie.....	90
Hoofdstuk 6 Invloed van de ATAD-bepalingen op het fiscale vestigingsklimaat van Nederland.....	91
6.1 Inleiding	91
6.2 Invloed van de ATAD-bepalingen op het fiscale vestigingsklimaat van de EU	91
6.3 Invloed van de ATAD op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat.....	93
6.3.1 Invloed van de earningsstrippingregeling op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat	93
6.3.2 Invloed van de exitheffing op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat	99
6.3.3 Invloed van de CFC-regeling op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat	101
6.3.4 De invloed van de GAAR op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat	107
6.3.5 Invloed van de kwalificatieconflicten op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat	110
6.4 Persoonlijke mening aangaande BEPS-bestrijding en het fiscale vestigingsklimaat van Nederland	113
6.4 Tussenconclusie.....	115
Hoofdstuk 7 Eindconclusie	116
Literatuurlijst	125
Bijlage Franchiseregeling.....	130
Bijlage CFC-regeling	131

HOOFDSTUK 1 INLEIDING

Daar waar eerst de aandacht uit ging naar de belastingontwijkingsgedrag van particulieren, en dan met name hun buitenlandse bankrekeningen, ligt de nadruk tegenwoordig op de internationaal opererende ondernemingen. De belastingheffing van multinationale ondernemingen hebben een hoge prioriteit gekregen binnen de maatschappij.¹ In de media wordt veel aandacht besteed aan de manier waarop multinationale ondernemingen omgaan met de heffing van belastingen. Door de vele aandacht is een impuls gegeven aan de discussie over ethiek binnen de fiscaliteit en daarmee aan de *fair share*.² Een antwoord op de vraag wat fair share is en wanneer hieraan wordt voldaan is echter vrij ingewikkeld. Dit komt doordat er in de wetgeving als in de fiscale literatuur geen eenduidige definitie is te vinden van fair share. Hierdoor geeft een ieder een eigen invulling hieraan en wordt fair share afhankelijk van het fiscale moraal van de belastingplichtigen. In de kern van discussies omtrent de belastingheffing van multinationale ondernemingen speelt de vraag of belastingplichtigen ‘gebruik’ of ‘misbruik’ maken van fiscale wet- en regelgeving om hiermee hun wereldwijde belastingdruk te verlagen. Een doorsnee onderneming zal in het kader van het drijven van een onderneming met het oog op het dienen van de belangen van zijn aandeelhouders proberen om zijn winst te maximaliseren. Om die reden zullen ondernemingen de belasting beschouwen als een ondernemingskost en deze proberen te minimaliseren binnen de kaders van de wet en wordt de morele aspect van belastingen buiten beschouwing gelaten. Belastingplichtigen reageren op fiscale wetgeving door hun productiefactoren geografisch zo aan te wenden dat hiermee voor de onderneming in zijn geheel een lager effectief gemiddeld belastingtarief wordt gerealiseerd. Hier kan gedacht worden aan het aanwenden van productiefactoren waarop in een bepaald land een maatregel is genomen die een grondslagversmallend effect heeft. Een grondslagversmaller zorgt ervoor dat een feit gedeeltelijk of niet in de grondslag valt. De fiscaliteit wordt namelijk naast de financiering van de overheidsuitgaven ook gebruikt als een beleidsinstrument voor de aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat.³ Een aantrekkelijk vestigingsklimaat is van belang om de economie te stimuleren en te zorgen voor meer werkgelegenheid.⁴ Door het aanbieden van verschillende fiscale faciliteiten die voordeliger zijn voor (bepaalde) belastingplichtigen wordt bewerkstelligd dat een land fiscaal aantrekkelijker wordt zodat de aldaar gevestigde investeerders hun concurrentiepositie zien versterken ten opzichte van in andere landen gevestigde investeerders. Volgens het rapport Nederland belastingparadijs van Oxfam Novib

¹ A.C.G.A.C. de Graaf, ‘Noodzaak van internationaal fiscaal beleid als tegenwicht voor excessieve gedragingen’, *MBB* 2013/1, p. 22-29.

² J.L. M Gribnau, ‘Fair share en tax planning: Een moeilijk maar noodzakelijk debat’, in P. Kavelaars (editor), *Ongewenste belastingontwijking? De jacht naar een fair share*, p. 38.

³ M. Nieuweboer, ‘Tax avoidance in a global economy’, in: P. Kavelaars (editor), *Ongewenste belastingontwijking: De jacht naar fair share*, p. 81.

⁴ De Wilde, M.F. ‘Belastingconcurrentie binnen de EU-Is de CCCTB de oplossing?’ *Maandblad Belastingbeschouwingen* 83(2). p. 3.

biedt de Nederlandse fiscale wetgeving de meeste mogelijkheden aan multinationale ondernemingen om via Nederland hun wereldwijde belastingdruk te verminderen en te ontwijken.⁵ Volgens dit rapport blijkt Nederland Europees kampioen te zijn in het mogelijk maken van belastingontwijking. De fiscale maatregelen zijn in het algemeen gericht op de verlaging van het effectieve gemiddelde belastingtarief, hetgeen inhoudt het percentage van de winst dat aan belasting is verschuldigd. Vervolgens reageren andere landen hierop door hetzelfde te doen als de voorgangers om de ingezeten investeerders te behouden en om buitenlandse investeerders aan te trekken, hetgeen leidt tot een wedloop aan belastingmaatregelen tussen landen. Vooral binnen de Europese Unie is de fiscaliteit een belangrijk middel geworden om het vestigingsklimaat aantrekkelijker te maken. Dit, omdat er binnen de Europese Unie op verschillende gebieden een verdergaande samenwerking heeft plaatsgevonden. Zo zijn de financiële systemen sterk geïntegreerd en de arbeidswetgeving is gecoördineerd. Op het gebied van de fiscaliteit, en met name de directe belastingen is er echter weinig geharmoniseerd. Hierdoor kan een eenzijdig genomen maatregel door een lidstaat van de Europese Unie aantrekkelijk worden voor een onderneming die in een ander lidstaat is gevestigd.

Het in kaart brengen van de fiscale positie staat wereldwijd bekend als tax planning. Wanneer bij het in kaart brengen van de wereldwijde fiscale positie bijvoorbeeld vermogensbestanddelen met ongerealiseerde winsten daarin worden verschoven naar een afzonderlijke onderneming van een multinational die in een lager belastend land is gevestigd realiseert de desbetreffende multinational in zijn geheel een vermindering van de wereldwijde belastingheffing. Het land van vertrek ziet door het verschuiven van de ongerealiseerde vermogenswinsten haar belastinggrondslag uitgehold worden. Internationaal staat grondslaguitholling en winstverschuiving bekend als het “BEPS-fenomeen”, Base Erosion en Profit Shifting. Internationale tax planning en daarmee BEPS is mogelijk doordat fiscale stelsels van verschillende landen divergenties vertonen en belastingverdragen daarbij een belangrijke rol spelen.⁶

Door het BEPS-gedrag van multinationale ondernemingen lopen landen gezamenlijk belastinginkomsten mis. Om BEPS te bestrijden zijn er internationale en Europese ontwikkelingen gaande. Op het internationaal niveau is de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling actief. Deze organisatie heeft geen rechtskracht, het is slechts een politieke verbintenis tussen landen. Op 19 juli 2013 heeft deze organisatie een actieplan gepresenteerd voor de bestrijding van BEPS, de zogenoemde anti-Base Erosion and Profit Shifting-plan. Door middel van politieke druk

⁵ Het onderzoek van Oxfam Novib in Nederland Belastingparadijs. 2016. Raadpleegbaar via de volgende website: <http://www.oxfamnovib.nl/Redactie/Downloads/Rapporten/Leuker%20kunnen%20we%20het%20niet%20maken%20wel%20eerlijker%20-%20Nederland%20kampioen%20faciliteren%20belastingontwijking.pdf>

⁶ P. Kavelaars, ‘Afbouw van belastingontwijking’, *TFO* 2014/131.3. paragraaf 1.

wordt beoogd het actieplan tot uitvoer te brengen. Het actieplan bevat onder andere de volgende actiepunten: Het neutraliseren van het effect van hybride mismatches, voorkomen van verdragsmisbruik, richtlijnen voor verrekenprijzen en beperking van winstdrainage door renteaftrek.

Op Europees niveau heeft de Europese Commissie het anti-ontgaanspakket ontwikkeld, de zogenoemde Anti Tax Avoidance Package.⁷ Het anti-ontgaanspakket bestaat uit maatregelen die zijn bedoeld om (agressieve) tax planning te bestrijden, de transparantie tussen de lidstaten te vergroten en te zorgen voor eerlijke concurrentievoorwaarden op de gemeenschappelijke markt binnen de Europese Unie. Een voorbeeld van een onderdeel van het anti-ontgaanspakket is de wijziging van de Moeder-Dochterrichtlijn per 1 januari 2016 waarmee voorkomen wordt dat bij grensoverschrijdende winstuitdelingen in het geheel geen winstbelasting wordt geheven. Door de belastingwetgevingen van de EU-lidstaten op elkaar af te stemmen wordt krachtadiger en gecoördineerder opgetreden tegen bedrijven die een eerlijke bijdrage aan belastingen proberen te ontlopen door gebruik te maken van verschillen in belastingwetgevingen van de lidstaten. Een onderdeel van het anti-ontgaanspakket is de aangenomen richtlijn *Anti-Tax Avoidance Directive*, hierna ATAD-richtlijn of anti-ontgaansrichtlijn genoemd. Deze richtlijn is voorzien van vijf bepalingen die zijn vormgegeven als minimumstandaarden, inhoudende dat de lidstaten van de Europese Unie de richtlijnbepalingen zwaarder mogen implementeren in de nationale wet dan voorgeschreven.⁸ De bepalingen zijn als volgt: Een renteaftrekbeperking, een exitheffing, een generieke anti-misbruikbepaling, een CFC-bepaling en een bepaling die ziet op kwalificatieconflicten door hybride structuren. Laatst genoemde bepaling is uitgebreid in een tweede richtlijn, de zogenoemde ATAD 2 en heeft nu betrekking op hybride structuren met derde landen. De renteaftrekbeperkingsmaatregel, de CFC-bepaling en de bepaling op kwalificatieconflicten door hybride structuren worden afgeleid uit de anti-BEPS-plannen van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling. Op de exitheffing na dienen de richtlijnbeepalingen al met ingang van 2019 in de EU-lidstaten van kracht te zijn. De exitheffing dient met ingang van 2020 in werking te treden.

Onderzoeksvraag & Opzet

Door de grote aandacht voor BEPS en de implementatietermijn van de richtlijnen ATAD en ATAD 2 is het gepast om de richtlijnen in kaart te brengen en bij deze (enkele) kanttekeningen te plaatsen. Dit met het oog om een oordeel te kunnen vormen of de richtlijnen zoals gesteld agressieve tax planning en daarmee BEPS binnen de Europese Unie effectief zal bestrijden. Daarnaast wordt een onderzoek gedaan naar de invloed van de richtlijnbeepalingen op de fiscale aantrekkelijkheid van Nederland als

⁷ Persbericht van de Europese Commissie van 28 januari 2016, "Billijke belastingheffing: Commissie presenteert nieuwe maatregelen tegen ontwijking van belasting door bedrijven."

⁸ M.F. de Wilde, "Anti Tax Avoidance Package Europese Commissie," *NTFR* 2016/574, p. 1.

vestigingsland. Dit, omdat Nederland momenteel een belangrijke rol heeft op de internationale tax planningskaart en haar rol omwille van economische redenen wilt behouden.⁹

Als gevolg van de bovenstaande staat in deze scriptie de volgende onderzoeksvraag centraal:

“In hoeverre zijn de richtlijnen ATAD en ATAD 2 effectief in de bestrijding van agressieve tax planning en BEPS binnen de EU, en in hoeverre wordt het fiscale vestigingsklimaat van Nederland door deze richtlijnen beïnvloed?”

Er zal aan de hand van deelonderwerpen een antwoord worden gezocht op de bovenstaande onderzoeksvraag. De deelonderwerpen zullen de basis vormen voor de diverse hoofdstukken:

- Wat wordt verstaan onder tax planning en hoe verhoudt zij zich met ethiek binnen de fiscaliteit?
- Wat zijn de recente ontwikkelingen op het gebied van de bestrijding van BEPS?
- Wat is de doel en strekking van de ATAD-richtlijn en ATAD 2 en in hoeverre zijn deze richtlijnen effectief in de bestrijding van BEPS?
- Wat maakt Nederland aantrekkelijk als fiscaal vestigingsland en in hoeverre zal dit beïnvloed worden door de ATAD-richtlijn?

In hoofdstuk 2 wordt het eerste deelonderwerp behandeld waarin een analyse wordt gedaan naar tax planning en de agressieve vorm hiervan. Meer specifiek gaat het erom hoe tax planning zich verhoudt met ethiek binnen de fiscaliteit. De verschijnselen van tax planning, BEPS, zorgen namelijk ervoor dat landen hun belastinggrondslag zien uitgehold worden waardoor ze belastingopbrengsten mislopen. Dit, terwijl belastingplichtigen in het algemeen binnen de kaders van de geldende wet handelen. Aan de hand van dit deelonderwerp wordt een inzicht gegeven wat de kern van discussie is over tax planning door multinationale ondernemingen.

Nadat het eerste deelonderwerp is behandeld wordt in hoofdstuk 3 ingegaan op de recente ontwikkelingen op het gebied van de bestrijding van BEPS. Gezien het grensoverschrijdende karakter van BEPS wordt ingegaan op ontwikkelingen van landen gezamenlijk, zoals de internationale en Europese ontwikkelingen.

In hoofdstuk 4 wordt specifiek ingegaan op de derde deelonderwerp waarin de richtlijnen ATAD en ATAD 2 uitvoerig aan de orde komen. Aan de hand van dit deelonderwerp wordt een inzicht gegeven

⁹ Zie bijvoorbeeld de Nota over de toestand van 's Rijks Financiën van 15 september 2015. Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 300, nr. 1. Hoofdstuk 2.5.

inhoeverre de Europese Commissie zal slagen in haar doelstelling. Met de richtlijnen wordt in het algemeen beoogd om het gemiddelde niveau van bescherming tegen agressieve tax planning binnen de EU te verhogen. Dit wil de Europese Commissie bereiken door bepaalde BEPS-structuren aan te pakken met een richtlijnbevestiging. In hoofdstuk 4 worden de richtlijnbevestigingen dan ook afzonderlijk getoets aan hun afzonderlijke doel.

Tot slot wordt in de hoofdstukken 5 en 6 de vierde deelonderwerp behandeld dat tevens het tweede gedeelte van de onderzoeksvraag omvat. Het doel van dit deelonderwerp is een inzicht te krijgen wat de richtlijn zal betekenen in de strijd om het aantrekkelijk maken van het fiscale vestigingsklimaat van Nederland. Hiervoor wordt eerst besproken wat Nederland aantrekkelijk maakt als vestigingsland. Daarbij zal enkel bepalingen die zien op de vennootschapsbelasting aan bod komen. Tot slot worden deze bepalingen afgezet tegen de bepalingen uit de ATAD-richtlijn om een oordeel te kunnen vellen in hoeverre het fiscale vestigingsklimaat van Nederland wordt beïnvloed.

Aan de hand van de genoemde deelonderwerpen hoop ik tot een inzicht te komen om in hoofdstuk 7 van dit onderhavig scriptie de onderzoeksvraag te beantwoorden.

Afbakening

Met dit onderzoek wordt een algemeen beeld gegeven over de bestrijding van BEPS binnen de EU en de gevolgen voor het fiscale vestigingsklimaat van Nederland. Daarbij wordt enkel rekening gehouden met de vennootschapsbelasting. In deze scriptie wordt gekeken of de richtlijnbevestigingen bepaalde vormen van BEPS zoals omschreven in de préambule van de richtlijnen bestrijden. Er wordt niet specifiek ingegaan op de vormgeving van de wettelijke implementatie van deze richtlijnbevestigingen in de Nederlandse wetgeving. Verder is recent het multilateraal instrument aangenomen door meerdere landen, waaronder ook Nederland. In dit onderzoek wordt dit instrument niet uitgebreid behandeld maar enkel genoemd waar het relevant is. Tot slot, dit onderzoek is afgesloten op 31 mei 2018.

HOOFDSTUK 2 (AGRESSIEVE) TAX PLANNING

2.1 Inleiding

In de media en daarmee onder de burgers is er ophef ontstaan over hoe multinationale ondernemingen omgaan met hun belastingen. Zo heeft de documentaire van het 'Tegenlicht' in 'Duister bankwezen en ongewenste fiscale structuren van multinationals' op de Nederlandse televisie ertoe geleid dat het fiscale gedrag van multinationale ondernemingen hot topic is geworden in de discussie over ethiek binnen de fiscaliteit.¹⁰ Voor bedrijven zijn belastingen bedrijfseconomisch gezien een kostenpost en worden de morele aspecten van belastingen buiten beschouwing gelaten. In dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij de vraag hoe tax planning zich verhoudt met ethiek binnen de fiscaliteit. Dit in het kader van de aangenomen richtlijnen ATAD en ATAD 2 die tax planning binnen de Europese Unie moet bestrijden om zo tot een eerlijke en doeltreffende vennootschapsbelasting binnen de Europese Unie te komen. Om een antwoord te vinden op de hiervoor gestelde vraag wordt in dit hoofdstuk eerst gedefinieerd wat in dit onderzoek verstaan moet worden onder internationale tax planning en de verschijnselen daarvan voorzover dit betrekking heeft op de vennootschapsbelasting. Vervolgens komt aan bod hoe tax planning zich heeft gemanifesteerd. Tot slot wordt de ethische kwestie van belastingen behandeld.

2.2 Definitie Tax planning en de agressieve vorm hiervan

Bedrijfseconomisch gezien zijn belastingen een kostenpost. Voor winstoptimalisatie dienen de kosten geminimaliseerd te worden. Wanneer een fiscale maatregel, genomen door een land tot gevolg heeft dat de gehele belastingdruk van een internationaal bedrijf vermindert, zal waarschijnlijk dat bedrijf haar activiteiten binnen de wettelijke kaders zo inrichten dat hiermee die lagere belastingdruk wordt gerealiseerd. Daarbij kijken de belastingplichtigen in hoeverre zij de gemiddelde effectieve belastingdruk kunnen verlagen. Met de effectieve belastingdruk wordt bedoeld het werkelijk af te dragen belastingbedrag in percentages uitgedrukt van het totale belastbare bedrag. De effectieve belastingdruk kan op twee manieren worden beïnvloed. Enerzijds door de belastinggrondslag en anderzijds door het tarief.

In de regel geldt er geen verbod voor belastingplichtigen om in te spelen op de fiscaliteit. Zij zijn in principe vrij om de meest voordelige fiscale route te kiezen. Zie bijvoorbeeld de arrest van de Hoge Raad op 7 maart 1982, *BNB* 1991/121, waarin de Hoge Raad bevestigt dat belastingplichtigen de vrijheid hebben om te zoeken naar de fiscaal voordeligste route. Het proces rondom die fiscale keuze wordt in onderhavige onderzoek als in de fiscale literatuur aangeduid als 'tax planning'. Gribnau en

¹⁰ VPRO's Tegenlicht van 25 maart 2013: raadpleegbaar via de volgende website:
www.uitzendinggemist.nl/afleveringen/1333415

Hamers definiëren tax planning als *“Het plannen en structureren van de (ondernemings)activiteiten en de juridische vorm waarin deze plaatsvinden om de belastingdruk te verminderen.”*¹¹ Zolang er niet wordt gehandeld in strijd met doel en strekking van de wet zijn belastingplichtigen vrij in hun keuze bij de inrichting van de ondernemingsactiviteiten. Het startpunt van tax planning is het in kaart brengen van de huidige fiscale positie. Om vervolgens tot een gewenste fiscale situatie te komen, lees een lagere wereldwijde belastingdruk, wordt er rekening gehouden met de fiscale aspecten bij het inrichten van bepaalde activiteiten. Tot slot wordt een afweging gedaan van de fiscale positie om de onderneming op een bepaalde wijze te structureren zodat hiermee de gewenste fiscale situatie gerealiseerd wordt. In het vervolg van dit onderzoek wordt dan ook onder tax planning verstaan de fiscale positie zodanig binnen de geldende wettelijke mogelijkheden structureren met als doel een lagere wereldwijde vennootschapsbelastingheffing.

Voor een bedrijf dat enkel in één land opereert is de mogelijkheid tot tax planning beperkter dan voor een bedrijf dat in meerdere landen actief is. Internationaal opererende bedrijven kunnen gebruik maken van verschillen tussen de belastingstelsels van twee of meer landen. Daarbij wordt een vergelijking gemaakt van de belastinggrondslagen en/of tarieven in die landen. Tot slot volgt een afweging van de fiscale constructies waarmee de belastingplichtige voor zijn onderneming in het geheel een lagere belastingheffing realiseert. Die afweging brengt in het algemeen grondslaguitholling en of winstverschuiving met zich. Er is kortweg sprake van grondslaguitholling wanneer belastingplichtigen de te betalen belasting verminderen door de grondslag op enige wijze te verminderen. Van winstverschuiving is sprake wanneer de winsten worden verplaatst naar laag belastende landen en de kosten naar hoog belastende landen. De effectieve belastingdruk wordt in beide gevallen beïnvloed. In de internationale fiscale wereld staat het uithollen van de belastinggrondslag en winstverschuiving-fenomeen bekend als BEPS; Base Erosion and Profit Shifting.

Een belastingplichtige die optimaal gebruikt maakt van de wettelijke mogelijkheden om zijn belastingheffing volstrekt te minimaliseren wordt snel geconfronteerd met het zijn van een agressieve tax planner.¹² De OESO heeft een zeer actieve houding in de discussies over tax planning en omschrijft een agressieve vorm van tax planning als volgt : *“(…) governments lose substantial corporate tax revenue because of international tax planning that has the effect of artificially shifting profits to locations where they are subject to a more favourable tax treatment.”*¹³

¹¹ J.L.M. Gribnau & R. Hamers, ‘Tax Planning: spel met regels dat om ethisch houvast vraagt’, *WFR* 2011/154 p.2.

¹² J.L.M. Gribnau, ‘Ethische aspecten van tax planning’, *Ars Aequi* vol.63(3), maart 2014. Paragraaf 3.

¹³ OECD, Declaration on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, 2013. p.2.

Uit deze omschrijving leid ik af dat het ‘kunstmatig’ verschuiven van winsten als agressief wordt beschouwd. Daarbij komt de vraag op wanneer wanneer het verschuiven van winsten als kunstmatig is te beschouwen, doet dit zich bijvoorbeeld voor wanneer er totaal geen bedrijfseconomische betekenis mee gemoeid is? In een ander verschenen rapport van de OESO geeft OESO de volgende omschrijving: *“Planning involving a tax position that is tenable but has unintended and unexpected tax revenue consequences. Taking a tax position that is favorable to the taxpayer without openly disclosing that there is uncertainty whether significant matters in the tax return accord with the law.”*¹⁴

In deze omschrijving wordt handelen in strijd met de geest van de wet als voorwaarde voor agressieve tax planning gezien. Volgens Sahin kan agressieve tax planning gezien worden als belastingontwijking die valt binnen de kaders van de wettelijke belastingregeling maar niet voldoet aan de geest van de wet.¹⁵ Volgens Happé is de geest van de wet ruimer dan doel en strekking van de wet en gaat het erom datgene wat de wetgever en de samenleving bij het opstellen van een bepaalde wet voor ogen had.¹⁶ In andere woorden, in geval de wetgever bij het opstellen van een bepaalde wet op de hoogte was van de onwenselijke gevolgen van die wet dan zou hij de desbetreffende wet hebben aangepast. Daarbij onderscheidt Happé fiscaal agressief gedrag in drie vormen.¹⁷ De eerste vorm is een *fraus legis* gedrag. Zolang het structuur aan de letter van de wet voldoet is het geoorloofd. De tweede vorm is het gebruik van tax havens door ondernemingen. Het doel hiervan is het effectueren van de aftrekposten in landen met relatief hoge belastingtarieven en opbrengsten in landen met relatief lage belastingtarieven. Tot slot, internationale belastingarbitrage waarbij dispariteiten in nationale belastingwetgevingen en mismatches tussen verschillende belastingverdragen en niet toereikende OESO-richtlijnen als hoofdrol dienen. Er wordt in alle gevallen actief gezocht naar wettelijke mogelijkheden om de effectieve belastingdruk te minimaliseren.

De Europese Commissie is duidelijk wat betreft het omschrijven van agressieve tax planning. Zie bijvoorbeeld de aanbeveling van de Europese Commissie op 6 december 2012 waarin agressieve tax planning als volgt wordt omschreven: *“Aggressive tax planning consists in taking advantage of the technicalities of a tax system or of mismatches between two or more tax systems for the purpose of reducing tax liability. Aggressive tax planning can take a multitude of forms. Its consequences include*

¹⁴ OECD, Co-operative Compliance: A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance, OECD Publishing, 2013. p. 48.

¹⁵ L.G.C. Sahin, ‘Agressieve taxplanning’, *JutD* 2013/10 en R.A. de Boer & M.F. Nouwen, ‘Europees geschat tegen belastingparadijzen en agressieve fiscale planning. Het vizier staat nog niet scherp’, *WFR* 2013/34.

¹⁶ R.H. Happé, ‘Belastingethiek: een kwestie van *fair share* (pre advies)’, in: R.H. Happé & J.L.M. Gribnau, *Belastingen en ethiek*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, No. 243, Deventer: Kluwer 2011. p. 23.

¹⁷ R.H. Happé, ‘Belastingethiek: een kwestie van *fair share* (pre advies)’, in: R.H. Happé & J.L.M. Gribnau, *Belastingen en ethiek*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, No. 243, Deventer: Kluwer 2011. p.24.

*double deductions (e.g. the same loss is deducted both in the state of source and residence) and double non-taxation (e.g. income which is not taxed in the source state is exempt in the state of residence)."*¹⁸

In geval de letterlijke vertaling wordt gevolgd verstaat de Europese Commissie onder agressieve tax planning 'het gebruik maken van de technische details van een belastingstelsel of van verschillen tussen twee of meer belastingstelsels met als doel de belastingdruk te verminderen. Het gaat er voornamelijk om dat er wordt geprobeerd situaties te creëren waarin sprake is van dubbele aftrek of dubbele non-heffing'. Uit deze omschrijving wordt afgeleid dat het structureren van de fiscale positie in meerdere landen om teneinde de wereldwijde belastingdruk te verminderen een meer agressief karakter vertoont. Binnen één land zijn de mogelijkheden hiervoor beperkt, omdat er sprake is van één belastingstelsel. Pas wanneer de grenzen worden overschreden worden de mogelijkheden om de belastingheffing te beïnvloeden groter. In internationale situaties bieden verschillen tussen verschillende belastingstelsels en de gesloten belastingverdragen namelijk mogelijkheden om de belastingheffing te minimaliseren dan wel achterwege te laten.

Het is lastig om een onderscheid te maken tussen tax planning en de agressieve vorm hiervan. In beide gevallen wordt de fiscale positie van de belastingplichtige in kaart gebracht om vervolgens de activiteiten op een zodanige wijze in te richten dat daarmee de gewenste fiscale positie wordt bereikt.



Tax planning kan in de categorie van belastingontwijking geplaatst worden. Belastingontwijking is een term die gebruikt wordt voor het uitstellen en of het verlagen van de belastingdruk met behulp van

¹⁸ Zie de aanbeveling van de Europese commissie van 6 december 2012 over agressieve tax planning, C(2012) 8806 final overweging (2), p.2.

bijvoorbeeld de wereldwijde gesloten belastingverdragen en de internationale wetgeving zonder daarbij een strafbare handeling te verrichten.¹⁹ Zolang belastingplichtigen zich houden aan de betrokken wetgeving en de daarbij behorende jurisprudentie is er juridisch geen bezwaar tegen de gekozen fiscale constructie.²⁰ Wanneer een belastingplichtige echter grensoverschrijdende constructies opzet om de belastingheffing te ontlopen heeft dit een meer agressief karakter. Het opzoeken en opzetten van die fiscale constructies, zoals mismatchessituaties waarmee dubbele aftrek of non-heffing wordt gerealiseerd, met als doel enkel het behalen van een belastingvoordeel zonder enige bedrijfseconomische betekenis vertoont naar mijn mening dus een agressief gedrag.

2.3 Vererping taxplanning en de rol van overheden daarin

Tax planning en de agressieve vorm hiervan kan dus BEPS tot gevolg hebben. Tax planning en BEPS zijn niets nieuws. Het is alleen verergerd doordat globalisering is toegenomen. De OESO definieert globalisatie als toename van de internationalisatie van de markten voor zowel goederen als diensten.²¹ Begin 20^e eeuw waren de economieën ten opzichte van nu minder geïntegreerd. De opties voor ondernemingen waren veel beperkter dan nu het geval is. Toendertijd hadden ondernemingen lokale werknemers en consumenten nodig. Na de Tweede Wereldoorlog is de internationale mobiliteit van personen, goederen, diensten en kapitaal op gang gekomen. Daar heeft aan bijgedragen dat verschillende grensoverschrijdende belemmeringen zijn afgeschaft of beperkt en de innovaties op het gebied van techniek enorm zijn gegroeid.²² Denk bijvoorbeeld aan het gebruik van internet. Door op een knop te drukken kan een banksaldo in een fractie van seconde overgeboekt worden naar een andere bankrekening elders in het buitenland of belegd worden in aandelen van een vennootschap die in het buitenland zit. Het mobieler worden van economische activiteiten heeft op zijn beurt een positieve bijdrage gehad aan een efficiëntere allocatie van productiefactoren, verlaging van de kapitaal- en transportkosten en voor een grotere informatie- en kennisuitwisseling.²³ Door de interactie tussen economieën zijn ondernemingen tegenwoordig niet meer gebonden aan een bepaald gebied of land.²⁴ Hierdoor zijn ook internationale structuren toegenomen die erop gericht zijn om winsten te maximaliseren dan wel de kosten te minimaliseren, aldus OESO.²⁵

¹⁹ P.F.E.M. Merks, 'Belastingontduiking, -ontwijking en planning (deel 1)', *MBB* 2006/09, p. 2.

²⁰ Zie R.E.C.M. Niessen, 'Wat is er mis met fiscale grensverkenning', *WFR* 2005/1473.

²¹ Eurostat, IMF, OECD, UN, UNCTAD, WTO. (2002). *Manual on statistics of international trade in services. Department of economic and social affairs, statistics division*, p. 170.

²² Kiegebeld, B. (2004). *Harmful Tax Competition in the European Union*. Kluwer. p. 3.

²³ Tanzi, V., *The Impact of Economic Globalization on Taxation*, *IBFD Bulletin*, 1998-8/9, p. 338.

²⁴ M. Nieuweboer, 'Tax avoidance in a global economy', in: *Ongewenste belastingontwijking? De jacht naar een fair share*. 2011. p.85.

²⁵ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013. p. 7-11.

Globalisering is met name binnen Europa door het oprichten van de Europese Unie enorm toegenomen. De Europese Unie is opgericht met het doel om een gemeenschappelijke interne markt te bewerkstelligen. Om daad bij woord te voegen is afgesproken dat grensoverschrijdende belemmeringen en discriminerende regelingen in beginsel in strijd zijn met het Europees recht. Door de werking van de vrijheden uit het Verdrag VwEU²⁶ zijn verschillende grensoverschrijdende belemmeringen afgeschaft of gewijzigd. Hierdoor is het voor de onderdanen van de EU eenvoudiger geworden om zich binnen de Unie te verplaatsen. Dit geldt ook voor de ondernemingsactiviteiten van die onderdanen. Om een gemeenschappelijke interne markt te bewerkstelligen is tussen de lidstaten van de EU op verschillende gebieden een verdergaande samenwerking tot stand gekomen. Voorbeelden hiervan zijn een gemeenschappelijk handelsbeleid, douanebeleid, landbouwbeleid en milieubeleid. Op het gebied van de fiscaliteit en dan met name de vennootschapsbelasting is er in beperkte mate een verdergaande samenwerking bereikt. Dit heeft te maken met het feit dat voor Europese fiscale regelingen de unanimiteitseis van toepassing is waar de fiscale autonomie-gedachte van de lidstaten ten grondslag aan ligt.²⁷ De eis van unanimiteit houdt in dat alle lidstaten moeten instemmen met een voorgestelde fiscale regeling wil men die regeling inwerking laten treden. Ten grondslag aan de unanimiteitseis ligt het feit dat belastingheffing een belangrijk element vormt van de nationale soevereiniteit.²⁸ De belastinginkomsten geven nationale overheden namelijk de financiële middelen die zij nodig hebben om te kunnen functioneren. Om deze reden proberen de lidstaten van de EU hun belastingstelsel zoveel mogelijk te handhaven.

Gezien dat economische activiteiten mobieler zijn geworden en de verschillende belastingstelsels in beperkte mate op elkaar zijn afgestemd kan voor een onderneming aantrekkelijk zijn om de fiscale positie anders te organiseren. Dit is van belang voor de ondernemingscontinuering, omdat belastingen bedrijfseconomisch gezien ondernemingskosten zijn. Om die kosten te drukken is het noodzakelijk kosteneliminerende strategieën te volgen. Door verschillen tussen belastingstelsels kunnen belastingplichtigen hun activiteiten geografisch zo aanwenden dat hiermee een lagere belastingdruk voor de onderneming in zijn geheel wordt gerealiseerd. Nationale overheden vervullen daarin een belangrijke rol. Naast de financieringsbehoefte dienen belastingen als een instrument in diverse beleidsplannen. De vennootschapsbelasting is een voorbeeld waarmee zowel de staatskas wordt gevuld als gebruik wordt gemaakt in de strijd om de aantrekkelijkheid van het fiscale vestigingsklimaat.

²⁶ Het Verdrag VwEU is voorzien van de volgende vrijheden: Vrij verkeer van goederen (art. 28 VwEU), werknemers (art. 45 VwEU), diensten (art. 56 VwEU), kapitaal (art. 63 VwEU) en de vrijheid van vestiging (art. 49 VwEU).

²⁷ Artikel 115 VwEU.

²⁸ L. Berentsen, 'Hoog tijd voor Europese winstbelasting', Financieel Dagblad, 29 september 2016. Raadpleegbaar via de volgende website: <https://fd.nl/economie-politiek/1169477/hoog-tijd-voor-europese-winstbelasting>

Een aantrekkelijk vestigingsklimaat is van belang voor het aantrekken van buitenlandse investeerders en om de eigen investeerders te behouden. Dit om de economie te stimuleren en te zorgen voor werkgelegenheid.²⁹ Door fiscale faciliteiten aan te bieden die voordelig uitpakken voor (bepaalde) belastingplichtigen wordt bewerkstelligd dat het desbetreffende land fiscaal aantrekkelijker wordt zodat de aldaar gevestigde belastingplichtigen hun concurrentiepositie zien versterken ten opzichte van de elders gevestigde belastingplichtigen. In dit verband gaat het voornamelijk om het aanbieden van fiscale regelingen aan grensoverschrijdende economische activiteiten die weinig substantiële fysieke aanwezigheid in de heffingsjurisdictie verlangt.³⁰ In het algemeen zijn die maatregelen erop gericht om de effectieve gemiddelde belastingtarief te verlagen. Uit een onderzoek blijkt dat onderlinge verschillen in gehanteerde effectieve gemiddelde belastingtarieven³¹ van verschillende landen, invloed hebben op de investeringslocatiebeslissingen van multinationale ondernemingen.³² Investeerders zullen hierop inspelen door hun productiefactoren aan te wenden in het land met het lagere effectieve gemiddelde belastingtarief. Er zal in die landen dan belasting betaald worden wat geacht wordt een extra stimulerende werking te hebben op de economie van dat land. Vervolgens reageren andere landen hierop door hetzelfde te doen als de andere landen om de ingezeten belastingplichtigen niet te verliezen en om niet-ingezeten ondernemingen aan te trekken, hetgeen leidt tot wedloop aan belastingmaatregelen tussen landen. Een voorbeeld hiervan is de verlaging van de statutaire tarieven in de EU. Hieronder is een grafiek afgebeeld van het Centraal Planbureau waarin is te zien dat de tarieven binnen de EU zijn gedaald: ³³

²⁹ De Wilde, M.F. 'Belastingconcurrentie binnen de EU-Is de CCCTB de oplossing?' *Maandblad Belastingbeschouwingen* 83(2). p. 3.

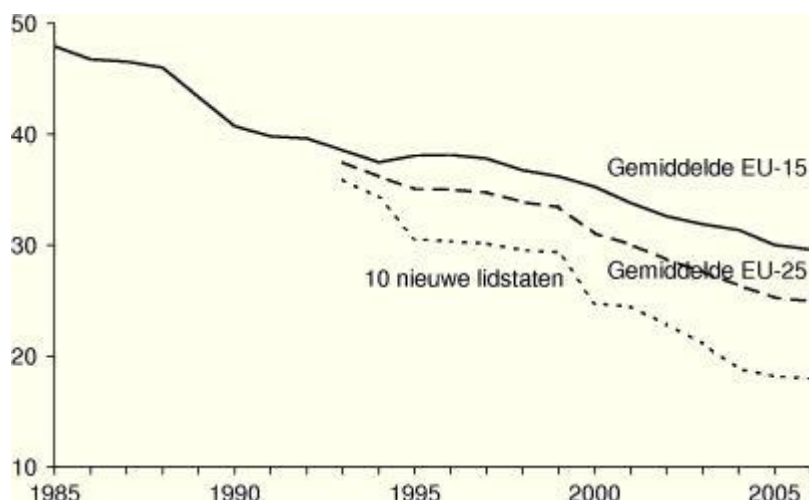
³⁰ De Wilde, M.F. 'Belastingconcurrentie binnen de EU-Is de CCCTB de oplossing?' *Maandblad Belastingbeschouwingen* 83(2). p. 5.

³¹ Effectieve gemiddelde belastingtarieven worden berekend door de te betalen belasting (teller) te delen door de belastbare winst (noemer).

³² Van der Ploeg, R. Vermeend, W., Timmer, J.W. *Taxes and the Economy; a Survey on the Impact of Taxes on Growth, Employment, Investment, Consumption and the Environment*, Edward Elgar, UK, 2008, blz. 73. Zie ook: De Wilde, M.F. 'Belastingconcurrentie binnen de EU-Is de CCCTB de oplossing?' *Maandblad Belastingbeschouwingen* 83(2). p. 4.

³³ Het Centraal Planbureau. Raadpleegbaar via de volgende website:

<http://www.cpb.nl/persbericht/328866/belastingconcurrentie-bedreigt-ook-inkomstenbelasting-europa>



De y-as vertegenwoordigt de hoogte van de tarieven in de verschillende lidstaten. Rond jaren '85 was het gemiddelde tarief in de EU 48%, nu ligt het onder de 30%. Neem Nederland, sinds 1995 is het vennootschapsbelastingtarief met 10 procentpunten gedaald naar 25%.^{34/35} In de fiscale literatuur wordt de tariefsverlagingen in de EU aangeduid als de *race to the bottom*.³⁶ Recent heeft Staatssecretaris Wiebes aangegeven dat het tarief van de vennootschapsbelasting verder te willen verlagen zodat dit meer in overeenstemming is met de andere lidstaten van de EU.³⁷ Volgens Wiebes is dit van belang om aantrekkelijk te blijven als fiscaal vestigingsland. Daarnaast is de hoogte van de belastingvrije som en de lengte van de tariefschrijven bepalend voor de beïnvloeding van de effectieve belastingdruk. Deze hebben invloed in welke mate het toptarief bereikt wordt. Wanneer het toptarief in verschillende landen gelijk is kan de situatie ontstaan dat de gemiddelde belastingdruk in de verschillende landen van elkaar verschillen.

Naast het statutaire tarief heeft de belastinggrondslag invloed op het effectieve tarief. Zo kunnen er fiscale maatregelen genomen worden die erop gericht zijn de belastiggrondslag te beperken. Voorbeelden hiervan zijn een vrijstelling en of een aftrekpost. Zie de investeringsfaciliteiten in het Nederlandse belastingstelsel zoals de investeringsaftrek³⁸ en de innovatiebox³⁹. De toepassing van de investeringsaftrek zorgt ervoor dat de winst van de belastingplichtige lager wordt en dus de desbetreffende belastingplichtige minder belasting hoeft te betalen. De innovatiebox is een regeling

³⁴ Zie de volgende link van de Ministerie van Financiën voor de vennootschapsbelastingtarieven van de EU-lidstaten: <https://www.expatax.nl/Documents/corporate%20tax%20rates%20EU.pdf>

³⁵ Momenteel is 25% het toptarief in de vennootschapsbelasting. Tot een belastbaar bedrag van 200.000 euro wordt er geheven tegen 20%.

³⁶ Kam, C.A. de (1999). Belastingconcurrentie. *Openbare uitgaven: zin en omvang van de overheidsuitgaven*, 31, (1). p. 6.

³⁷ Zie: <https://www.rendement.nl/nieuws/id18170-verlaging-vpb-tarief-op-komst.html>

³⁸ Artikel 8 Wet VPB 1969 jo. artikel 3.40 Wet IB 2001.

³⁹ Artikel 12b Wet VPB 1969.

voor vennootschapsbelastingplichtige ondernemers om innovatie te stimuleren. Kortweg houdt deze regeling in dat winsten en verliezen uit immateriële activa waarop een octrooi of een S&O-verklaring is afgegeven worden belast tegen een effectief tarief van 5%. De toepassing van de innovatiebox betekent voor een belastingplichtige dat zijn gehele belastingheffing wordt verminderd. De toepassing van dergelijke fiscale regelingen waarmee bepaalde feiten buiten de belastinggrondslag valt kan dus meebepalen in de keuze van een belastingplichtige om wel of niet te investeren in dat desbetreffende land. De nationale overheden hebben dus een belangrijke rol als belastingwetgever. Er is sprake van een *tax law market*, hetgeen inhoudt dat enerzijds de nationale overheden op de markt ten gunste van belastingplichtigen fiscale faciliteiten aanbieden en anderzijds diezelfde overheden deze markt bewaken door eenzijdig en steeds vaker een maatregel te treffen tegen misbruik van de wetten.⁴⁰ Landen nemen bijvoorbeeld anti-misbruikmaatregelen om de binnenlandse grondslag te beschermen.⁴¹ Dergelijke maatregelen zijn echter beperkt aanneembaar. Dit vanwege het feit dat de toepassing hiervan het effectieve gemiddelde belastingtarief kan verhogen wat een negatieve invloed heeft op het fiscale vestigingsklimaat. De bespreking hiervan volgt in hoofdstuk 7.

2.4 Ethiek binnen de fiscaliteit

De economische en de financiële crisis rond het jaar 2008 hebben als een stimulator gediend in de discussie over ethiek binnen de fiscaliteit. De verschillende belastingpraktijken van Starbucks, Google, Amazone e.a.⁴² hebben een impuls gegeven aan die discussie.⁴³ Centraal in de hiervoor aangehaalde discussie staat dat multinationale ondernemingen door middel van bepaalde grensoverschrijdende fiscale constructies hun wereldwijde belastingdruk verminderen. Hierdoor lopen landen gezamenlijk belastinginkomsten mis waardoor de belastingdruk komt te liggen bij andere belastingplichtigen die de overheidsuitgaven moeten bekostigen. Bij het volgen van de fiscale constructies om de belastingheffing te drukken wordt niet tegen de geldende belastingwet in gehandeld. De publieke opinie lijkt helemaal niet onder de indruk te zijn van het argument dat dergelijke structuren fiscaal legaal zijn.⁴⁴ Het verwijt is dat een dergelijke structuur niet moreel verantwoord is.⁴⁵ Dit, omdat het betalen van belastingen wordt beschouwd als een maatschappelijke en morele verplichting waarmee

⁴⁰ J.L.M. Gribnau, 'Ethische aspecten van tax planning', *Ars Aequi* vol.63(3), maart 2014. Paragraaf 4.1.

⁴¹ Artikel 17, derde lid, onderdeel b Wet VPB 1969 is hier een voorbeeld van.

⁴² Trouw, 'Enron, Wordcom en nu ook Ahold?', *Trouw* 25 februari 2003.

⁴³ J.L. M Gribnau, 'Fair share en tax planning: Een moeilijk maar noodzakelijk debat', in P. Kavelaars (editor), *Ongewenste belastingontwijking? De jacht naar een fair share*. p. 38.

⁴⁴ J.L. M Gribnau, 'Fair share en tax planning: Een moeilijk maar noodzakelijk debat', in P. Kavelaars (editor), *Ongewenste belastingontwijking? De jacht naar een fair share*. p. 35.

⁴⁵ F.A. Engelen, 'De lotgevallen van Starbucks, Amazon en Google', *NTFR* 2013/158, p. 1.

solidariteit en samenwerking tussen belastingplichtigen onderling wordt gewaarborgd.⁴⁶ Het moeilijke aan deze discussie is dus dat legaliteit en moraliteit tegenover elkaar staan.



Legaliteit is het juridische aspect van tax planning die de vraag omvat of een bepaalde belastingconstructie binnen de grenzen van de betrokken fiscale wetgeving valt. De belastingwetgever zorgt voor de fiscale wet- en regelgeving waarmee de omvang van de belastingheffing wordt bepaald. Moraliteit is het ethische aspect dat de vraag omvat of een fiscale constructie wel ethisch aanvaardbaar is. Het ethische aspect gaat over normen en waarden die uitsteken boven de wet.⁴⁸ Het is een ethische norm die stelt dat een ieder in een samenleving zijn deel dient bij te dragen aan die samenleving voor een rechtvaardig systeem, de zogenoemde *fair share*-plicht met betrekking tot het algemeen belang van die samenleving. Het is een morele verontwaardiging in geval iemand zijn deel niet bijdraagt en is begrijpelijk dat diegene dan het mikpunt wordt van de publieke verontwaardiging. Diegene wordt gezien als een *free rider*. Happé omschrijft free riders als degenen die zich aan hun financiële bijdrage, hun fair share onttrekken terwijl zij niet kunnen worden uitgesloten van voordelen van de publieke goederen.⁴⁹

Volgens Gribnau is er een omslagpunt waar fiscaal legaal handelen niet meer legitiem is en sluit zich aan bij De Kam⁵⁰ dat de gedachte dat alles wat fiscaal juridisch toelaatbaar is aan herrijking toe is.⁵¹ Volgens beide schrijvers moet er een morele grens zijn aan het dienen van het eigen belang. Het

⁴⁶ N.G.H. Speet, 'Multinationals en agressieve tax planning', *NTFR* 2011/1072, p. 3.

⁴⁷ https://www.google.nl/search?biw=1366&bih=613&tbm=isch&sa=1&ei=7VU-W9S-KYWbU5eAtvAH&q=tax+planning&oq=tax+planning&gs_l=img..3..0i19k1l10.42268.43775.0.44520.12.10.0.2.2.0.89.488.7.7.0....0...1c.1.64.img..3.9.493...0j0i10i19k1.0.zp_uSji8KSs#imgsrc=LRCvobD9R3vOMM:

⁴⁸ J.A.G. van der Geld, 'Ethiek en multinationale ondernemingen', in: J.L.M. Gribnau e.a., *Principieel belastingrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 51.

⁴⁹ R.H. Happé, 'Belastingrecht en de geest van de wet. Een pleidooi voor een beginsel-benadering in de wetgeving', Tilburg: Tilburg University 2011, p. 8.

⁵⁰ K.P. Goudswaard, 'Promotie mr. C.A. de Kam', *WFR* 1988/5845, p. 1496, 1498.

⁵¹ J.L.M. Gribnau, 'Ethische aspecten van tax planning', *Ars Aequi* vol.63(3), maart 2014. Paragraaf 3.

gebruik van de belastingregel- en wetgeving laat verschillende keuzes toe waarbij een bepaald gebruik gevolgen heeft voor de verdeling van de lasten over een ieder die deel uitmaakt van de samenleving. Wanneer een multinationale onderneming met behulp van een dergelijke constructie haar belastingdruk in een bepaald land vermindert wordt er als gevolg daarvan een beperktere bijdrage geleverd aan die maatschappij. Dit betekent een oneerlijke verdeling van de belastingdruk, immers de sterkste schouders dragen niet langer meer de zwaarste lasten. De burgers zullen als gevolg hiervan een hogere bijdrage moeten leveren aan bijvoorbeeld de gezondheidszorg en de infrastructuur. Om deze reden wordt het opzetten van bepaalde fiscale constructies als niet etisch beschouwd.⁵² Vanuit de samenleving wordt dan ook verwacht dat multinationale ondernemingen ook hun fair share bijdragen.⁵³ De term fair share is echter niet gedefinieerd in de wet. Het is een vage norm die niet juridisch afdwingbaar is. Bakker merkt op dat het van belang is om aan fair share een eenduidige betekenis te geven.⁵⁴ Ik acht de definiering van een eenuidige betekenis ook van belang, omdat de belanghebbenden een verschillende invulling aan fair share geven en hierdoor eindeloze discussies ontstaan. Zo wordt fair share vanuit de overheid, de samenleving en belastingplichtigen anders uitgelegd. Overheden zien belastingen als een inkomstenbron en willen dat alle economische activiteiten die ontplooid worden in hun belastingjurisdictie ook daar belast worden. Een belastingplichtige verstaat in het algemeen onder fair share de te betalen belasting die zij wettelijk is verschuldigd door de gehanteerde belastingwetgevingen van overheden waarin de desbetreffende onderneming actief is. Tegelijkertijd probeert de belastingplichtige zijn belastingschuld binnen de kaders van de wet te minimaliseren. Daar komt bij dat multinationals in het algemeen een directe band missen met landen waarin zij actief zijn. De afdracht van belasting vindt plaats in verschillende landen en over verschillende entiteiten. Derhalve ontbreekt een direct verband voor multinationale ondernemingen tussen het voordeel dat zij in een land ontvangen en de winst die een multinationale onderneming in zijn geheel behaalt. Hierdoor worden belastingen enkel beschouwd als een kostenpost en niet als een moreel fenomeen. Het lijkt mij ook niet realistisch dat een multinationale onderneming binnen elke samenleving waarin actief ondernomen wordt gaat afwegen of er wordt voldaan aan de ethische normen van elke samenleving.

Gribnau merkt op dat de definiering en vastlegging van een fiscale fair share in het rechtssysteem tekort zal schieten vanwege de fiscale stelsels onvermijdelijk imperfect zijn. Vooral wanneer het gaat

⁵² J.L.M. Gribnau, 'Ethische aspecten van tax planning', *Ars Aequi* vol.63(3), maart 2014. Paragraaf 3.

⁵³ De opmerking verdient dat fair share niet louter bestaat uit de vennootschapsbelasting maar uit iedere vorm van wetgeving die zorgt voor het innen van geld om de overheidsuitgaven mee te financieren. Het gaat er in dit kader om dat er een wetgeving wordt opgesteld waaraan een ieder burger/rechtspersoon moet voldoen.

⁵⁴ H.K.C. Bakker, 'Fair share: wat moet ik er mee?', in: *Met oog voor detail* (liber amicorum mr. J.W. van den Berge), Sdu Uitgevers, Den Haag 2013, p. 29-34.

om het internationaal belastingrecht zullen er altijd wel onduidelijkheden en lacunes ontstaan.⁵⁵ Om deze reden dient de wetgever zoals Bijl en Van der Geld opmerken het doel van de wettelijke regeling duidelijker onder woorden moeten brengen.⁵⁶ Dit zal met zich meebrengen dat zowel de belastingdienst als belastingplichtigen een helder beeld krijgen van de bedoeling van bepaalde wetgeving waardoor belastingplichtigen bewuster worden. Ik acht het belang van een eenduidige definitie ook van belang zodat belastingplichtigen zich niet kunnen verschuilen achter het argument dat de opgezette fiscale constructies legaal zijn. Wel ben ik van mening dat alleen belastingplichtigen het mikpunt worden in de discussies over ethiek binnen de fiscaliteit. Mijns inziens moeten nationale overheden ook betrokken worden in die discussies. Zij zijn namelijk verantwoordelijk voor het opstellen en handhaven van wet- en regelgeving. In een democratische land is de belastingwetgever degene die bepaalt wat belastingplichtigen als fair share moeten bijdragen. De belastingwet verdeelt daarbij de belastingdruk over een ieder van de samenleving. De wettelijke verdeling van de belastingdruk is de fiscale fair share en de wettelijke leidraad voor het handelen van belastingplichtigen.

Wanneer een multinational binnen de kaders van de wet gebruikt maakt van mazen in de wetten en verschillen tussen belastingstelsels om zijn belastingdruk te verminderen dan moeten nationale overheden de mazen en verschillen tussen de belastingstelsels gezamenlijk elimineren. De landen zouden samen moeten werken om fiscaal agressief gedrag op het internationaal niveau te voorkomen. Er is echter te zien dat landen agressief gedrag stimuleren door fiscale maatregelen te treffen om bedrijvigheid aan te trekken. Belastingplichtigen horen zich uiteraard te gedragen naar de geldende wet- en regelgeving, met inachtneming dat zij het fiscaal voordeligste route mogen kiezen. Maar het is en blijft de taak van overheden om wet- en regelgeving vast te stellen waaraan iedere deelnemer van de samenleving zich moet houden.

Het is wel te zien dat multinationale ondernemingen meer aandacht beginnen te schenken aan het etische aspect. Een mogelijke slechte reputatie in het oog van het volk kan namelijk enorme gevolgen hebben. Het koffieketen Starbucks is daar een voorbeeld van. De verontwaardiging rond de belastingontwikingspraktijk van Starbucks heeft in Groot-Britannië geleidt tot veel protestacties tegen zowel de overheid als het koffieketen zelf. Door gebruik te maken van social media was het protest enorm gegroeid. De koffieketen leed hierdoor veel reputatieschade. Door de groeiende verontwaardiging en de ontstane protestacties waaronder een boycot van de Starbucksproducten,

⁵⁵ J.L. M Gribnau, *'Fair share en tax planning: Een moeilijk maar noodzakelijk debat'*, in P. Kavelaars (editor), *Ongewenste belastingontwijking? De jacht naar een fair share*. p. 40.

⁵⁶ D.B. Bijl & J.A.G. van der Geld, *'Overkill in fiscale wet- en regelgeving'* (Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 237), Deventer: Kluwer 2009. p. 16 e.v.

heeft Starbucks de toezegging gedaan dat het bedrijf in het vervolg meer aan winstbelasting zal afdragen. Dit is opmerkelijk, de koffieketen verricht in principe geen strafbare handelingen maar besluit als gevolg van de grote ophef van het publiek om 'vrijwillig' belasting in de vorm van een gift te betalen. Hier speelt dus de morele en ethische kwestie van belastingen een belangrijke rol. De publieke ophef tegen de ondernemingen vind ik echter niet helemaal terecht. Hiervoor is besproken dat tax planning een reactie is op wetgeving. Overheden zijn verantwoordelijk voor het maken van wetten en in het kader van het aantrekkelijker maken van het vestigingsklimaat wijzigen of passen overheden hun wetten aan waarop de ondernemingen hierop inspelen. Waarom zou men dan voor een 'dure' fiscale constructie gaan in geval het goedkoper kan?

Omdat dat fair share geen juridische term is die de hoogte van de belastingschuld bepaalt kan terecht de vraag gesteld worden wanneer er wel sprake is van een fair share-bijdrage. Aan de hand van belastingwetgeving wordt de hoogte van de wettelijke verschuldigde belastingheffing bepaald. Wanneer bij het opstellen van de wet ruimte ontstaat waarmee door belastingplichtigen voordeel gehaald wordt zie ik hier niets verkeerd in. Het is aan de nationale autoriteiten zelf om die ruimtes te elimineren. Hierdoor ben ik van mening dat de wetgever duidelijkheid moet creëren wat hij ziet als een minimumbijdrage die fair is. Een voorbeeld hiervan is de alternatieve minimumbelasting. Enkele jaren geleden hebben 'Vording en Boer', beide hoogleraar belastingrecht aan de Universiteit Leiden, de alternatieve minimumbelasting in de vennootschapsbelasting uitgewerkt.⁵⁷ De alternatieve minimumbelasting heeft kenmerken van fictiebepalingen en moet ervoor zorgen dat juridisch voldaan wordt aan de fair share-plicht. De alternatieve minimumbelasting hanteert een belastinggrondslag bestaande uit de zichtbare karakteristieken van de onderneming, zoals de materiële vaste activa, binnenlandse omzet en loonkosten. Een belastingplichtige hoort naast zijn winst ook de waarde van de zichtbare karakteristieken aan te geven. In geval de verschuldigde belasting gebaseerd op de alternatieve minimumbelasting hoger is dan de verschuldigde belasting die volgt uit de reguliere vennootschapsbelasting, dan wordt er een aanslag opgelegd die gebaseerd is op de alternatieve minimumbelasting. Volgens de auteurs worden de belastingen met dit systeem eerlijker en transparanter voldaan.

De voorgestelde minimumbelasting blijkt volgens Vording en Boer een ideale belastingheffing voor multinationale ondernemingen te zijn, echter mijns inziens niet haalbaar. Om dit systeem in het belastingrecht te hanteren moet het gehele bestaande vennootschapsbelasting omgegooid worden. Ook zal de manier van belastingheffing veranderen wat gevolg heeft voor zowel de rechtszekerheid als

⁵⁷ H. Vording en J.P. Boer, 'Fair share': naar een alternatieve minimumbelasting in de VPB?, WFR 2013/1435, 26 november 2013.

de zorgvuldigheid, de fiscale positie van Nederland en dienen vele belastingverdragen gewijzigd moeten worden.

2.5 Bestrijding tax planning; een wereldwijde regelgeving?

Hetgeen hierboven is besproken laat zien dat (agressieve) tax planning binnen de kaders van de wettelijke mogelijkheden valt en dus daarmee juridisch legaal is. Zie de arrest van de Hoge Raad op 7 maart 1982, *BNB* 1991/121, waarin de Hoge Raad bevestigt dat belastingplichtigen de vrijheid hebben om te zoeken naar de fiscaal voordeligste route. Dit uitgangspunt geldt volgens A-G Geelhoed ook in Europees verband.⁵⁸ Het is onder andere om deze reden niet eenvoudig een maatregel te treffen waarmee het jacht naar de meest voordelige fiscale route dat BEPS als gevolg heeft wordt bestreden. Als dé oplossing voor dit BEPS-fenomeen lijkt te zijn dat alle fiscale stelsels op elkaar moeten aansluiten dan wel een gelijklopende regelgeving moet gelden in alle landen. Want zoals het hiervoor is besproken is BEPS mogelijk doordat belastingplichtigen inspelen op de verschillen tussen de vennootschapsbelastingstelsels van landen die niet op elkaar zijn afgestemd. Volgens Kavelaars is echter een gelijklopende regelgeving op internationaal niveau lastig. Hij draagt hiervoor een drietal redenen aan.⁵⁹ De eerste reden is dat het onduidelijk is wat precies verstaan moet worden onder niet toegestane (agressieve) tax planning. Immers, er is geen consensus over welke vormen van tax planning verboden zijn. De tweede reden die Kavelaars aandraagt is dat een aantal landen stellig financiële en economische belangen hebben bij het mogelijk maken van de tax planningstructuren. Dit in het kader van het aantrekkelijker maken van het vestigingsklimaat om hiermee bedrijvigheid aan te trekken. Een dergelijke structuur kan ertoe leiden dat bedrijvigheid vertrekt uit dat land. Tot slot draagt Kavelaars aan welk land dan zou moeten aanpassen. BEPS wordt veelal veroorzaakt door dispariteiten tussen belastingwetgevingen. Het ligt dan niet in de hand dat een land snel als eerste haar wetgeving zal aanpassen door de financiële en economische nadelen die daarmee gepaard zullen gaan. Een ongewenst gevolg kan overigens voordoen dat bij het wegnemen van een dispariteit met een land een aantrekkelijke dispariteit ontstaat met een ander land. Dit geldt ook voor het aanpassen van het internationaal belastingrecht. Wereldwijd gezien zijn er meer dan 3000 belastingverdragen. Belastingverdragen regelen het heffingsrecht met als doel om dubbele belastingheffing te voorkomen. Echter kunnen en worden deze ook gebruikt om belasting te ontwijken door de mismatches. Daar komt bij dat landen hun fiscale-autonomie willen behouden. Kortom, de bestrijding van agressieve tax planning is zeer complex en tijdrovend. Wel kunnen er maatregelen worden getroffen tegen fiscale

⁵⁸ Conclusie van A-G Geelhoed van 29 juni 2006 voor HvJ 13 maart 2007, C-524/04, *NTFR* 2007/470.

⁵⁹ P. Kavelaars, 'Afbouw van belastingontwijking', *TFO* 2014/131.3. paragraaf 2.3.b.

constructies die BEPS als gevolg hebben. Door die fiscale constructies te bestrijden wordt agressieve tax planning ook minder aantrekkelijk.

Om wereldwijd BEPS te bestrijden heeft de OESO een actieplan uitgevaardigd om dit fenomeen internationaal aan te pakken. Ook de EC heeft niet stilgestaan en heeft voor de bestrijding van het BEPS-fenomeen op het Europees niveau een pakket met anti-belastingontwijkingsmaatregelen aangenomen. Dit pakket bestaat uit meerdere voorstellen waarmee tezamen BEPS binnen de Unie bestreden zou moeten worden. De bestrijdingsplannen van beide organisaties staan centraal in de volgende hoofdstuk.

2.6 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is een onderzoek gedaan naar wat men moet verstaan onder agressieve tax planning en hoe deze zich verhoudt met ethiek binnen de fiscaliteit. Uit hetgeen is besproken wordt onder tax planning en de agressieve vorm hiervan in het onderhavige onderzoek verstaan situaties waarin belastingplichtigen de fiscale gevolgen van hun handelen systematisch in kaart brengen om zo de meest fiscaal voordelige route te volgen. Zij verschillen op het punt dat bij het agressieve karakter fiscale constructies worden opgezocht met het doel een lagere of geen belastingheffing. Meestal gaat het om gevallen waarin de belastbare grondslag (deels) wordt losgekoppeld van een belastingjurisdictie daar waar de economische activiteiten zijn. De losgekoppelde grondslag wordt vervolgens verplaatst naar een andere belastingjurisdictie die in verhouding tot de eerstgenoemde jurisdictie lager of helemaal niet belast. Hiermee wordt de belastbare winst verplaatst naar een belastingjurisdictie waarmee een lagere of geen heffing geen wordt gerealiseerd. Daarnaast worden dispariteit opgezocht waarmee dubbele non-heffing wordt gerealiseerd. In al deze gevallen wordt niet tegen de geldende belastingwet- en regelgeving gehandeld.

Het opzetten van een bepaalde fiscale structuur om de belastingheffing te verminderen is legaal maar in bepaalde gevallen niet geoorloofd. Het is niet geoorloofd wanneer een belastingplichtige zijn fair share in een bepaald land onttrekt omwille zijn eigen belang. De term fair share impliceert een fiscaal brede ethische verantwoordelijkheid. Het etische perspectief hecht veel waarde aan het algemeen belang in de vorm van een rechtvaardige bijdrage aan de schatkist, de zogenoemde fair share-bijdrage. Wanneer een belastingplichtige zijn fair share onttrekt van de maatschappij omwille zijn eigen belang is tax planning niet geoorloofd. In dit geval verhoudt tax planning zich slecht met ethiek binnen de fiscaliteit. Daarbij wordt echter niet tegen de geldende belastingwet gehandeld waardoor de bestrijding van tax planning dat BEPS als gevolg heeft niet eenvoudig is. Om deze reden dient een maatregel te worden genomen tegen fiscale constructies die BEPS tot gevolg hebben. Wanneer die fiscale constructies worden bestreden zal agressieve tax planning aan aantrekkelijkheid verliezen.

HOOFDSTUK 3 ONTWIKKELINGEN BESTRIJDING BEPS

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is tax planning en de agressieve vorm daarvan besproken. Daar is naar voren gekomen dat tax planning op Europees en internationaal niveau grondslaguitholling en winstverschuiving (hierna BEPS) met zich meebrengt. Dit is mogelijk door verschillen tussen de winstbelastingstelsels van de verschillende landen. Multinationale ondernemingen verlagen hun wereldwijde belastingdruk door in te spelen op die verschillen. Om BEPS wereldwijd te bestrijden zijn de handen ineen geslagen. Op het internationaal niveau heeft de OESO een actieplan opgesteld. Op Europees niveau heeft de Europese Commissie een pakket met anti-belastingontwikningsmaatregelen uitgevaardigd die deels in het verlengde liggen van de OESO-actieplan. In dit hoofdstuk wordt eerst kort stil gestaan bij de internationale ontwikkelingen. Vervolgens zal de Europese ontwikkelingen worden besproken.

3.2 Internationale ontwikkelingen bestrijding BEPS

De OESO is een internationale samenwerkingsverband van landen om gezamenlijke sociale en economische problemen op te lossen en internationaal beleid af te stemmen. Om wereldwijd BEPS te bestrijden heeft de OESO een actieplan gepresenteerd, genaamd het BEPS-actieplan. Het BEPS-actieplan heeft tot doel de uitholling van de belastinggrondslag en het verschuiven van winsten wereldwijd tegen te gaan en belastingheffing te laten plaatsvinden daar waar waarde wordt gecreëerd. Het actieplan van de OESO bevat geen definitie van BEPS. In de plaats hiervan worden in het actieplan voorbeelden gegeven wanneer er sprake is van BEPS, de zogenoemde key pressure areas. Volgens de OESO vormen die key pressure areas gevaar voor het internationale fiscale systeem.⁶⁰ De genoemde key pressure areas geven in feite de belangrijkste kenmerken aan van internationale tax planners die hun wereldwijde belastingdruk verlagen.⁶¹ De OESO onderkent de volgende key pressure areas:

- Internationale kwalificatieconflicten met behulp van hybride mismatches en fiscale arbitrage;
- De balans in de toerekening van het winstbegrip uit de belastingverdragen (vooral in geval bij de levering van digitale goederen en diensten);
- De belastingheffing over groepsfinancieringen waarbij aan ondernemingen in hoogbelaste landen meer schulden toebedeeld worden;
- Het transfer pricing-problematiek, waarbij de nadruk ligt op het verschuiven van risico's en immateriële activa;
- De effectiviteit van de antimisbruikregelgeving; en

⁶⁰ OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p. 5 en 6.

⁶¹ F.A. Engelen en A.F. Gunn, 'Het BEPS-project: een inleiding', *WFR* 2013/1413.

- Het bestaan van fiscale regimes die schadelijk zijn.

De OESO richt zich met deze punten op situaties waarin de belastbare grondslag of een deel daarvan ontkoppelt worden van de jurisdictie waarin de economische activiteiten plaatsvinden om vervolgens dat deel te verplaatsen naar andere jurisdicties om een lagere belastingheffing te realiseren. Voor het land waar de economische activiteiten plaatsvinden betekent het ontkoppelen een lagere belastingopbrengst. Daarnaast tast het de fiscale moraal aan van andere belastingplichtigen in dat land.⁶² Daar komt bij dat BEPS kan zorgen voor concurrentievervalsing tussen multinationals en het midden- en kleinbedrijf, omdat het midden- en kleinbedrijf minder mogelijkheden heeft om hun belastingdruk te verlagen.

De OESO BEPS-actieplan bestaat uit 15 actiepunten. De maatregelen die uit deze actiepunten voortvloeien hebben een verschillende vormgeving waarbij er maatregelen zijn die nieuwe minimumstandaarden inhouden dan wel de nationale benaderingen op één lijn brengen door een gemeenschappelijke aanpak. Kort geschetst zien de actiepunten er als volgt uit:⁶³

- **Actiepunt 1 betreft een meer holistische aanpak van de fiscale uitdagingen veroorzaakt worden door de digitale economie.** De Digitale economie vormt op zichzelf geen specifiek BEPS-probleem, echter de kenmerken van digitale economie vergroten de risico's van grondslagerosie. Digitale economie vertoont namelijk kenmerken die vanuit fiscaal perspectief relevant zijn zoals de mobiliteit en het gebruik van netwerken. In beginsel is dit actiepunt belangrijk voor de indirecte belasting. Er is afgesproken om de BTW-heffing plaats te laten vinden in het land van verbruik ofterwijl daar waar de afnemer is gevestigd.
- **Actiepunt 2 ziet op het neutraliseren van de effecten van hybride mismatches. In geval van een hybride vormgeving is er een kwalificatieverschil in de fiscale behandeling van een rechtsvorm of een instrument tussen twee of meer landen.** Dit kan leiden tot dubbele non-heffing, uitstel van heffing of dubbele belastingheffing. Hybride vormgevingen waarmee dubbele non-heffing wordt gerealiseerd resulteren in uitholling van de belastinggrondslag van de betrokken landen. De aanbeveling wordt gedaan aanpassingen aan te brengen in het nationale belastingrecht en wijzigingen van het OESO-modelverdrag om die mismatches te neutraliseren. Zo is de aanbeveling die ziet op de aanpassing van het nationale belastingrecht de uitholling te bestrijden door de fiscale behandeling van een rechtsvorm of instrument op één lijn te brengen met de fiscale behandeling in het land van de tegenpartij bij de

⁶² OECD (2013), Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, p. 5 en 6. Raadpleegbaar via de volgende website: http://www.fiscooggi.it/files/addressing_base_erosion_and_profit_shifting.pdf

⁶³ OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing. Raadpleegbaar via de volgende website: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>

desbetreffende transactie. In eerste instantie dienen landen de aftrek van een in beginsel aftrekbare betaling te weigeren voor zover deze betaling niet wordt opgenomen in het belastbare inkomen van de ontvangende partij in een andere land. Wanneer het land van de aftrekbare betaling de aftrek niet weigert wanneer die betaling in het ontvangstland niet wordt gerekend tot het belastbare inkomen, dan dient het ontvangstland de aftrekbare betaling verplicht in het inkomen te betrekken. Een praktische probleem dat hier ontstaat is de uitvoerbaarheid van het systeem. In eerste instantie dient het land van betaling te corrigeren. Wanneer het land van betaling niet corrigeert dan dient gecorrigeerd te worden door het land van ontvangst. Er zijn momenteel 195 landen. Wanneer ieder land een afspraak maakt met alle andere landen zal dat veel tijd in beslag nemen. Willen belastingplichtigen de aftrek effectueren, dan dienen zij aan te tonen dat in het land van ontvangst noch aftrek noch een 'corresponderende heffing' staat tegenover de aftrek. Dit systeem sluit beter aan in de strijd tegen BEPS. Dit zorgt wel voor andere praktische problemen. Een voorbeeld is de situatie waarin de ontvangende vennootschap van een multinationale onderneming weigert om aan de informatieverplichting van de betalende vennootschap die in het buitenland is gevestigd mee te werken. Zowel de betalende als de ontvangende afzonderlijke ondernemingen worden belast met administratieve lasten. Ik zie een oplossing voor dit grensoverschrijdend probleem in actiepunt 13. In dit actiepunt wordt gepleit voor een country-by-country reporting, inhoudende dat multinationals alle relevante informatie ten behoeve van de fiscaliteit in een rapport opstelt en verstrekt aan alle landen waarin ondernomen wordt.

De aanbeveling om het OESO-modelverdrag te wijzigen is om hybride entiteiten en rechtsvormen niet ten onrechte de voordelen van belastingverdragen te laten gebruiken. Daarnaast moeten belastingverdragen niet de toepassing belemmeren van wijzigingen in het nationale belastingrecht zoals de aanpassing in het nationale belastingrecht op het gebied van de hybride mismatches.

- **Actiepunt 3 gaat over de aanscherping van de CFC-regelgeving.** CFC-regelgeving staat voor een *Controlled foreign company*, een dochtermaatschappij die onder controle wordt gehouden door een moedermaatschappij die tevens gevestigd is in een ander land dan de dochtermaatschappij. Stel er wordt een immaterieel activum overgebracht naar een dochtermaatschappij in een land met een lager winstbelastingtarief. De onderneming kan door deze transactie winsten verschuiven die als gevolg hiervan tegen een lager winstbelastingtarief worden belast. Met dit actiepunt beoogt de OESO te voorkomen dat bijvoorbeeld die ongerealiseerde winsten verschoven worden naar de in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij. Hiertoe doet de OESO de aanbeveling om het begrip CFC te definiëren, een effectief belastingtarief toe te passen, het begrip inkomsten te definiëren, de

regels van het hoofdhuis te hanteren bij de berekening van aan de aandeelhouders toe te rekenen inkomsten, regels voor de wijze waarop inkomsten dienen te worden toegerekend en regels ter voorkoming van dubbele belasting. Hiermee wordt bereikt dat de verschoven ongerealiseerde winsten alsnog in de heffing van de moedermaatschappij worden betrokken.

- **Actiepunt 4 ziet op een gemeenschappelijke aanpak in de vorm van een beperking van winstdrainage door renteaftrek.** In het algemeen leiden in de meeste landen de fiscale wet- en regelgeving tot een verschil in de behandeling van eigen en vreemd vermogen. Internationaal opererende ondernemingen kunnen hun wereldwijde belastingheffing verlagen door in groepsverband verschillende financieringsvormen op te zetten. Een voorbeeld hiervan is dat een multinationale onderneming met interne leningen renteaftrek genereert die hoger is dan de totale rentelasten verschuldigd aan derden. Dit actiepunt bevat de aanbeveling dat de renteaftrek wordt beperkt tot een bepaalde percentage van de EBITDA.
- **Actiepunt 5 gaat om de bestrijding van schadelijke belastingpraktijken, zoals bijzondere regimes waarmee op kunstmatige wijze winsten worden verschoven en het gebrek aan transparantie in geval van rulings.** Bij dit actiepunt kwam de nadruk te liggen op het vinden van een methode om invulling te geven aan het vereiste van de aanwezigheid van substantiële activiteiten bij de beoordeling van bijzondere regimes. Hiermee wordt de belastingheffing over de winsten meer in lijn gebracht met de substantiële activiteiten waarmee die winst is gegenereerd. Daarnaast is de nadruk ook komen te liggen op het verbeteren van transparantie door bij bepaalde rulings de verplichting te stellen dat er spontane informatie uitgewisseld moet worden.
- **Actiepunt 6 behandelt het oneigenlijk gebruik van belastingverdragen.** Met name wordt hier ingegaan op het fenomeen 'treaty shopping'. Kortweg houdt treaty shopping in dat een inwoner van een land dat geen verdragspartner is met een ander land, zich toegang verschaft tot het andere land om een verdragsvoordeel te behalen. In wezen is het belastingvoordeel voor diegene niet bedoeld. Maar door het opzetten van een constructie behaalt diegene een belastingvoordeel. Brievenbusmaatschappijen zijn hier een bekend voorbeeld van. Om dit fenomeen te voorkomen is besloten om anti-misbruikbepalingen op te nemen in belastingverdragen, bestaande uit een duidelijke verklaring dat het verdrag mede tot doel heeft het ontgaan van belastingheffing te voorkomen, een specifieke anti-misbruikbepaling die de gerechtigdheid tot verdragsvoordelen onder voorwaarden beperkt (de zogenoemde limitations on benefits-bepaling) en een meer algemene anti-misbruikbepaling om gevallen te bestrijden die niet door de specifieke anti-misbruikbepaling wordt aangepakt.
- **Actiepunt 7 ziet op het tegengaan van kunstmatig ontgaan van vaste inrichtingen.** In het algemeen zijn in belastingverdragen bepalingen opgenomen waarmee ondernemingswinsten

van een buitenlandse onderneming slechts belastbaar zijn in een land voorzover de onderneming in dat land een vaste inrichting heeft waaraan de winsten toegerekend kunnen worden. Zie in dit kader artikel 5 van het OESO-modelverdrag. De definiëring van het begrip vaste inrichting speelt hier een belangrijke rol. Dit actiepunt houdt in dat er wijzigingen worden aangebracht aan de definiering van dit begrip, zodat minder snel ontsnapt kan worden aan de vaste inrichtingsregeling. In andere woorden wordt hiermee bedoeld dat door de feiten op een zodanige wijze in te richten dat hiermee sprake is van onvoldoende *fiscale nexus* voor de vaststelling van een vaste inrichting.

- **De actiepunten 8, 9 en 10 zijn erop gericht om de verrekenprijsregels voor interne transacties in lijn te brengen met de waardecreatie.** Met waardecreatie wordt bedoeld het uitoefenen van functies, de bijbehorende risicobeheersing en het gebruik van activa/passiva. In dit kader gaat het om de overdracht van immateriële activa, beloning van kapitaal en risico's en beloning van transacties die een hoog risico hebben. De actiepunten 8, 9 en 10 schrijven onder andere een aanpassing van de OESO Transfer Pricing Guidelines voor. Wereldwijd wordt voor de toerekening van winsten tussen separate ondernemingen binnen een multinational de OESO Transfer Pricing Guidelines gebruikt. Het arm's length beginsel is daarbij het meest gebruikte beginsel bij de vaststelling van de toe te rekenen winsten. Onder dit beginsel wordt verstaan dat gelieerde ondernemingen verondersteld worden met elkaar te handelen alsof zij gehandeld zouden hebben met onafhankelijke partijen onder vergelijkbare omstandigheden. De allocatie van risico's is een voorbeeld van de aanpassing van de guidelines, immers een deel van een arm's length-beloning bestaat uit een vergoeding voor het dragen van risico's. Om deze reden stelt de actiepunten voor dat risico's toegerekend zullen worden aan het onderdeel van de multinational die de 'control'⁶⁴ heeft over de risico's.
- **Met het 11^{de} actiepunt gaat de OESO op zoek naar betere incidactoren en economische analyses van het BEPS-fenomeen.** Er is geen discussie over het wel of niet bestaan van BEPS zelf. Echter is er geen empirisch bewijs met betrekking tot dat fenomeen en verder ontbreekt de cijfermatige omvang hiervan.⁶⁵ Met dit actiepunt kan tevens de effectiviteit van het BEPS-rapport worden gemeten.
- **Actiepunt 12 biedt het helpende hand bij het ontwikkelen van een systeem om agressieve tax planningen verplicht te melden.** De belastingplichtige of zijn belastingadviseur doet in dit geval een melding vooraf van een voorgenomen investering in verschillende landen. In dit

⁶⁴ Onder control wordt verstaan de capaciteit om beslissingen te nemen inzake het aangaan van risico's, het beperken of afstoten daarvan en de capaciteit om te beslissen hoe ingespeeld wordt op risico's die voortvloeien uit een activiteit.

⁶⁵ Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Belastingheffing internationale ondernemingen, 17 januari 2013.

kader gaat het erom dat de keuzes die betrekking kunnen hebben op de fiscaliteit vooraf gemeld moeten worden.

- **Actiepunt 13 ziet op de transparantie van transfer pricing.** Om te zorgen voor meer transparantie voor belastingdiensten zijn in dit actiepunt regels opgenomen met betrekking tot het ontwikkelen van transfer pricingdocumentatie. Een multinational zal verplicht worden documentatie te verstrekken aan alle belastingdiensten van de betrokken landen. Deze documentatie bevat een beschrijving van de wereldwijde activiteiten. Daarnaast bevat het een overzicht van het transfer pricingbeleid van de gehele multinational. Verder dienen interne transacties van ondernemingen die gevestigd zijn in hetzelfde land te worden gedocumenteerd. De aangegane transacties, de bedragen die ermee gemoeid zijn en de verrekenprijsanalyses inzake die transacties dienen te worden beschreven. Multinationals die in zijn geheel een omzet behalen van € 750 miljoen of meer moeten een country-by-country rapport opstellen. In dit rapport moeten onder andere de gegevens worden opgenomen die betrekking hebben op de wereldwijde verdeling van de fiscale winsten en de betaalde belasting in de betrokken landen. Dit rapport zal een positieve ontwikkeling zijn in de transfer pricing-problematiek voor landen die hun belastinggrondslag uitgehold zien worden. Wel verdient de opmerking dat het onduidelijk is hoe het transfer pricing-problematiek op de beste manier aangepakt kan worden. Stel dat een rechtspersoon gevestigd in Nederland een deelneming heeft in een ander land. Zij kunnen samen aangemerkt worden als een multinational. Wanneer het slechts om een lening gaat tussen deze rechtspersonen wordt de betreffende multinational geconfronteerd met de hiervoor besproken administratieverplichtingen. Dus dit betekent dat een multinational die bestaat uit twee maatschappijen geconfronteerd wordt met het verstrekken van documentatie aan belastingdiensten van de betrokken landen. Wanneer de desbetreffende multinational een omzet van 750 miljoen of meer behaalt, dient in dat geval ook een country-by-country rapport opgesteld te worden. De vraag rijst of hiermee de mogelijkheid van dergelijke ondernemingen om grensoverschrijdende activiteiten te verrichten niet wordt belemmerd.⁶⁶
- **Actiepunt 14 heeft tot doel om onderlinge overlegprocedures efficiënter te laten verlopen.**⁶⁷ Artikel 25 van het OESO-modelverdrag voorziet in een mechanisme waarin verdragslanden met elkaar in overleg een conflict kunnen oplossen. Dit is slechts een inspanningsverplichting. Dit actiepunt creëert een minimumstandaard die betrekking zal hebben op de effectiviteit van

⁶⁶ Vakstudie nieuws, 'OESO-rapport "Action plan on Base Erosion and Profit Shifting" BEPS', V-N 2013/35.15.

⁶⁷ OESO, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, Parijs, 19 juli 2013, p. 23 en 24.

de onderlinge overlegprocedure. Met dit actiepunt wordt dus het al bestaande proces meer gestimuleerd.

- **Tot slot, actiepunt 15 bevat een voorstel voor een nieuw multilateraal instrument waarmee de bilaterale belastingverdragen efficiënt gewijzigd kunnen worden.** Dit actiepunt is het meest innovatieve en moeizaam te effectueren actiepunt.⁶⁸ Zoals in het vorige hoofdstuk is geconcludeerd zijn belastingstelsels verouderd. Zo ook het huidige stelsel van belastingverdragen, omdat bepaalde kenmerken van het huidige stelsels van belastingverdragen BEPS in de hand werken. De belastingverdragen dienen gemoderniseerd te worden. Zelfs in geval er binnen OESO-verband consensus is over een aanpassing van het OESO-modelverdrag, duurt het lang voordat de aanpassing effectief toepassing vindt binnen de werkingssfeer van de bilaterale belastingverdragen. Het is om deze reden gewenst een multilateraal instrument te ontwikkelen waarmee een aanpassing als ware met één handeling in alle belastingverdragen van overeenkomstige toepassing zal zijn.

Aan het actierapport en actieplan van de OESO is te merken dat er niet veel concreets instaat. Het zijn slechts 15 actiepunten. De OESO kan ook geen dwingende regels opstellen, omdat de OESO geen formeel juridische rechtskracht heeft. De richtlijnen van de OESO zijn te vergelijken met soft law van de Europese Commissie. Met soft law wordt bedoeld: niet afdwingbare normen die een zekere vrijwilligheid veronderstellen. Zo heeft bijvoorbeeld een aanbeveling in het BEPS-actieplan geen bindende kracht t.o.v. het land dat die aanbeveling krijgt. Om deze reden biedt een aanbeveling geen garantie dat landen deze aanbeveling zullen volgen. Die garantie kan wel bijvoorbeeld afgedwongen worden door middel van politieke druk. Veel landen hebben vanuit de politiek openlijk weerstand geuit tegen de BEPS-praktijken van multinationale ondernemingen. Door media erbij te betrekken kunnen politieke leiders in de strijd tegen BEPS onder druk worden gezet om alsnog samen gehoor te geven aan het BEPS-actieplan. Landen blijven echter de fiscaliteit als beleidsinstrument gebruiken om investeringen vanuit het buitenland aan te trekken. Naast de behoefte voor economische bedrijvigheid speelt ook een rol dat landen hun fiscale soevereiniteit willen behouden vanwege de opbrengsten voor de staatskas. Om onder andere deze redenen is mijns inziens de voorgestelde multilaterale gecoördineerde actie op internationaal niveau nu nog niet haalbaar.

3.3 Europese ontwikkelingen bestrijding BEPS

Daar de OESO geen gezamenlijke optreden tegen het BEPS-fenomeen kan afdwingen kan de Europese Commissie dat wel doen. De EC heeft het Anti Tax Avoidance Package gepubliceerd waarmee beoogd wordt een gecoördineerde aanpak vorm te geven aan anti-belastingontwijkingsmaatregelen zodat

⁶⁸ D.M. Broekhuijsen, 'Naar een multilateral fiscaal raamwerkverdrag', *WFR* 2013/1443.

hiermee het gezamenlijk optreden tegen belastingontwijking wordt versterkt en tegelijkertijd de Verdragsheden van de EU en concurrentievermogen van de EU wordt gehandhaafd.⁶⁹ De Nederlandse benaming van het Anti Tax Avoidance Package is het Pakket anti-ontgaansmaatregelen (hierna ATAP-pakket). Dit pakket is in juni 2015 door de EC gepresenteerd voor een eerlijk en doeltreffend vennootschapsbelastingstelsel in de EU.⁷⁰ De EC betoogt daarin dat een gezonde markt een eerlijk en efficiënt bedrijfsbelastingstelsel nodig heeft. Dit zal volgens de commissie bijdragen aan de economische groei die is gebaseerd op het beginsel dat bedrijven belasting moeten betalen in het land daar waar de winsten tot stand komen.⁷¹ Dit beginsel wordt ondermijnd door het agressieve fiscale gedrag van multinationals. Het agressieve fiscale gedrag van multinationals in de EU verstoort prijssignalen in de EU. Door dat gedrag profiteren zij van lagere kapitaalkosten. Als gevolg hiervan wordt het speelveld op de gemeenschappelijke markt binnen de EU verstoord. Het zijn vooral de kleine en middelgrote ondernemingen die lijden aan dit fenomeen. De mogelijkheden om fiscale constructies op te zetten waarmee grondslag wordt uitgehold of de winsten verschoven kunnen worden is namelijk bij die groep ondernemingen beperkter in vergelijking tot multinationals.

Om het BEPS-fenomeen binnen de EU te bestrijden is een gemeenschappelijke aanpak op EU-niveau vereist. Eenzijdig maatregelen treffen door een EU-lidstaat zou geen afdoende oplossing bieden. Dit vanwege het feit dat de genomen maatregel andere mazen in de wetgeving tot gevolg kan hebben. Een maatregel in een EU-lidstaat kan dan de doeltreffendheid van de regels in de andere lidstaten van de EU ondergraven. Om deze reden bestaat er consensus dat het BEPS-fenomeen gecoördineerd moet worden aangepakt.⁷²

Het ATAP-pakket bestaat uit de volgende onderdelen:⁷³

- **Een overkoepelende Mededeling ‘Pakket anti-ontgaansmaatregelen’(COM (2016) 23 final):** De overkoepelende mededeling schetst politieke, economische en internationale achtergrond van de ATAP en bevat een overzicht van de onderdelen van dit pakket;
- **Een aanbeveling op het gebied van belastingverdragen ter voorkoming van verdragsmisbruik (C (2016) 271):** De aanbeveling op het gebied van belastingverdragen om verdragsmisbruik te

⁶⁹ Europese Commissie 28 januari 2016, COM(2016) 23 final. Toelichting Europese Commissie aan Europees Parlement en Raad, 28-01-2016, V-N 2016/12.3. Hoofdstuk 3.

⁷⁰ Vakstudie Nieuws, ‘BNC-Fiche pakket anti-belastingontwijkingsmaatregelen van de Europese Commissie’, 30 maart 2016, V-N 2016/18.5. paragraaf 2.

⁷¹ Europese Commissie 28 januari 2016, COM(2016) 23 final. Toelichting Europese Commissie aan Europees Parlement en Raad, 28-01-2016, V-N 2016/12.3. Hoofdstuk 1.

⁷² Europese Commissie 28 januari 2016, COM(2016) 23 final. Toelichting Europese Commissie aan Europees Parlement en Raad, 28-01-2016, V-N 2016/12.3. Hoofdstuk 2.

⁷³ Europese Commissie 28 januari 2016, COM(2016) 23 final. Toelichting Europese Commissie aan Europees Parlement en Raad, 28-01-2016, V-N 2016/12.3. Hoofdstuk 7.

bestrijden adviseert de EU-lidstaten voor een effectieve implementatie van de uitkomsten van het BEPS-project die betrekking hebben op verdragsmisbruik;

- **Een aanpassing van de huidige administratieve samenwerking (COM (2016)25):** Het voorstel om de administratieve samenwerking aan te passen ziet op de introductie van country-by-country reporting tussen de EU-lidstaten. De country-by-country reporting is een documentatieverplichting voor multinationale ondernemingen die opereren binnen de EU met een omzet vanaf € 750 miljoen.
- **Een mededeling met betrekking tot externe strategie voor effectieve belastingheffing (COM (2016) 24):** en
- **Een anti-belastingontwijkingsrichtlijn (COM (2016) 26):** De ATAD-richtlijn bevat bepalingen die erop gericht zijn belastingontwijking binnen de EU te bestrijden. De ATAD-richtlijn bevat 5 bepalingen waarvan drie zijn gebaseerd op de anti-BEPS-plannen van de OESO.

Op 28 juni 2016 heeft de EC de anti-belastingontwijkingsrichtlijn aangenomen, genaamd de Anti Tax Avoidance Directive (hierna ATAD-richtlijn).⁷⁴ In 2017 is de ATAD-richtlijn uitgebreid met de zogenoemde ATAD 2. EU-lidstaten moeten deze richtlijnen implementeren in hun toepasselijke nationale wet- en regelgeving die met ingang van 2019 inwerking zullen treden.⁷⁵ Gezien de relevantie van deze richtlijn in het onderhavige onderzoek wordt in de volgende hoofdstuk ingegaan op deze richtlijnen en worden de andere onderdelen van het ATAP-pakket voorzover voor mijn onderwerp niet relevant buiten beschouwing gelaten.

3.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk zijn de recente internationale en Europese ontwikkelingen met betrekking tot de bestrijding van BEPS besproken. Het BEPS-fenomeen doet zich met name voor in grensoverschrijdende situaties. Om deze reden is BEPS een internationaal probleem dat op het internationaal niveau bestreden dient te worden. De internationale samenwerkingsgroep OESO heeft actiepunten uitgevaardigd om het BEPS-fenomeen te bestrijden. De actiepunten van de OESO zijn echter niet dwingend van aard. De bij de OESO aangesloten landen zijn om deze reden niet verplicht om de aanbevelingen van de OESO-actiepunten te volgen. Om het BEPS-fenomeen op het Europees niveau te bestrijden heeft de EC de ATAD-richtlijn uitgevaardigd waarin enkele onderdelen van de OESO-actiepunten zijn opgenomen. Door middel van een richtlijn worden EU-lidstaten verplicht om ten

⁷⁴ Zie bijvoorbeeld het persbericht van de Europese Commissie van 28 januari 2016, "Billijke belastingheffing: Commissie presenteert nieuwe maatregelen tegen ontwijking van belasting door bedrijven."

⁷⁵ Enkele onderdelen van de ATAD treden later in werking. Hier wordt tijdens de bespreking van de bepalingen in de volgende hoofdstuk op teruggekomen.

minste de bepalingen uit die richtlijn te implementeren in de nationale wet- en regelgeving, waarna op het Europees niveau gemeenschappelijk opgetreden kan worden tegen BEPS.

HOOFDSTUK 4 ANTI TAX AVOIDANCE DIRECTIVE: DE ANTI-BELASTINGONTWIKKINGSRICHTLIJN

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de focus gelegd op de Europese richtlijnen ATAD en ATAD 2. Enkele maatregelen uit deze richtlijnen vloeien voort uit de anti-BEPS-plannen van de OESO die in de vorige hoofdstuk aan de orde zijn gekomen. Het algemene doel van deze richtlijnen is het verhogen van het gemiddelde niveau van bescherming tegen agressieve tax planning binnen de EU. De maatregelen uit de richtlijnen moeten in ieder geval een effectieve bestrijding van een bepaalde vorm van BEPS binnen de Europese Unie tot gevolg hebben. Om te beoordelen in hoeverre de doelstelling slaagt wordt in dit hoofdstuk de maatregelen uit de richtlijnen besproken. Zowel de ATAD-richtlijn en ATAD 2 zelf als de maatregelen uit de desbetreffende richtlijnen worden beoordeeld in hoeverre zij slagen in hun doel.

4.2 ATAD-richtlijn en ATAD 2

Op 28 juni 2016 heeft de EC de ATAD-richtlijn aangenomen en is deze middels de richtlijn van 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen uitgebreid. Het hoofddoel van de ATAD-richtlijn is het beter bewapenen van de interne markt tegen grensoverschrijdende belastingontwikkingspraktijken door middel van regels te stellen om het gemiddelde niveau van bescherming tegen agressieve tax planning op de interne markt te verhogen.⁷⁶ Dit doel is niet te verwezenlijken wanneer de EU-lidstaten afzonderlijk maatregelen zouden nemen tegen het BEPS-fenomeen. Individuele maatregelen zouden kunnen leiden tot andere verschillen tussen de verschillende vennootschapsbelastingstels en zouden geen einde maken aan inefficiënties en verstoringen binnen de interne markt van de EU. Gezien dat de inefficiënties op de interne markt in het algemeen tot problemen van grensoverschrijdende aard leiden is het van wezenlijk belang maatregelen te treffen die werken voor de interne markt als geheel en dient om deze reden maatregelen genomen worden op het niveau van de EU waarmee een gecoördineerde aanpak wordt gerealiseerd. Hierdoor stellen de richtlijnen minimumnormen om het gemiddelde niveau van bescherming tegen agressieve tax planning op de interne markt te verhogen. De bepalingen uit de ATAD-richtlijn hebben overigens niet enkel het doel om BEPS te bestrijden. Tevens moet worden voorkomen dat er obstakels ontstaan zoals een dubbele heffing als gevolg van de toepassing van een richtlijn bepaling afkomstig uit de ATAD.⁷⁷

⁷⁶ Zie bijvoorbeeld noot 3 en 14 van de préambule van de ATAD-richtlijn.

⁷⁷ Préambule van de ATAD-richtlijn, noot 5.

De EU-lidstaten kunnen, omdat de ATAD-richtlijn en ATAD 2 minimumnormen bevat, bij de implementatie zelf binnen de grenzen van het EU-recht verdergaande (lees strengere) maatregelen treffen.⁷⁸ De EU-lidstaten zijn derhalve vrij in de keuze om strengere maatregelen te treffen voor de bestrijding van BEPS.⁷⁹ De commissie geeft in de richtlijnen specifiek aan waar de BEPS-uitkomsten ruimte biedt voor verzachtende optionele regelingen. Deze verzachtende optionele regelingen zijn in wezen bedoeld om ongewenste effecten zoals dubbele belasting te voorkomen.⁸⁰ Wanneer de implementatie van de richtlijnen in de EU-lidstaten van elkaar afwijken roept dit op tot onbedoelde planningsmogelijkheden. Dit, terwijl Europese richtlijnen in beginsel bedoeld zijn om dergelijke verschillen te voorkomen. Een strengere implementatie heeft ook gevolgen voor het fiscale vestigingsklimaat van een EU-lidstaat. Stel, op één lidstaat na beperken alle landen zich tot de minimumnormen en dat die ene lidstaat kiest voor een strengere implementatie. Als gevolg daarvan verslechtert het fiscale vestigingsklimaat van die lidstaat ten opzichte van de andere lidstaten van de EU. Dit wetende zullen de lidstaten van de EU mijns inziens extra stilstaan bij de implementatie van de richtlijnbevestigingen. Het is afwachten of de EU-lidstaten zich zullen beperken tot de gestelde minimumnormen of dat zij kiezen voor een strengere implementatie.

De ATAD-richtlijn bevat vijf maatregelen waarmee beoogd wordt een gemiddeld niveau van bescherming tegen agressieve tax planning op de interne markt te verhogen. Door middel van deze maatregelen moet BEPS in de EU effectief bestreden worden. Drie van deze vijf maatregelen zijn terug te zien in het hiervoor besproken OESO BEPS-actieplan. Deze maatregelen zijn vormgegeven als minimumstandaarden, te weten:

- Rente aftrekbeperkingsmaatregel (OESO anti-BEPS-actiepunt 4);
- Exithellingen over latente belastingschuld bij een grensoverschrijdende verplaatsing van activa of fiscale woonplaats;
- Algemene anti-misbruikmaatregel tegen kunstmatige constructies;
- CFC-regelgeving die ziet op gecontroleerde buitenlandse vennootschappen (OESO anti-BEPS-actiepunt 3); en
- Neutralisering van hybride mismatches (OESO anti-BEPS-actiepunt 2).

Hierna wordt ingegaan op de hierboven genoemde bepalingen. Daarbij zal aan het einde van iedere bepaling beoordeeld worden of de desbetreffende richtlijnbevestiging effectief is met betrekking tot zijn doel. Onder effectiviteit wordt in dit kader verstaan dat het doel van de bepaling wordt gehaald, in

⁷⁸ Artikel 3 van de ATAD-richtlijn.

⁷⁹ Artikel 3 ATAD-richtlijn.

⁸⁰ P. Hoogterp MfF, 'Voorkomen buitensporige renteaftrek in Action 4 en art. 4 ATAD', *WFR* 2017/147, par. 2.3.

andere woorden, dat een bepaalde vorm van BEPS bestreden wordt door de desbetreffende richtlijnbevestiging.

4.3.1 De earningsstrippingregeling

Een mogelijkheid om belastinggrondslag uit te hollen is het doen van van excessieve rentebetalingen. Hier dient gedacht te worden aan rente aftrek in de situatie waarin sprake is van een concern bestaande uit meerdere entiteiten verspreid over verschillende landen, waarin entiteiten van dat concern gevestigd in hoogbelaste landen relatief met meer extern vreemd vermogen gefinancierd worden dan groepsentiteiten die in laagbelaste landen zijn gevestigd en of gebruik wordt gemaakt van intragroep leningen om rente aftrek te realiseren die hoger is dan de rente die de groep verschuldigd is op externe leningen. Om dergelijke situaties zoals hiervoor beschreven te bestrijden is de earningsstrippingregeling (hierna ook rente aftrekbeperkingsbepaling genoemd) opgenomen in artikel 4 van de ATAD-richtlijn. De rente aftrekbeperkingsbepaling is generiek, inhoudende dat de EU-lidstaten ook specifieke rente aftrekbepalingen mogen opnemen in hun nationale wet- en regelgeving en of de huidige bepalingen kunnen handhaven. Deze bepaling is hoofdzakelijk gebaseerd op het voorstel van de OESO in het BEPS actieplan 4, de zogeheten *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*. Dit wordt afgeleid uit de preambule van de richtlijn en het commentaar van het Raadsvoorzitterschap bij de bespreking van artikel 4 van de ATAD-richtlijn.⁸¹

De generieke rente aftrekbeperkingsmaatregel is erop gericht om de uitholling van de belastinggrondslag in de vorm van een verlaging van de belastingheffing door middel van excessieve rentebetalingen binnen concernverbanden te bestrijden.⁸² De EU-lidstaten dienen in beginsel deze bepaling uiterlijk op 31 december 2018 te hebben geïmplementeerd in hun nationale wet- en regelgeving, zodat per 1 januari 2019 de bepaling toegepast kan worden.⁸³ In deze paragraaf zal worden bekeken in hoeverre de rente aftrekbeperkingsmaatregel effectief zal zijn, in andere woorden of de rente aftrekbeperkingsmaatregel BEPS zal bestrijden.

⁸¹ Préambule van de ATAD-richtlijn, noot 1 t/m 3. Zie bijvoorbeeld het commentaar van het Raadsvoorzitterschap bij de zesde conceptversie van 4 mei 2016. Daarin wordt verwezen naar Bijlage C, inzake de equity escape-regel van het BEPS-rapport van actieplan 4.

⁸² Préambule van de ATAD-richtlijn, noot 6, eerste volzin en noot 8, derde volzin.

⁸³ Artikel 11, eerste lid, ATAD-richtlijn. Onder voorwaarden kunnen EU-lidstaten de toepassing van de earnings strippingregeling uitstellen tot 1 januari 2024, zie artikel 11, zesde lid, ATAD-richtlijn. De Staatssecretaris van Financiën van Nederland heeft aangegeven daar geen gebruik van te willen maken, zie *Kamerstukken II* 2015/2016, nr. 98, pag. 12.

4.3.2 Werking van de earningsstrippingregeling

De rente aftrekbeperkingsbepaling schrijft voor om een zogenoemde *fixed ratio*-regel toe te passen. De fixed ratio-regel is de hoofdregel van deze bepaling. Bij de fixed ratio-regel staat de regel van de EBITDA⁸⁴ centraal waarmee wordt beoogd de rente aftrek te koppelen aan de economische activiteiten.⁸⁵ De EBITDA-regel schrijft dat de aftrekkapaciteit aan de hand van een percentage van de belastbare winst voor rente, belasting, afschrijving en amortisatie bepaald dient te worden. De bepaling van de fiscale EBITDA gaat als volgt: inkomsten die onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting, vermeerderd met de vóór belastingen gecorrigeerde bedragen van het *financieringskostensurplus* en de vóór belastingen gecorrigeerde bedragen van de afschrijvingen en amortisatie.⁸⁶ In de richtlijn wordt het financieringskostensurplus gedefinieerd als het bedrag waarmee de aftrekbare financieringskosten hoger is dan de belastbare rentebaten en andere gelijkwaardige belastbare inkomsten die de belastingplichtige overeenkomstig het nationale recht geniet.⁸⁷ In andere woorden, het financieringskostensurplus is het positieve saldo van betaalde en ontvangen financieringskosten die in de grondslag zijn begrepen. Bezien dat het om de fiscale EBITDA gaat maken onbelaste inkomsten geen deel uit bij de bepaling van de EBITDA. Hiermee wordt het risico van financiering van onbelaste activiteiten van bijvoorbeeld financiële instellingen voorkomen.⁸⁸ Doordat het moet gaan om rente die in de belastinggrondslag zit wordt een eventuele samenloop met een nationale bepaling zoals artikel 10a Wet VPB 1969 voorkomen. Dus de richtlijn bepaling is van toepassing nadat de nationale bepaling is toegepast.⁸⁹ Financieringskosten moet wel ruim worden opgevat waardoor in ieder geval alle vormen van rente hieronder worden begrepen.⁹⁰

Het eerste lid van artikel 4 ATAD-richtlijn biedt de EU-lidstaten de mogelijkheid om de werkingssfeer uit te breiden tot fiscale groepen. De aftrek wordt dan op het niveau van een fiscale groep, zoals gedefinieerd in de nationale belastingwet, beoordeeld. Dit betekent dat bijvoorbeeld Nederland de rente aftrekbeperking kan toepassen op het niveau van een fiscale eenheid die in de zin van de wet op de vennootschapsbelasting 1969 als een groep⁹¹ wordt aangemerkt.

De belastingplichtige kan het financieringskostensurplus slechts tot 30-% van zijn fiscale EBITDA in aftrek brengen. Het 30%-plafond is een minimumnorm, inhoudende dat lidstaten vrij zijn in het

⁸⁴ De EBITDA staat voor earnings before interest, tax, depreciation and amortisation.

⁸⁵ R, Snoeijs, J.H.A.M., vanVelvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbeperking uit de ATA-richtlijn (art. 4)', *FED* 2016/108, pagina 2.

⁸⁶ Artikel 4, tweede lid, ATAD-richtlijn.

⁸⁷ Artikel 2, tweede lid, ATAD-richtlijn.

⁸⁸ P. Hoogterp Mf, 'Voorkomen buitensporige renteaftrek in Action 4 en art. 4 ATAD', *WFR* 2017/147, par. 2.2.

⁸⁹ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Anti- tax Avoidance Directive (ATAD)', *V-N* 2016/37.3.

⁹⁰ Artikel 2, eerste lid, ATAD-richtlijn. Conform de rente aftrekbeperking zijn financieringskosten rentelasten en andere kosten die economisch gelijk zijn aan rente en kosten op alle vormen van het hebben van schulden.

⁹¹ In de Nederlandse versie van de ATAD-richtlijn wordt voor het begrip 'groep' het begrip 'concern' gebruikt.

hanteren van een lager percentage.⁹² Een lager percentage betekent dat een belastingplichtige nog meer beperkt wordt in zijn rente aftrek en daardoor geconfronteerd kan worden met een dubbele belasting. Uit een onderzoek van de OESO blijkt dat een verlaging van dit percentage leidt tot een verlaging van het aantal multinationale ondernemingen dat in staat is om meer rente af te trekken dan zij aan derden betaald hebben.⁹³ Hiervan uitgaande leidt een verlaging van het percentage dus tot een effectievere bestrijding van grondslaguitholling door middel van rente aftrek. Wanneer de percentages van de EBITDA in de EU-lidstaten van elkaar afwijken kan dit wel invloed hebben op de investeringsbeslissing van belastingplichtigen.

In het kader van tax planningmogelijkheden kan het voor belastingplichtigen interessant zijn wanneer EU-lidstaten gebruik maken van de optionele regelingen die beschouwd kunnen worden als verzachtingen.⁹⁴ Die regelingen zorgen ervoor dat EU-lidstaten de keuze hebben tussen een milde en strengere implementatie. Dit betekent in andere woorden dat de mogelijkheid voor BEPS in de vorm van rente aftrek afhankelijk is van de wijze van implementatie. Het nadeel van de optionele regelingen is dat er tussen de EU-lidstaten geen consistente implementatie tot stand komt dat nadelige gevolgen kan hebben voor het bedrijfsleven. Dit, terwijl de bedoeling van een EU-richtlijn juist de bevordering van een consistente wetstoepassing is binnen de EU.

De rente aftrekbeperkingsbepaling kent een aantal optionele regelingen die een verzachtende werking hebben op de fixed ratio-regel. Deze regelingen zijn van belang om ongewenste resultaten als gevolg van de toepassing van de fixed ratio-regel zoals dubbele belasting te voorkomen.⁹⁵ Gezien het optionele karakter kunnen de EU-lidstaten ervan afzien om de desbetreffende regelingen op te nemen in hun nationale wet- en regelgeving.

Een optionele regeling van de rente aftrekbeperkingsbepaling is een franchise met een maximum van € 3 miljoen. De franchise houdt in dat belastingplichtigen ongeacht de EBITDA tot maximaal € 3 miljoen euro kunnen aftrekken.⁹⁶ Het financieringskostensurplus wordt hiermee altijd aftrekbaar tot dat bedrag wanneer de aftrekkapaciteit, 30% van de EBITDA, lager uitvalt. Wanneer de rente aftrekbeperkingsmaatregel wordt toegepast op een fiscale groep, dan geldt het franchisebedrag voor de groep in zijn geheel.⁹⁷ Het is de EU-lidstaten toegestaan om een lager bedrag te hanteren waarmee een hoger beschermingsniveau van de binnenlandse grondslag wordt geboden. Er dient opgemerkt te

⁹² Preambule van de ATAD-richtlijn. paragraaf 6, vierde volzin.

⁹³ OESO, G20, (2015), *Base Erosion and Profit Shifting Project, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*, punt 18.

⁹⁴ O.C.R. Marres, 'De anti-ontgaansrichtlijn', *NTFR-B* 2017/18. paragraaf 5.

⁹⁵ P. Hoogterp MfF, 'Voorkomen buitensporige renteaftrek in Action 4 en art. 4 ATAD', *WFR* 2017/147, par. 2.3.

⁹⁶ Artikel 4, derde lid, onderdeel a, ATAD-richtlijn.

⁹⁷ Artikel 4, derde lid, ATAD-richtlijn.

worden dat in geval een EU-lidstaat besluit om de EBITDA-regel te combineren met een franchise, de mogelijkheid voor BEPS in de vorm van rente aftrek dan blijft bestaan tot het bedrag van die franchise.⁹⁸ Uit een onderzoek blijkt dat ongeveer de helft van ondernemingen die in Duitsland zijn getroffen door de Duitse earningsstrippingregeling hun ondernemingsorganisatie hebben aangepast om zodoende de nadelen van de regeling te verzachten, in andere woorden, om hun rente aftrekruijnte te verruimen.⁹⁹ Zo wordt een nadeel voorkomen door de rentelasten van een vennootschap te verspreiden over meerdere vennootschappen zodat meerdere keren de franchiseregeling toegepast kan worden. Verder blijkt uit hetzelfde onderzoek dat verhoging van het franchisebedrag met zich meebrengt dat ondernemingen meer vreemd vermogen hebben aangetrokken om de grens van het franchise-bedrag op te zoeken.

Lidstaten kunnen op grond van het derde lid van het rente aftrekbepenkingsartikel het volledige financieringskostensurplus aftrekken indien de belastingplichtige een “op zichzelf staande entiteit” is.¹⁰⁰ Hier is kortweg sprake wanneer een belastingplichtige geen deel uitmaakt van een concern dat om commerciële doeleinden wordt geconsolideerd en geen gelieerde onderneming¹⁰¹ of een vaste inrichting heeft. Dit is logisch, hier wordt een risico op grondslaguitholling en winstverschuiving slechts beperkt aanwezig geacht. De richtlijnbeplating is immers gericht op grondslaguitholling binnen concernverhoudingen.¹⁰² De vraag kan wel gesteld worden waarom de commissie ervoor heeft gekozen om een dergelijke beplating op te nemen. Een reden kan zijn om een fiscale groep per geval wel of niet uit te sluiten van de regeling. Een fiscale groep kan op grond van de letterlijke tekst van deze beplating ook als op zichzelf staande entiteit gekwalificeerd worden.¹⁰³ Dus een naar nationaal belastingrecht kwalificerende groep zonder een gelieerde onderneming of vaste inrichting.

Een ander uitzondering is dat een EU-lidstaat is toegestaan om de rente aftrekbepanking niet toe te passen op het financieringskostensurplus dat verband houdt met leningen¹⁰⁴ die zijn gesloten voor 17 juni 2016.¹⁰⁵ Deze uitzondering geldt niet voor latere wijzigingen van hiervoor genoemde leningen. Leningen die ter zake van langlopende openbare-infrastructuurprojecten van algemeen belang zijn

⁹⁸ Ter verduidelijking van de franchise is in de bijlage onder ‘Franchiseregeling’ drie voorbeelden opgenomen.

⁹⁹ Elsweier, F.J., Strien van, J., ‘De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?’, *WFR* 2012/182, paragraaf 4.3.

¹⁰⁰ Artikel 4, derde lid, onderdeel b, ATAD-richtlijn.

¹⁰¹ De definiering van gelieerde onderneming is neergelegd in artikel 2, vierde lid, onderdeel a en b, ATAD-richtlijn, waarin een percentage van 25% wordt gehanteerd.

¹⁰² Prémbule van de ATAD-richtlijn, paragraaf 8.

¹⁰³ Vakstudie Nieuws, ‘Anti-Tax Avpidance Directive (ATAD)’, *V-N* 2016/37.3, pagina 17.

¹⁰⁴ Als leningen worden zowel leningen van gelieerde entiteiten als leningen van derden gekwalificeerd.

¹⁰⁵ Artikel 4, vierde lid, onderdeel a, ATAD-richtlijn.

aangegeaan mogen tevens door de EU-lidstaten uitgesloten worden voor de toepassing van de hoofdregel.¹⁰⁶

Ik kan mij voorstellen dat niet alle ondernemingen om fiscale redenen zijn gefinancierd met vreemd vermogen.¹⁰⁷ Multinationale ondernemingen die om niet-fiscale redenen zijn gefinancierd met vreemd vermogen en waarbij geen sprake is van BEPS worden ook geconfronteerd met een beperking in hun rente aftrek. Om in dergelijke gevallen groepen in hun rente aftrek tegemoet te komen is een optionele groepsregeling opgenomen in het vijfde lid van artikel 4 ATAD-richtlijn.¹⁰⁸ Aan de hand van deze groepsregeling kunnen EU-lidstaten voor bepaalde belastingplichtigen¹⁰⁹ de hoofdregel, fixed ratio-regel, combineren met een groepsregeling. Enerzijds kan er geopteerd worden voor een equity escape-regel, anderzijds voor de groepsratio-regel waarbij het financieringskostensurplus op het niveau van de groep wordt bepaald.

Onder het equity escape-regel wordt de belastingplichtige het recht toegekend op volledige aftrek van het financieringskostensurplus.¹¹⁰ Dit mag alleen onder de voorwaarde dat de ratio van het eigen vermogen en het balanstotaal van de belastingplichtige gelijk of hoger is dan de overeenkomstige ratio van het gehele concern.¹¹¹ Verder dient de waarderingsgrondslag van de belastingplichtige dezelfde te zijn als die van de geconsolideerde jaarrekening. Onder deze regel wordt gewaardeerd op basis van de commerciële (lees vennootschappelijke) cijfers, aldus het vijfde lid, onderdeel a, punt ii, van artikel 4 ATAD-richtlijn. De fiscale gegevens zijn daarbij niet van belang.¹¹²

Op grond van de groepsratio-regel wordt de belastingplichtige de mogelijkheid geboden een bepaalde groepsratio toe te passen op zijn fiscale EBITDA in geval dit voor een grotere aftrek zorgt dan conform de hoofdregel.¹¹³ Met behulp van deze mogelijkheid kan een belastingplichtige meer aftrek claimen

¹⁰⁶ Préambule van de ATAD-richtlijn, noot 8.

¹⁰⁷ Een voorbeeld van een niet-fiscale reden is dat er over eigen vermogen risico wordt gelopen in de zin dat in het geval van faillissement je eigen vermogen verloren gaat. Om die reden is een investering met vreemd vermogen aantrekkelijker dan met eigen vermogen.

¹⁰⁸ P. Hoogterp MiF, 'Voorkomen buitensporige renteaftrek in Action 4 en art. 4 ATAD', *WFR* 2017/147, par. 2.4.

¹⁰⁹ Als toegangseis geldt dat een belastingplichtige lid is van een voor de financiële boekhouding geconsolideerde groep en dat die belastingplichtige volledig moet zijn opgenomen in een geconsolideerde jaarrekening, opgesteld overeenkomstig de standaarden van IFRS of de nationale verslaggevingsstandaard van een lidstaat. Zie hieromtrent artikel 4, achtste lid, ATAD-richtlijn.

¹¹⁰ Artikel 4, vijfde lid, onderdeel a, ATAD-richtlijn.

¹¹¹ In het vijfde lid, onderdeel a, punt i, ATAD-richtlijn is een fictiebepaling opgenomen waarin de ratio tussen het eigen vermogen en het balanstotaal van de belastingplichtige geacht wordt gelijk te zijn aan de overeenkomstige ratio van het concern wanneer de ratio tussen het eigen vermogen en het balanstotaal van de belastingplichtige maximaal 2% lager is.

¹¹² Voor de groep wordt uitgegaan van de gegevens die afkomstig zijn uit de geconsolideerde jaarrekening en onder deze groepsregeling dient de waarderingsgrondslagen van de belastingplichtige dezelfde te zijn als die in de geconsolideerde jaarrekening.

¹¹³ Artikel 4, vijfde lid, onderdeel b, ATAD-richtlijn.

dan hetgeen in aftrek gebracht kan worden volgens de hoofdregel. Bij deze groepsregeling wordt het financieringskostensurplus van de belastingplichtige ten opzichte van derden bepaald. Vervolgens wordt het desbetreffende surplus afgezet tegen de EBITDA van de groep, de zogenoemde groepsratio. Die groepsratio wordt daarna vermenigvuldigd met de EBITDA van de belastingplichtige, waarna de rente aftrek op het niveau van de belastingplichtige plaatsvindt op basis van de hoogste ratio. In andere woorden, als de groepsratio hoger is dan de 30%-drempel op basis van de hoofdregel dan kan de belastingplichtige de hogere groepsratio gebruiken voor de rente aftrek. Voor mij is het echter niet duidelijk wat verstaan moet worden onder 'derden'. Ook in de literatuur wordt opgemerkt dat het niet duidelijk is wat verstaan moet worden onder 'derden'.¹¹⁴ De EU-lidstaten hebben de vrijheid om een gewenste uitleg van het begrip 'derden' te volgen.¹¹⁵ Dit kan met zich meebrengen dat er in de lidstaten van de EU verschillende interpretatie aan dit begrip gegeven zal worden. Dat kan leiden tot planningsmogelijkheden door belastingplichtigen. Mijns inziens is het vanuit het oogpunt van een gemeenschappelijke bestrijding beter om een gelijke interpretatie voor het begrip 'derden' te volgen door de EU-lidstaten. In het algemeen wordt mijns inziens onder derden in de zin van de groepsratio-regeling verstaan een ieder die niet is opgenomen in de geconsolideerde jaarrekening en daarmee geen onderdeel is van de groep. Wel kan sprake zijn van met de belastingplichtige gelieerde partijen. Wanneer die interpretatie gevolgd wordt dan kan de aftrekkapaciteit van een belastingplichtige verhoogd worden door rentebetalingen aan gelieerde partijen die niet tot de groep behoren. In het OESO-BEPS-Actieplan 4 wordt de aanbeveling gedaan om gelieerde partijen niet als derden te beschouwen met als gevolg dat rentetransacties tussen gelieerde partijen worden genegeerd voor het bepalen van het financieringskostensurplus van de groep.¹¹⁶ Mijns inziens sluit de aanbeveling van de OESO beter aan bij de bestrijding van BEPS. Door niet-gelieerde ondernemingen in de zin van de ATAD te beschouwen als derden is de aftrekkapaciteit minder beïnvloedbaar.

Verder is het onduidelijk of een EU-lidstaat die van plan is gebruik te maken van de optionele groepsregeling moet kiezen tussen één van de twee groepsregelingen en of de keuze van de groepsregeling over mag laten aan de belastingplichtige. Mijns inziens kan het niet de bedoeling zijn om de keuze over te laten aan belastingplichtigen vanwege de planningsmogelijkheid en dus pleit ik voor één van de groepsregelingen. Belastingplichtigen zullen per geval beredeneren wat voor hen het meest gunstig is, dat wil zeggen de situatie waarin de rente aftrek zo min mogelijk beperkt wordt. De situatie kan voordoen dat ondernemingen die beschikken over veel eigen vermogen de ratio's kunnen

¹¹⁴ R, Snoeij, J.H.A.M., van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbevestiging uit de ATA-richtlijn (art. 4)', *FED* 2016/108, paragraaf 5.3.2.

¹¹⁵ R, Snoeij, J.H.A.M., van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbevestiging uit de ATA-richtlijn (art. 4)', *FED* 2016/108, paragraaf 5.3.2.

¹¹⁶ Het Rapport van de OESO-BEPS-Actieplan 4, paragraaf 137.

beïnvloeden door naast vreemd vermogen ook eigen vermogen in de vennootschap te brengen. Meer eigen vermogen heeft tot gevolg dat die onderneming meer rente in aftrek kan brengen in vergelijking tot ondernemingen met een gelijke EBITDA die geen mogelijkheden hebben om met eigen vermogen te schuiven zodat de ratio's worden beïnvloed.

Het zesde lid van artikel 4 ATAD-richtlijn biedt de EU-lidstaten de mogelijkheid om carryforward- en carrybackbepalingen op te nemen in hun nationale wet- en regelgeving met betrekking tot de verrekening van het niet aftrekbare financieringskostensurplus of het onbenutte deel van de EBITDA. Hiervoor wordt door de ATAD-richtlijn drie mogelijkheden geboden waaruit een lidstaat uitsluitend één van die drie mogelijkheden mag opnemen in hun nationale wet- en regelgeving.¹¹⁷ De verrekeningsmogelijkheid van het niet-aftrekbare deel van het financieringskostensurplus en de onbenutte deel van het EBITDA-ruimte is een goede ontwikkeling voor belastingplichtigen. Mij is het alleen niet duidelijk in welke volgorde de voor- en achterwaartse verrekening van het niet-aftrekbare deel van het financieringskostensurplus uit de verschillende belastingjaren in aanmerking genomen moet worden. Ik neem aan dat als eerste de oudste nog niet in aanmerking genomen financieringskosten aan bod dient te komen bij de verrekening. Dit in overeenstemming met de regels van verliesverrekening.

Tot slot, de lidstaten van de EU kunnen financiële ondernemingen¹¹⁸ uitsluiten van het toepassingsgebied van artikel 4 ATAD-richtlijn.¹¹⁹ Dit ook in gevallen waarin een financiële onderneming deel uitmaakt van een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern.

De genoemde verzachtende regelingen waarmee afgeweken kan worden van de hoofdregel zijn mijns inziens belangrijk voor enerzijds belastingplichtigen en anderzijds voor de EU-lidstaten. De regelingen zorgen voor een verzachtende werking van de EBITDA, waardoor de belastingplichtige een hoger bedrag aan rente kan aftrekken dan hetgeen onder de hoofdregel is toegestaan. Om deze reden kunnen deze regelingen van belang zijn bij de afweging om een bepaalde investering via een lidstaat van de EU te laten verlopen waarin het hoogste bedrag aan rente afgetrokken kan worden.

In de literatuur wordt opgemerkt dat een grote nadeel van de earningsstrippingmaatregel het procyclisch effect is.¹²⁰ Dit, omdat de aftrekkcapaciteit meestal hoger zal zijn wanneer het economisch

¹¹⁷ Artikel 4, zesde lid, ATAD-richtlijn en zie R, Snoeij, J.H.A.M., van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)', *FED* 2016/108, paragraaf 6.

¹¹⁸ Zie artikel 2, vijfde lid, ATAD-richtlijn, wat onder een financiële onderneming in de ATAD-richtlijn wordt verstaan.

¹¹⁹ Artikel 4, zevende lid, ATAD-richtlijn.

¹²⁰ Zie bijvoorbeeld F.J. Elswier en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182, p. 5. en R, Snoeij, J.H.A.M., van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)', *FED* 2016/108, paragraaf 6.

goed gaat en lager zal zijn in economisch minder goede tijden. Dat procyclisch effect kan worden verminderd door het verhogen van het franchisebedrag voor de vrije renteaftrek gecombineerd met een voorwaartse verrekening van de onbenutte EBITDA-ruimte, zoals Duitsland destijds heeft gedaan.¹²¹ Uit de literatuur blijkt dat de Duitse earningsstrippingmaatregel uitblinkt in de eenvoud.¹²² In de basis is de Duitse earningsstrippingregeling gelijk aan de rente aftrekbeperkingsbepaling in de ATAD-richtlijn. De benodigde informatie voor de bepaling van de EBITDA wordt eenvoudig uit de (fiscale) jaarrekening gehaald. Wanneer het financieringskostensurplus onder het franchisebedrag (€3 miljoen) ligt is de EBITDA-toets niet van toepassing. Voorts wordt er geen onderscheid gemaakt tussen derden-rente en intra-groep rente. Hierdoor kan de beoordeling van het verbonderheids criterium achterwege blijven. De Duitse regeling heeft ook groepsescaperegelingen, echter hebben deze regelingen tot problemen in de uitvoeringssfeer geleid.¹²³ De Duitse regeling kan mijns inziens als leidraad gebruikt worden bij de vormgeving van de richtlijn bepaling.

4.3.3 Effectiviteit

Het doel van de rente aftrekbeperking in de ATAD-richtlijn is het voorkomen van grondslaguitholling die plaatsvindt met behulp van excessieve rentebetalingen binnen concernverhoudingen. De rente aftrekbeperkingsmaatregel moet voorkomen dat concerns hun belastingschuld verlagen door middel van excessieve renteschulden die zijn oorzaak vinden in interne groepsleningen. Op grond van het besprokene ben ik van mening dat deze richtlijn bepaling effectief is maar veel verder gaat dan zijn doel. Door gebruik te maken van de EBITDA bij het bepalen van de rente aftrekbeperking wordt beoogd de rente aftrek te koppelen aan de economische activiteiten. Ik zie niet hoe die koppeling aan de economische activiteiten BEPS binnen concernverhoudingen moet bestrijden. De richtlijn bepaling maakt geen onderscheid tussen leningen bij gelieerde vennootschappen en leningen bij niet-gelieerde vennootschappen. Door de regeling worden ook leningen bij een bank getroffen. Nu belastingplichtigen belemmerd zullen worden in hun rente aftrek zal dat waarschijnlijk ook ten koste gaan van investeringen, omdat vreemd vermogen slechts tot een bepaald bedrag in aftrek gebracht kan worden. Gezien de regeling geen onderscheid maakt tussen leningen bij gelieerde vennootschappen en bij niet-gelieerde vennootschappen ben ik van mening dat de aangenomen richtlijn bepaling niet het juiste instrument is om belastingontwijking binnen concernverhoudingen door excessieve rentebetalingen te bestrijden. Een regeling waarbij enkel rente binnen concernverhoudingen in aftrek beperkt wordt

¹²¹ De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, Commentaar op Anti-Beps richtlijn, artikelsgewijs commentaar, 17 februari 2016. F.J. Elswier en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182, paragraaf 4.3.

¹²² F.J. Elswier en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182, paragraaf 4.1.

¹²³ J. van Strien en M.G.H. Kroon, 'Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?', *NTFR* 2011/614, paragraaf 3.2.

strookt mijns inziens beter bij het doel van de earningsstrippingregeling. De opname van een tegenbewijsmogelijkheid acht ik om deze reden noodzakelijk. Belastingplichtigen die geen BEPS voor ogen hebben en die gefinancierd zijn met vreemd vermogen die niet voortvloeit uit concernverhoudingen, kunnen dan aantonen dat ten aanzien van de betaalde rente geen sprake is van BEPS door het doen van excessieve rentebetalingen.

Door zijn generieke karakter kan deze bepaling naast bestaande en of nieuwe specifieke rente aftrekbeperkingen gehandhaafd worden. De rente aftrek wordt afhankelijk gemaakt van een bepaald percentage van de fiscale EBITDA. Des te lager het percentage des te effectiever de bepaling wordt bij de voorkoming van bovenmatige rente aftrek binnen en buiten concernverhoudingen. Dit heeft op zijn beurt tot gevolg dat belastingplichtigen geconfronteerd kunnen worden met dubbele belasting. Het invoeren van verzachtende maatregelen kan de onbedoelde resultaten voorkomen.

De uitzondering voor de op zichzelf staande entiteiten vergroot de doeltreffendheid van deze bepaling, omdat deze entiteiten kortweg minder mogelijkheden hebben om aan BEPS door middel van rente aftrek te doen. Hierdoor wordt er gericht bestreden tegen BEPS die plaatsvindt door middel van rente aftrek. Tevens zou de doeltreffendheid en de effectiviteit van de bepaling worden vergroot wanneer een tegenbewijsregeling ingevoerd wordt met betrekking tot niet-fiscale redenen van een hogere rente aftrek.

De effectiviteit van de bepaling wordt minder wanneer EU-lidstaten de verzachtende regelingen implementeren. Het is duidelijk naar voren gekomen dat de rente aftrekbeperkingsartikel meerendeels “kunnen”-bepalingen bevat. Deze verzachtende regelingen bestaan uit een franchisebedrag, de optionele groepsregelingen en de verrekeningsmogelijkheden. Een gevolg hiervan is dat deze bepaling op verschillende manieren geïmplementeerd kan worden, hetgeen met zich meebrengt dat de EU-lidstaten deze bepaling “anders” kunnen implementeren. Dit kan tot gevolg hebben dat het voor belastingplichtigen alsnog interessant wordt om een bepaalde financiering via een bepaalde EU-lidstaat te laten lopen. De mogelijkheid voor BEPS in de vorm van rente aftrek blijft bijvoorbeeld bestaan tot het bedrag van de franchise. Door het opnemen van een franchise kunnen belastingplichtigen ondanks de fiscale EBITDA rente tot het franchise-bedrag in aftrek brengen. Om dergelijke onwenselijke situaties te bestrijden verdient de opmerking dat in alle lidstaten van de EU deze bepaling op eenzelfde wijze geïmplementeerd moeten worden. Kortom, de rente aftrekbeperkingsbepaling is geen effectieve maatregel om grondslaguitholling door middel van bovenmatige renteschulden binnen concernverhoudingen te bestrijden. Door de regeling worden ook situaties waarin geen sprake is van belastingontwijking beperkt in hun rente aftrek.

4.4.1 Exitheffingen

Met de ATAD-richtlijn wordt niet enkel overgegaan tot EU-brede implementatie van de BEPS-uitkomsten van de OESO. Tevens wordt hiermee overgegaan tot EU-coördinatie van onderdelen van de vennootschapsbelasting van de EU-lidstaten die geen onderdeel zijn van het BEPS-project.¹²⁴ De bepaling inzake exitheffingen is één van die onderdelen. Door middel van exitheffingen worden winstbestanddelen in de belastingheffing betrokken die behoren tot de totale winst van een onderneming, maar nog niet eerder in aanmerking zijn genomen. Dit doet zich voor wanneer een onderneming verhuist naar het buitenland en/of vermogensbestanddelen verplaatst naar het buitenland waarbij het land van vertrek het heffingsrecht over die ondernemingsactiviteiten die op haar rechtsgebied zijn ontstaan veilig wil stellen. Wanneer het land van vertrek niets heeft geregeld verliest dat land het heffingsrecht op grond van de toewijzingsregels onder het internationale belastingrecht.¹²⁵ De bepaling inzake exitheffingen is opgenomen in artikel 5 van de ATAD-richtlijn. Het doel van deze bepaling is dat ongerealiseerde vermogenswinsten die op het grondgebied van een EU-lidstaat zijn gecreëerd ook in die desbetreffende EU-lidstaat in de heffing worden betrokken wanneer vermogensbestanddelen worden onttrokken aan de jurisdictie van die desbetreffende EU-lidstaat of wanneer de fiscale woonplaats wordt verplaatst naar een ander EU-lidstaat.¹²⁶ De EU-lidstaten dienen deze bepaling uiterlijk op 31 december 2019 te hebben vastgelegd in hun nationale wet- en regelgeving, zodat per 1 januari 2020 de exitheffingen toegepast kan worden.¹²⁷

4.4.2 Werking van de bepaling inzake exitheffingen

De bepaling inzake exitheffingen creëert een verplichte eindafrekening in grensoverschrijdende gevallen waarin sprake is van verplaatsing van ondernemingsactiviteiten.¹²⁸ De verplichte eindafrekening gaat in combinatie met een verplichte step up in de EU-lidstaat van ontvangst. Volgens de richtlijn zijn er vier situaties waarin heffing van de ongerealiseerde vermogenswinsten van de onderneming in de oorsprongs/vertrekland dient plaats te vinden in geval een belastingplichtige activa of zijn fiscale woonplaats buiten de fiscale jurisdictie van dat desbetreffende EU-lidstaat verplaatst:

¹²⁴ M.F. de Wilde, 'De exitheffing in de Anti-ontgaansrichtlijn en zijn invloed op het Nederlands belastingstelsel', *FED* 2016/109. par. 1.

¹²⁵ *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 727, nr. 7, blz. 463-464 & MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 117.

¹²⁶ Préambule van de ATAD-richtlijn, noot 10.

¹²⁷ Artikel 11, vijfde lid, ATAD-richtlijn.

¹²⁸ Artikel 5, eerste lid, ATAD-richtlijn.

- Een overbrenging van activa van hoofdhuis naar zijn vaste inrichting in een andere lidstaat van de EU of in een derde land. De EU-lidstaat van het hoofdhuis moet vanwege de overbrenging niet langer het recht hebben de overgebrachte activa in de heffing te betrekken;¹²⁹
- Een overbrenging van activa van vaste inrichting in een EU-lidstaat naar zijn hoofdhuis in een ander EU-lidstaat of in een derde land. De EU-lidstaat van de vaste inrichting moet vanwege de overbrenging niet langer het recht hebben de overgebrachte activa in de heffing te betrekken;¹³⁰
- Een verplaatsing van de fiscale woonplaats tussen de lidstaten van de EU of een verplaatsing van een EU-lidstaat naar een derde land, waarbij activa die verbonden blijven met een vaste inrichting in het vertrekstaat niet in de heffing worden betrokken;¹³¹
- Een verplaatsing van een vaste inrichting die is gevestigd in een EU-lidstaat naar een andere EU-lidstaat of een derde land. De EU-lidstaat van de vaste inrichting moet vanwege de overbrenging niet langer het recht hebben de overgebrachte activa in de heffing te betrekken.¹³²

De ongerealiseerde belastbare vermogenswinst wordt vastgesteld door het verschil te nemen tussen de marktwaarde en de fiscale boekwaarde van de overgebrachte activa. De marktwaarde van de betrokken activa wordt door het oorsprongslidstaat vastgesteld en is gelijk aan het bedrag waarvoor de desbetreffende activa in een vrije markt tussen bereidwillige derden verhandeld zou kunnen worden.¹³³ In andere woorden schrijft de richtlijntekst voor hoe een zakelijke marktconforme prijs bepaald moet worden, namelijk het bedrag waarvoor activa verhandeld zou worden tussen niet-gerelateerde (lees derden) kopers en verkopers. Dit zakelijkheids criterium is een bekende in de fiscale wereld die terugkomt in bijvoorbeeld het arm's length-beginsel. Op basis van het arm's length-beginsel komt een prijs tussen gerelateerde lichamen tot stand alsof er gehandeld wordt tussen onafhankelijke partijen onder vergelijkbare omstandigheden.

Tegelijkertijd met de belastingclaim in de oorsprongslidstaat wordt een step up verlangd in de lidstaat van ontvangst.¹³⁴ Zie het vijfde lid van het exitheffingsartikel en noot 10 in de préambule van de ATAD-richtlijn waaruit voortkomt dat de ontvangstlidstaat de toegekende marktwaarde door de oorsprongslidstaat over moet nemen. In dit kader waardeert de ontvangstlidstaat het betrokken vermogensbestanddeel voor zijn winstbelastingdoeleinden op de waarde die is vastgelegd door de

¹²⁹ Artikel 5, eerste lid, onderdeel a, ATAD-richtlijn.

¹³⁰ Artikel 5, eerste lid, onderdeel b, ATAD-richtlijn.

¹³¹ Artikel 5, eerste lid, onderdeel c, ATAD-richtlijn.

¹³² Artikel 5, eerste lid, onderdeel d, ATAD-richtlijn.

¹³³ Artikel 5, eerste lid, ATAD-richtlijn jo. artikel 5, zesde lid, ATAD-richtlijn.

¹³⁴ Artikel 5, vijfde lid, ATAD-richtlijn.

oorsprongslidstaat bij vertrek. De marktwaarde is het bedrag waarvoor activa kunnen worden verhandeld of wederzijdse verplichtingen kunnen worden afgewikkeld in een rechtstreekse transactie tussen bereidwillige niet-gerelateerde kopers en verkopers, aldus het zesde lid van artikel 5 ATAD-richtlijn. De richtlijn stelt voor dat het land van ontvangst de bepaalde marktwaarde van het oorsprongslidstaat over neemt. De step up is van belang omdat er anders bijvoorbeeld sprake kan zijn van dubbele belasting tot de waarde die door de oorsprongslidstaat is vastgesteld bij vertrek. Er dreigt echter alsnog een gevaar op dubbele belasting. In de préambule van de richtlijn wordt namelijk voorgeschreven dat het noodzakelijk is dat de ontvangstlidstaat in staat moet worden gesteld om de door het oorsprongslidstaat bepaalde waarde ter discussie stellen via de bestaande geschillenbeslechtsmechanismen.¹³⁵ De richtlijn geeft voor de rest geen uitleg over de waardebepaling. Dit brengt rechtsonzekerheid mee voor belastingplichtigen en extra administratieve lastenverzwaring voor de betrokken nationale autoriteiten. Er zijn vele waarderingsmethoden en ieder land kan diverse methoden hanteren waardoor een vermogensbestanddeel door verschillende EU-lidstaten op een andere waarde vastgesteld kan worden. Hierdoor schept het zakelijkheidscriterium in de richtlijn onzekerheid. In de literatuur rijst de vraag hoe dit Europese zakelijkheidscriterium ingevuld moet worden.¹³⁶ Volgens Smit weten de lidstaten van de EU het zelf ook niet precies.¹³⁷ Om die onzekerheid weg te nemen zou bijvoorbeeld de ontvangstlidstaten verplicht worden om de waarde die is vastgesteld door het oorsprongslidstaat te erkennen en deze als beginwaarde te hanteren. Nu dreigt er mogelijk een dubbele (non)heffing wanneer de betrokken EU-lidstaten het niet met elkaar eens zijn en de regelingen voor geschillenbeslechting geen soelaas bieden. Dit is uiteraard zowel voor belastingplichtigen als voor de EU-lidstaten geen positieve ontwikkeling.

Heffing in termijnen

In de literatuur wordt beschouwd dat de exitheffingsbepaling de uitkomst is van een evenwichtsoefening.¹³⁸ Enerzijds beoogt deze bepaling het garanderen van een effectieve vennootschapsbelastingheffing in de lidstaat van oorsprong en anderzijds beoogt het een evenwicht te bereiken tussen de gerechtvaardigde belangen van de lidstaten van de EU om binnen hun territorium gegroeid vermogen te belasten en de doelstelling van de EU om een gemeenschappelijke interne markt te bewerkstelligen. Die interne markt is een ruimte zonder binnengrenzen waarin de verdragsvrijheden van de EU zijn gewaarborgd. Belastingplichtigen en hun vermogensbestanddelen

¹³⁵ Volgens de préambule van de richtlijn (onder noot 10) kunnen de EU-lidstaten gebruik maken van de bestaande geschillenbeslechtsmechanismen wanneer de ontvangstlidstaat het niet eens is met het oorsprongslidstaat over een waarde.

¹³⁶ Zie bijvoorbeeld D.S. Smit, 'BEPS en het Europese arm's-Lengthbeginzel', *WFR* 2016/162.

¹³⁷ D.S. Smit, 'BEPS en het Europese arm's-Lengthbeginzel', *WFR* 2016/162. Par. 4.

¹³⁸ M.F. de Wilde, 'De exitheffing in de Anti-ontgaansrichtlijn en zijn invloed op het Nederlands belastingsysteem', *FED* 2016/109. par. 2.

moeten daarin vrij kunnen bewegen zonder dat zij gehinderd worden.¹³⁹ Om het gezochte evenwicht bij de interne EU-overbrengingen en verplaatsingen tot stand te brengen, bepaalt de richtlijn dat aan belastingplichtigen de mogelijkheid geboden moet worden de onmiddellijke heffing te spreiden over vijf jaren. Dit geldt wel alleen indien het gaat om overbrengingen en verplaatsingen tussen de EU-lidstaten.¹⁴⁰ Voor overbrengingen en verplaatsingen van een EU-lidstaat naar een EER-land is een betaling in termijnen ook mogelijk wanneer de betrokken vertrekstaat of de EU met de betrokken EER-land een overeenkomst heeft die voorziet in een wederzijdse invorderingsbijstand.¹⁴¹ De lidstaten hebben daarbij de keuze om aan het uitstel van betaling wel of geen rentecomponent vast te plakken. In geval daarbij de marktrente wordt gehanteerd bestaat er voor de belastingplichtige geen economisch voordeel tussen onmiddellijke belastingheffing en heffing in termijnen. Wanneer aan het uitstel van betaling een aantoonbaar en werkelijk gevaar dreigt voor niet-invordering dan mogen de lidstaten eventueel een zekerheidsstelling verlangen als voorwaarde voor uitstel.¹⁴² Wat betreft een overbrenging of verplaatsing vanuit de EU naar een derdeland is betaling in termijnen niet mogelijk en is sprake van onmiddellijke belastingheffing. Al gauw kan gedacht worden aan de volgende situatie: Een belastingplichtige in een EU-lidstaat wil een activum overbrengen naar een derde land. Overbrengen naar een derde land betekent onmiddellijke belastingheffing. Om een beroep te doen op betaling in termijnen moet het desbetreffende activum eerst overgebracht worden naar een andere EU-lidstaat. Na het verkrijgen van uitstel kan het activum vervolgens overgebracht worden naar een derde land. De geschetste situatie levert voor de belastingplichtige uitstel van belastingheffing op. Om dergelijke misbruikgevallen te voorkomen voorziet artikel 5 in het vierde lid van de ATAD-richtlijn vijf situaties waarin uitstel beëindigd wordt met onmiddellijke belastinginvordering. Om deze kort te noemen wordt uitstel beëindigd wanneer het betrokken vermogensbestanddeel wordt vervreemd, verplaatst wordt naar derde landen, de belastingplichtige failliet wordt verklaard, wordt ontbonden of niet wordt gehouden aan de nakomingsverplichting van de termijnen.

Ondanks dat belastingplichtigen binnen EU/EER-situaties een uitstelmogelijkheid kunnen krijgen is deze bepaling mijns inziens een hinderpaal. Er is namelijk te allen tijde, weliswaar in termijnen, sprake van belastingheffing wanneer binnen de Unie grensoverschrijdend wordt verplaatst. Dit, terwijl de

¹³⁹ De interne markt geldt overigens ook voor de EER-landen, de Europese Economische Ruimte. Bij de EER horen alle lidstaten van de EU plus Liechtenstein, IJsland en Noorwegen. Hierna wordt onder EU ook de EER-landen verstaan.

¹⁴⁰ Artikel 5, tweede lid, ATAD-richtlijn.

¹⁴¹ Artikel 5, tweede lid, ATAD-richtlijn.

¹⁴² Zie de tweede en derde alinea van het derde lid van artikel 5 ATAD-richtlijn: Op grond van deze leden mag een lidstaat geen zekerheid vragen wanneer de wetgeving in de lidstaat van de belastingplichtige of van de vaste inrichting een regeling heeft waarmee de belastingschuld op grond van artikel 5 ATAD-richtlijn ingevorderd kan worden bij een andere belastingplichtige die lid is van hetzelfde concern en zijn fiscale woonplaats heeft in de desbetreffende lidstaat.

doelstelling van de EU is het creëren van een gemeenschappelijke interne markt zonder binnengrenzen waarin belastingplichtigen en hun vermogensbestanddelen daarin vrij moeten kunnen bewegen zonder dat zij gehinderd worden door een belemmering. Het zou het Uniegedachte meer recht doen wanneer het uitstel van belastingheffing onbepaald zou zijn in intra EU/EER-situaties. De onbepaalde tijd zou daarbij komen te vervallen in gevallen zoals opgesomd in het vierde lid van artikel 5 ATAD-richtlijn.

Om praktische problemen omtrent de invorderbaarheid te voorkomen, zou op het Europees niveau afgesproken kunnen worden dat alle EU-lidstaten elkaar gaan helpen om de claim die is vastgesteld door een andere EU-lidstaat in te vorderen. De richtlijn van de EU betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen¹⁴³ kan een dergelijke samenwerking eenvoudig maken zonder nadere complexe regelgeving.

Bepaling inzake exitheffingen in de ATAD-richtlijn overbodig?

In wezen is de exitheffing van de ATAD-richtlijn een codificering van de jurisprudentie van het HvJ EU met betrekking tot exitheffingen in de winstsfeer. Zie hieromtrent bijvoorbeeld de arresten van het HvJ EU in de zaak *National Grid Indus*¹⁴⁴ en *DMC*¹⁴⁵. Dit zijn arresten van het HvJ EU waarin bepaalde exitheffingen van de lidstaten in strijd zijn geacht met de Europese verdragsvrijheden. Als gevolg van die arresten van het HvJ EU hebben de EU-lidstaten hun nationale exitheffingbepaling aangepast aan die arresten.

In het arrest *National Grid Indus* van het HvJ EU heeft het HvJ EU uitgelegd dat de vrijheid van vestiging op grond van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid zich niet verzet tegen een exitheffing die de latente meerwaarden in vermogensbestanddelen vastlegt in geval van een grensoverschrijdende verplaatsing, zonder rekening te houden met latere optredende waardeveranderingen.¹⁴⁶ Wel verzet de vrijheid van vestiging zich tegen de onmiddellijke invordering van het vastgestelde claim.¹⁴⁷ Het HvJ EU acht de onmiddellijke belastingheffing namelijk disproportioneel. Invorderen van de verschuldigde belasting zou minder beperkend zijn wanneer de heffing van de ongerealiseerde vermogensbestanddelen plaatsvinden op moment van daadwerkelijke realisatie. Het HvJ EU draagt aan voor een directe betaling van de belastingschuld of uitstel van betaling

¹⁴³ Richtlijn 2010/24/EU van de Raad van 16 maart 2010.

¹⁴⁴ HvJ EU 29 november 2011, C-371/10 (*National Grid Indus*).

¹⁴⁵ HvJ EU 23 januari 2014, C-164/12 (*DMC*).

¹⁴⁶ HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10 r.o. 86, eerste alinea.

¹⁴⁷ HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10 r.o. 86, tweede alinea en zie R. de Graaff, A. de Haan, 'National Grid vs. N: verenigbaar of niet?', *WFR* 2012/612, onderdeel 2.1.

waarbij het uitstel niet onvoorwaardelijk hoeft te zijn. Volgens het HvJ EU zijn deze alternatieven een geschikte maatregel om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de EU-lidstaten te waarborgen.¹⁴⁸

In de zaak DMC heeft het HvJ EU grotendeels zijn vorige rechtspraak in de zaak National Grin Indus gevolgd. Het HvJ EU geeft een nieuwe mogelijkheid wat betreft de invordering van de exitheffing, namelijk uitstel van betaling gespreid over vijf jaar. Volgens het HvJ EU is een betalingstermijn gespreid over vijf jaar een geschikte en evenredige maatregel.

Wanneer de bepaling in de richtlijn naast de hierboven besproken jurisprudentie gelegd wordt zijn er geen verschillen te zien. De jurisprudentie van het HvJ EU hebben een supranationale werking, hetgeen inhoudt dat deze in elk geval voorrang hebben op nationaalrechtelijke bepalingen van de EU-lidstaten. Daar waar geen verschillen zijn is de vraag om welke reden de exitheffing in de ATAD-richtlijn is opgenomen. Mijns inziens is de reden dat sommige EU-lidstaten geen exitheffing hebben en dat door middel van een Europese richtlijn overgegaan kan worden tot EU-coördinatie van exitheffingen in de EU.¹⁴⁹ Door middel van de rechtskracht van Europese richtlijnen worden EU-lidstaten die geen exitheffing hanteren verplicht om ook een exitheffing conform de ATAD-richtlijn op te nemen in hun nationale wet- en regelgeving. Dit heeft als gevolg dat binnen de EU de richtlijnbevestigingen op een consistente wijze worden toegepast.

4.4.3 Effectiviteit

Het doel van de exitheffing in de ATAD-richtlijn is dat ongerealiseerde vermogenswinsten die op het grondgebied van een EU-lidstaat zijn gecreëerd ook in die desbetreffende EU-lidstaat in de heffing worden betrokken wanneer vermogensbestanddelen worden onttrokken aan de jurisdictie van die desbetreffende EU-lidstaat of wanneer de fiscale woonplaats wordt verplaatst naar een andere EU-lidstaat. Deze bepaling is van belang om te voorkomen dat ongerealiseerde winsten onbelast verplaatst worden naar andere landen die bijvoorbeeld een lager tarief hanteren. Dit is in overeenstemming met het wereldwijde aanvaarde uitgangspunt dat winst belast moet worden waar het is gegenereerd.¹⁵⁰

Aan de hand van het besproken kan geconcludeerd worden dat deze richtlijnbevestiging effectief is in de bestrijding van BEPS. De richtlijnbevestiging schrijft voor dat het land van oorsprong de onbelaste waardeaanwinst van vermogensbestanddelen die worden onttrokken van de heffingsjurisdictie van de

¹⁴⁸ HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10 r.o. 73.

¹⁴⁹ Zie bijvoorbeeld M.F. de Wilde, 'De exitheffing in de Anti-ontgaansrichtlijn en zijn invloed op het Nederlands belastingstelsel', *FED* 2016/109. par. 1. & Vakstudie Nieuws, 'BNC-Fische pakket anti-belastingontwijkingmaatregelen EC', *V-N* 2016/18.5. p. 7.

¹⁵⁰ Zie bijvoorbeeld E. Heithuis, 'Schaf de vennootschapsbelasting af!', *V-N* 2017/61.0.

betrokken oorsprongslidstaat in de heffing dient te betrekken. Die waardeangroei is namelijk voorafgaand aan het vertrek tot stand gekomen en is niet eerder in de heffing betrokken. Die waardeangroei staat gelijk aan de marktwaarde van de overgebrachte activum minus de fiscale boekwaarde van de betreffende activum. Hierover is dan winstbelasting verschuldigd in de EU-lidstaat van vertrek. Op deze manier vindt er eindheffing plaats binnen de grenzen van de EU en in het bijzonder in de lidstaat van de waardeangroei. De eindafrekening verloopt in combinatie met een step up in het land van ontvangst. Dit moet de mogelijke dubbele heffing in het land van ontvangst voorkomen wanneer bijvoorbeeld de belastingplichtige op een later moment het overgebrachte activum wil vervreemden. In intra EU/EER situaties kunnen belastingplichtigen uitstel van heffing krijgen in vijf termijnen of is een onmiddellijke belastingheffing van toepassing. Buiten EU/EER situaties geldt geen uitstelmogelijkheid. Te allen tijde is er dus sprake van belastingheffing. Dit vormt mijns inziens in EU/EER-situaties wel een hinderpaal dat zich slecht verhoudt met de uni-gedachte die overigens geen strijdigheid met het EU-recht oplevert.¹⁵¹ Het doel van de EU is het creëren van een interne markt. De verschillende verdragsvrijheden uit het VwEU-verdrag moeten er in beginsel voor zorgen dat er binnen de grenzen van de EU vrij bewogen kan worden. Meer specifiek, een onderneming in een EU-lidstaat mag niet belemmerd worden in geval de desbetreffende onderneming verhuist naar een andere lidstaat. Zowel de lidstaat van vertrek als de lidstaat van ontvangst mag in beginsel niet belemmeren. De exitheffing zorgt voor een verplichte afrekening dat mijns inziens een hinderpaal is om te verhuizen.

Verder kan de effectiviteit van de regeling worden vergroot indien de mogelijkheid van ontvangstlidstaten om de door de oorsprongslidstaten vastgestelde marktwaarde ter discussie te stellen wordt geschrapt. De ontvangstlidstaten worden dan verplicht om de bepaalde marktwaarde van oorsprongslidstaten te accepteren. Hiermee haal je het rechtsonzekerheid en de administratieve lastenverzwaring weg en wordt er in ieder geval mogelijke dubbele (non-)heffing voorkomen in de situatie waarin de geschillenbeslechtsmechanismen geen soelaas bieden.

4.5.1 De GAAR: Algemene anti-misbruikregel

Onder misbruik van recht wordt in het dagelijks taalgebruik en in onderhavig onderzoek verstaan het gebruiken van een rechtsregel voor een ander doel dan waarvoor deze is bestemd. Om dergelijke situaties te bestrijden wordt gebruik gemaakt van geschreven en ongeschreven leerstukken, de zogenoemde anti-misbruikregelingen.¹⁵² Anti-misbruikregelingen zijn te verdelen in specifieke en in

¹⁵¹ Zie in dit kader bijvoorbeeld de arrest van het HvJ EU in de zaak National Grid Indus waarin aan belastingplichtigen de mogelijkheid geboden moet worden om de belastingheffing in termijnen te voldoen.

¹⁵² Met een ongeschreven leerstuk wordt bijvoorbeeld bedoelt een regeling die door de jurisprudentie van de hoogste rechter in een bepaald land is ontwikkeld en niet is opgenomen in de nationale wet van dat land.

algemene regelingen. De specifieke vormen zijn gericht op de bestrijding van een bepaalde vorm van misbruik waar de hiervoor besproken rente aftrekbeperkingsbepaling van artikel 4 ATAD-richtlijn een voorbeeld van is. In artikel 6 van de ATAD-richtlijn is een algemene anti-misbruikregel opgenomen. Op Europees en internationaal niveau wordt de algemene anti-misbruikregel aangeduid met de GAAR, de General Anti Abuse Rule.

In de préambule van de ATAD-richtlijn wordt het belang van algemene anti-misbruikregelingen opgemerkt.¹⁵³ Daarin staat dat een algemene anti-misbruikregeling in belastingstelsels opgenomen worden om fiscale misbruikpraktijken te bestrijden die niet bestreden kunnen worden met de bestaande wet- en regelgeving. Het doel van een algemene anti-misbruikregeling is dus het dichten van mazen in wet- en regelgeving die niet aangepakt kunnen worden met de huidige bestrijdingsmiddelen. Deze regeling moet dus dienen als een extra slot op de deur bij de bestrijding van BEPS. De EU-lidstaten dienen deze bepaling uiterlijk op 31 december 2018 te hebben vastgelegd in hun nationale wet- en regelgeving, zodat per 1 januari 2019 de bepaling toegepast kan worden.¹⁵⁴

4.5.2 Werking van de GAAR

De GAAR is een vrij korte bepaling in tegenstelling tot de andere ATAD-bepalingen. De GAAR zegt dat een kunstmatige constructie of reeks van constructies buiten beschouwing blijven wanneer zij zijn opgezet met als hoofddoel of één van de hoofddoelen het verkrijgen van een belastingvoordeel dat het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht ondermijnt.¹⁵⁵ Een constructie of een reeks van constructies wordt daarbij als kunstmatig beschouwd wanneer aan de desbetreffende constructie of constructies geen zakelijke redenen ten grondslag liggen.¹⁵⁶ Een gelijkkluidende bepaling aan de GAAR is terug te zien in de recente wijziging van de Moeder-Dochterrichtlijn die vanaf het jaar 2016 van toepassing is in alle lidstaten van de EU.¹⁵⁷ Op grond van die bepaling wordt aan een belastingplichtige het voordeel van de werking van de Moeder-Dochterrichtlijn niet toegekend wanneer de desbetreffende belastingplichtige een constructie of een reeks van constructies heeft opgezet met als hoofddoel of één van de hoofddoelen het verkrijgen van een belastingvoordeel dat het doel of de toepassing van de Moeder-Dochterrichtlijn ondermijnt.

Uit de gekozen bewoordingen van de GAAR in de ATAD-richtlijn blijkt dat er voldaan moet worden aan een motiefverieste, normvereiste en kunstmatigheidsvereiste. Bij de motiefvereiste is de vraag of met

Wanneer bijvoorbeeld die rechtsregel geïmplementeerd wordt in de nationale wet, dan spreekt men van een geschreven leerstuk.

¹⁵³ Préambule van de ATAD-richtlijn, punt 11.

¹⁵⁴ Artikel 11, eerste lid, ATAD-richtlijn.

¹⁵⁵ Artikel 6, eerste lid, ATAD-richtlijn.

¹⁵⁶ Artikel 6, tweede lid, ATAD-richtlijn.

¹⁵⁷ Artikel 1, tweede en derde lid, Moeder-Dochterrichtlijn.

de desbetreffende constructie of reeks van constructies is beoogd een belastingvoordeel te behalen. Het verkrijgen van een belastingvoordeel als zodanig hoeft niet automatisch aangemerkt te worden als misbruik om aan het motiefvereiste te voldoen. Zie bijvoorbeeld de préambule van de ATAD-richtlijn waarin wordt benadrukt dat belastingplichtigen het recht hebben hun handelsactiviteiten in de fiscaal efficiëntste vorm te gieten.¹⁵⁸ Ook uit het arrest van het HvJ EU in de zaak *Cadbury Schweppes*¹⁵⁹ wordt afgeleid dat er geen sprake is van misbruik wanneer belastingplichtigen gebruikmaken van een gunstiger fiscale regeling in een andere EU-lidstaat.¹⁶⁰ In de sfeer van de indirecte belastingen is door het HvJ EU in de zaak *Sices*¹⁶¹ benadrukt dat wanneer de intentie is om te profiteren van een belastingvoordeel dit niet automatisch misbruik is. Voor misbruik is het van belang of bepaalde omstandigheden kunstmatig zijn opgezet om te profiteren van een belastingvoordeel.¹⁶² Weber leidt uit de gekozen bewoordingen van artikel 6 ATAD-richtlijn af dat als er naast een fiscaal doel ook een zakelijk doel is nog steeds sprake kan zijn van misbruik.¹⁶³ Dit heeft niet automatisch tot gevolg dat deze bestreden wordt door de GAAR. Zie bijvoorbeeld de vergelijkbare anti-misbruikbepaling in artikel 15 van de Fusierichtlijn. Op grond van dat artikel worden voordelen van de Fusierichtlijn niet toegekend wanneer de rechtshandeling van een belastingplichtige tot hoofddoel of één van de hoofddoelen heeft het plegen van belastingfraude of –ontwijking. In de arresten *Kofoed*¹⁶⁴ en *Foggia*¹⁶⁵ van het HvJ EU wordt het hoofddoel of één van de hoofddoelen in de zin van de Fusierichtlijn uitgelegd dat het uitsluitende doel moet zijn gelegen in het verkrijgen van een belastingvoordeel. Het is de vraag of dat de lijn van het HvJ EU in de zaken *Kofoed* en *Foggia* doorgetrokken kan worden naar de GAAR. Indien het hiervoor gestelde vraag bevestigend wordt beantwoord betekent dit dat aan het motiefvereiste van de GAAR wordt voldaan wanneer een constructie is opgezet met het uitsluitende doel het verkrijgen van een belastingvoordeel. In dit geval kan het motiefvereiste van de GAAR gelezen worden als een ontsnappingsclausule: de GAAR is niet van toepassing in de situatie waarin de constructie is opgezet op grond van een geldige zakelijke reden die de economische realiteit weerspiegelt.

Het normvereiste houdt in dat het fiscale gedrag van de belastingplichtige, het verkrijgen van een belastingvoordeel, het doel van het belastingrecht ondermijnt. Hiermee wordt bedoeld op de strekking van een bepaalde wet. Het doel en strekking van elke nationale belastingmaatregel is niet hetzelfde

¹⁵⁸ Préambule van de ATAD-richtlijn, punt 11.

¹⁵⁹ HvJ EU 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*).

¹⁶⁰ HvJ EU 12 september 2006, C-196/04, r.o. 34-38. (*Cadbury Schweppes*).

¹⁶¹ HvJ EU 13 maart 2014, C-155/13 (*Sices*).

¹⁶² HvJ EU 13 maart 2014, C-155/13 (*Sices*), r.o. 38 & 39.

¹⁶³ D.M. Weber, 'De algemene antimisbruikregel in de Anti-belastingontwikkelingsrichtlijn', *FED* 2016/110, onderdeel 4.1.

¹⁶⁴ HvJ EU 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*), V-N 2007/34.12.

¹⁶⁵ HvJ EU 10 november 2011, C-126/10 (*Foggia*).

waardoor dit voor iedere bepaling vastgelegd moet worden.¹⁶⁶ Het geval kan zich ook voordoen dat de nationale bepaling een implementatie is van een Europeesrechtelijke bepaling, zoals de ATAD-richtlijnbevestigingen. In dat geval kan het doel en strekking van de bepaling afgeleid worden uit de préambule van de ATAD-richtlijn zelf. Vaak is het lastiger om het doel en strekking van een Europeesrechtelijke bepaling af te leiden. Dit, omdat de toelichtingen vaak summier zijn en er door het Europees Parlement geen vragen gesteld kunnen worden zoals dat in de Tweede Kamer gebeurt.

Bij het kunstmatigheidsvereiste wordt gekeken of de opgezette constructie kunstmatig is. Een constructie of reeks van constructies is kunstmatig wanneer geen zakelijke redenen ten grondslag liggen aan die constructie(s) die de economische realiteit weerspiegelen. Hier dient opgemerkt te worden dat de ATAD-richtlijn geen duidelijkheid biedt over wat er precies verstaan moet worden onder zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. In het licht van de misbruikrechtspraak van het HvJ EU in diverse zaken berust de zakelijkheid van een dergelijke constructie op objectieve en door derden controleerbare elementen die onder meer verband houden met de mate van bijvoorbeeld het fysieke bestaan van een onderneming in termen van lokalen, personeel en uitrusting.¹⁶⁷ Wanneer geen sprake is van een door derden controleerbare elementen zoals door het HvJ EU geoordeeld, dan is er sprake van een volstrekt kunstmatige constructie die bestreden kan worden.¹⁶⁸ Zowel bij het motief- als bij het kunstmatigheidsvereiste vraag ik me dus af wat de gevolgen zijn van de genoemde arresten van het HvJ EU met betrekking tot de werking van de GAAR in de ATAD-richtlijn.

Wanneer de conclusie is dat een dergelijke constructie of een reeks van constructies erop is gericht een belastingvoordeel te verkrijgen en kunstmatig is, dan wordt de betreffende constructie of constructies voor de berekening van de verschuldigde vennootschapsbelasting buiten beschouwing gelaten. Dit is tevens in overeenstemming met de arresten van het HvJ EU zoals bijvoorbeeld in de zaak *Halifax*¹⁶⁹. Het HvJ EU overwoog in die zaak dat als er sprake is van misbruik, dan dient de situatie voor de belastingheffing hersteld te worden zoals deze zou zijn geweest zonder de elementen die het misbruik vormen.¹⁷⁰ De belastingschuld wordt vervolgens conform artikel 6, derde lid, ATAD-richtlijn berekend op grond van het nationale recht. In zuiver nationaalrechtelijke situaties is dit helder. De ATAD-richtlijn biedt echter geen duidelijkheid bij de bepaling van de belastingschuld wanneer er andere partijen, lees partijen die in het buitenland zijn gevestigd, betrokken zijn bij een constructie. Mijns inziens wordt ook in dat geval de belastingschuld bepaald door het nationale recht waarin de

¹⁶⁶ D.M. Weber, 'De algemene antimisbruikregel in de Anti-belastingontwikkelingsrichtlijn', *FED* 2016/110.

¹⁶⁷ Zie bijvoorbeeld de arresten van het HvJ EU in de zaak *Cadbury Schweppes* (C-196/4), r.o. 67 en 68. en HvJ EU in de zaak *WebMindLicenses* (C-419/14), r.o. 44.

¹⁶⁸ HvJ EU 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*). V-N 2006/49.15.

¹⁶⁹ HvJ EU 21 februari 2006, C-255/02 (*Halifax*).

¹⁷⁰ HvJ EU 21 februari 2006, C-255/02 (*Halifax*). r.o. 98.

betrokken partijen zijn gevestigd. En juist op dit punt is het van belang dat er sprake is van een uniforme toepassing van de GAAR in de lidstaten van de EU. Voor een effectieve bestrijding moet er geen andere mismatchessituaties boven water komen. Wanneer Nederland een correctie doorvoert met betrekking tot een constructie of een reeks van constructies dan dient de andere betrokken EU-lidstaat die correctie te volgen om op Europees-niveau misbruik effectief te bestrijden. Anders krijg je de situatie dat in Nederland een bepaalde constructie buiten beschouwing wordt gelaten, maar een onderdeel van die constructie of eenzelfde constructie in bijvoorbeeld Duitsland wel kan doorgaan waardoor er bijvoorbeeld rente aftrek geclaimd kan worden. In zuiver binnenlandse situatie zou de hiervoor genoemde constructie in Duitsland wel van toepassing zijn en niet belemmerd worden door de werking van de GAAR. In Nederland zou in geval van een zuiver binnenlandse situatie de desbetreffende constructie bestreden worden met de werking van de GAAR. Eenzelfde constructie wordt dus door de EU-lidstaten verschillend beoordeeld. Bijkomende vraag voor de multinational is dan waar de beroepsmogelijkheden van belastingplichtigen komen te liggen. Mijns inziens dient in dit geval de gebruikelijke route te worden gevolgd. Dus eerst langs de hoogste rechter van een EU-lidstaat waarin misbruik is geoordeeld.

De GAAR in verhouding tot specifieke anti-misbruikregelingen

Gezien het algemene karakter van de GAAR heeft deze bepaling een ruime reikwijdte en omvat daarmee ook constructies die bestreden kunnen worden met een specifieke anti-misbruikbepaling. Hierdoor komt de vraag op of bestaande nationale specifieke anti-misbruikregelingen overbodig worden. Dit is van belang voor bijvoorbeeld de rechtszekerheid van belastingplichtigen. In geval van een specifieke anti-misbruikbepaling weten belastingplichtigen namelijk onder welke voorwaarden zij geconfronteerd zullen worden met de werking van de desbetreffende misbruikbepaling. De toepasselijkheid van een specifieke anti-misbruikbepaling wordt niet door de GAAR doorkruist.¹⁷¹ Specifieke anti-misbruikbepalingen blijven dus in stand. De GAAR is alleen van toepassing wanneer een specifieke bepaling geen soelaas biedt. In dit verband kan de GAAR beschouwd worden als een aanvulling op de specifieke anti-misbruikbepalingen, met inachtneming dat er voldaan wordt aan de voorwaarden zoals gesteld in artikel 6 van de ATAD-richtlijn.

Wél of géén verplichte implementatie

De definitie van misbruik is zeer algemeen en vooral niet ingekaderd. Inzoverre klopt het dat alle algemene anti-misbruikbepalingen een slot op de deur zijn, echter sluit dit niet uit dat een bepaalde constructie of reeks van constructies door de EU-lidstaten verschillend beoordeeld kunnen worden. Dit is uiteraard van belang in grensoverschrijdende situaties waarin meerdere partijen betrokken zijn

¹⁷¹ Préambule van de ATAD-richtlijn, noot 11, tweede volzin.

die in verschillende EU-lidstaten zijn gevestigd. Wanneer bijvoorbeeld Duitsland een transactie negeert op basis van misbruik, dan zou de Nederlandse fiscale autoriteit de betreffende transactie ook moeten negeren. Indien Nederland dat niet doet kan een mismatchsituatie ontstaan. In een zuivere nationaalrechtelijke situatie zou de constructie bestreden worden met de anti-misbruikregeling. Om onder andere deze reden acht ik de implementatie van de GAAR in de nationale wet- en regelgeving van alle EU-lidstaten van belang. De implementatie in de wet- en regelgeving zorgt voor harmonisatie van de anti-misbruikbepalingen en de ongeschreven leerstukken binnen de Unie. Met een implementatie waarborg je dat de GAAR op een uniforme wijze van toepassing zal zijn in binnenlandse situaties, binnen de Unie en ten aanzien van derde landen, wat in de préambule van de ATAD-richtlijn als belangrijk punt wordt opgemerkt.¹⁷² Dit past beter bij een doelstelling van de ATAD-richtlijn, namelijk het bieden van rechtszekerheid aan belastingplichtigen. Vrijwel alle lidstaten van de EU kennen een anti-misbruikbepaling of een ongeschreven leerstuk, zoals bijvoorbeeld Nederland met het *Fraus Legis*-leerstuk.¹⁷³ In al die EU-lidstaten speelt de vraag of de toepassing van die ongeschreven leerstukken voldoende zijn of deze expliciet geïmplementeerd moeten worden in de van toepassing zijnde wet.¹⁷⁴ Het Nederlandse kabinet is bijvoorbeeld van mening dat de GAAR al door het *fraus legis*-leerstuk in het Nederlandse belastingwetgeving is geïmplementeerd.¹⁷⁵ Wanneer artikel 288 VwEU wordt geraadpleegd, kan worden afgeleid dat een EU-lidstaat vorm en middelen mag kiezen om een door een richtlijn nagestreefd doel het best te bereiken. Zie ook het arrest van het HvJ EU in de zaak *Kofoed*, C-321/05. In die zaak ging het over de vraag of Denemarken de anti-misbruikbepaling van artikel 15 van de *Fusierichtlijn* had geïmplementeerd. Door het HvJ EU is in die zaak geoordeeld dat niet altijd een optreden van de wetgever een vereiste is. Het is volgens het HvJ EU acceptabel wanneer bij implementatie volstaan kan worden met een algemeen rechtskader zonder dat de richtlijnbepalingen formeel en uitdrukkelijk zijn overgenomen in de nationale wet.¹⁷⁶ Op grond van het besproken arrest en artikel 288 van het verdrag VwEU is dus in bepaalde gevallen een opname van een richtlijnbepaling in de nationale wet- en regelgeving niet nodig. Daarentegen ben ik van mening dat de implementatie van de GAAR in de nationale wet- en regelgeving beter past bij de doelstelling van de ATAD-richtlijn, tenzij de nationale wetgeving voldoende middelen in zich draagt om het gestreefde doel van de richtlijn te bereiken zoals dat het geval is met het *fraus legis*-leerstuk in Nederland.

¹⁷² Préambule van de ATAD-richtlijn, onderdeel 11.

¹⁷³ O.C.R. Marres, 'De anti-ontgaansrichtlijn', *NtFR* 2017/18, onderdeel 7.

¹⁷⁴ D.M. Weber, 'De algemene antimisbruikregel in de Anti-belastingontwikningsrichtlijn', *FED* 2016/10, paragraaf 3.

¹⁷⁵ Brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer van 29 april 2016, AFP/2016/394, p. 11.

¹⁷⁶ HvJ EU 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*), r.o. 44.

4.5.3 Effectiviteit

In deze paragraaf stond de GAAR uit de ATAD-richtlijn centraal. Het hoofddoel van de GAAR is het dichten van mazen in de wetgeving door de GAAR van toepassing te verklaren in belastingstelsels. Hiermee wordt beoogd dat grensoverschrijdende fiscale misbruikpraktijken bestreden zullen worden waartegen eerder geen voorziening zijn getroffen of de huidige bestrijdingsmaatregelen geen soelaas bieden. De GAAR is op grond van het besproken hierboven, een effectieve bestrijdingsmaatregel tegen belastingontwijkingsgedrag en dient beschouwd te worden als een extra slot op de deur. Dit, omdat misbruiksituaties die niet bestreden kunnen worden met een bestaande specifieke anti-misbruikbepaling of een andere regeling wel bestreden kunnen worden met de GAAR.

Voor de volledigheid dient wel opgemerkt te worden dat de effectiviteit van dit bestrijdingsmiddel vergroot wordt en meer doet aan het rechtszekerheidsbeginsel van belastingplichtigen wanneer de GAAR geïmplementeerd wordt in alle EU-lidstaten. Wanneer de GAAR geïmplementeerd wordt in alle lidstaten van de EU wordt gewaarborgd dat de GAAR op uniforme wijze toepassing vindt in binnenlandse situaties, binnen de Unie en ten aanzien van derde landen. Hierdoor zal de reikwijdte en de toepassingsresultaten in binnenlandse en grensoverschrijdende situaties niet uiteenlopen wat ten gunste komt aan de effectiviteit van de bepaling.

4.6.1 CFC-regelgeving: gecontroleerde buitenlandse vennootschappen

In artikel 7 en 8 van de ATAD-richtlijn is de regelgeving over CFC's gegeven. CFC is de afkorting van Controlled Foreign Company. Multinationals maken wereldwijd gebruik van CFC's om BEPS en daarmee een verlaging van de belastingdruk voor het concern in zijn geheel te realiseren. In dergelijke gevallen worden vermogens ondergebracht en of winsten verschoven naar dochtervennootschappen die in een lager belastend land zijn gevestigd. Die dochtervennootschappen worden tegelijkertijd gecontroleerd door de binnenlandse moedervernootschap. De in het lager belaste land gevestigde dochtervennootschap is de CFC-entiteit.

Het doel van de CFC-bepaling is het wegnemen van het voordeel van deze laagbelaste dochtervennootschappen of vaste inrichtingen.¹⁷⁷ Na toepassing van de CFC-bepaling moet het gebruik van een CFC niet langer meer fiscaal voordeel opleveren. De EU-lidstaten dienen deze bepaling uiterlijk op 31 december 2018 te hebben geïmplementeerd in hun nationale wet- en regelgeving, zodat per 1 januari 2019 de bepaling toegepast kan worden.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Préambule van de ATAD-richtlijn, noot 5.

¹⁷⁸ Artikel 11, eerste lid, ATAD-richtlijn.

4.6.2 Werking van de CFC-bepaling

De CFC-bepaling behelst in het kort dat bepaalde (niet uitgekeerde) inkomsten van een laagbelaste gecontroleerde entiteit of vaste inrichting toegerekend moeten worden aan haar EU-moedermaatschappij. Het gevolg van de toerekening is dat de moedermaatschappij belast wordt over deze inkomsten in de lidstaat van de EU waar zij fiscaal inwoner van is.¹⁷⁹ Hiermee wordt getracht het fiscaal voordeel van een dergelijke CFC-entiteit weg te nemen.

Er is conform de ATAD-richtlijn sprake van een CFC wanneer een buitenlandse entiteit of vaste inrichting, waarvan de winst in de lidstaat van de moedermaatschappij niet aan belastingheffing is onderworpen of daarvan is vrijgesteld, voldoet aan de belastingdruktoets¹⁸⁰ en in het geval van een entiteit tevens aan de deelnemingsdrempel¹⁸¹.

Met de deelnemingsdrempel wordt bedoeld dat de belastingplichtige zelf of tezamen met zijn gelieerde ondernemingen rechtstreeks of middellijk een deelneming heeft van meer dan 50% in de stemrechten, winstrechten of het kapitaal van een andere entiteit. Voor de bepaling van dit belang dient dus het belang van alle gelieerde ondernemingen van de belastingplichtige meegenomen te worden. Bij de belastingdruktoets wordt bekeken of de daadwerkelijke betaalde belasting door de entiteit of vaste inrichting in de CFC-staat lager is dan het verschil tussen de belasting die verschuldigd zou zijn indien die entiteit of vaste inrichting onderworpen was aan de regels van de EU-lidstaat van de belastingplichtige en de daadwerkelijke belasting die is betaald.

In geval de CFC een vaste inrichting heeft die niet aan de belastingregels van de CFC-staat is onderworpen of daarvan is vrijgesteld, wordt bij de toepassing van de belastingdruktoets bij de berekening van de daadwerkelijke betaalde belasting in de CFC-staat geen rekening gehouden met die vaste inrichting.¹⁸² Deze bepaling is opgenomen om te voorkomen dat CFC's de belastingdruktoets gaan ontwijken in geval de CFC-staat inkomsten van een vaste inrichting vrijstelt van belastingheffing en de CFC een vaste inrichting in een andere staat vormt waaraan zij inkomsten toerekent.¹⁸³ Hiermee wordt dus vermenging van inkomsten voorkomen. Ter verduidelijking van de belastingdruktoets is in de 'Bijlage CFC' een voorbeeld opgenomen.

Uit de preambule van de richtlijn volgt dat EU-lidstaten bevoegd zijn om strengere eisen aan de CFC-regelgeving te stellen. Zij kunnen bijvoorbeeld de deelnemingsdrempel verlagen en een hogere

¹⁷⁹ Préambule van de ATAD-richtlijn, noot 12.

¹⁸⁰ Artikel 7, eerste lid, onderdeel b, ATAD-richtlijn.

¹⁸¹ Artikel 7, eerste lid, onderdeel a, ATAD-richtlijn.

¹⁸² Artikel 7, eerste lid, onderdeel b, tweede alinea, ATAD-richtlijn.

¹⁸³ V.T.P. van der Lans & M. Verhoog, 'De CFC-maatregel (art. 7 en 8 Anti-ontgaansrichtlijn)', *FED* 2016/111. p.2.

drempel invoeren bij de belastingdruktoets zodat eerder wordt voldaan aan deze toetsen om een buitenlandse entiteit of vaste inrichting aan te merken als een CFC.¹⁸⁴

Nadat is vastgesteld dat een entiteit of vaste inrichting een CFC is, is de volgende stap wat als CFC-inkomen aangemerkt moet worden door de lidstaat van de belastingplichtige. Afhankelijk van de beleidsprioriteiten kunnen de EU-lidstaten de CFC-maatregel toepassen op een CFC in haar geheel, op specifieke categorieën van inkomsten of inkomsten die kunstmatig weggesluisd zijn naar die CFC's.¹⁸⁵ De benadering waarbij specifieke categorieën van inkomsten worden geheven is te beschouwen als een inkomstenbenadering. Bij deze benadering neemt de lidstaat van de belastingplichtige als inkomen van de CFC op in de belastinggrondslag specifiek genoemde niet-uitgekeerde inkomsten van die CFC. Conform het tweede lid, onderdeel a, van artikel 7 ATAD-richtlijn gaat het hierbij om de volgende inkomsten:¹⁸⁶

- Rente of andere inkomsten die voortvloeien uit financiële activa;
- Royalty's of andere inkomsten die voortvloeien uit intellectueel eigendom;
- Dividenden en inkomsten die voortvloeien uit de vervreemding van aandelen;
- Inkomsten die voortvloeien uit financiële leasing, verzekerings-, bank- en andere financiële activiteiten; en
- Inkomsten die voortvloeien uit factureringsvennootschappen die hun verkoop- en diensteninkomsten halen uit goederen en diensten, gekocht van en verkocht aan gelieerde ondernemingen, en weinig of geen economische waarde toevoegen.

Uit het rijtje komt naar voren dat het vooral gaat om passieve inkomsten die mobiel van aard zijn. Dat zijn inkomsten die gemakkelijk te verplaatsen zijn en daarmee BEPS-gevoelig zijn.

De richtlijnbevestiging is voorzien van een ontsnappingsmogelijkheid. De nadruk wordt bij die ontsnappingsmogelijkheid gelegd op substance. In geval er situaties voordoen waarin uit feiten en omstandigheden blijkt dat de CFC een wezenlijke economische activiteit uitoefent die ondersteund wordt door personeel, uitrusting, activa en lokalen worden de CFC-inkomsten die hierboven zijn beschreven niet door de EU-lidstaat van de belastingplichtige in de heffing betrokken.¹⁸⁷ Doen blijken of een wezenlijke economische activiteit wordt uitgeoefend ligt daarbij niet specifiek bij belastingplichtigen. Uit de preambule van de ATAD-richtlijn volgt dat het vergaren van relevante feiten en omstandigheden een gezamenlijke taak is van belastingplichtigen en belastingautoriteiten. Bij de

¹⁸⁴ Preambule van de ATAD-richtlijn, noot 12.

¹⁸⁵ Preambule van de ATAD-richtlijn, punt 12.

¹⁸⁶ Artikel 7, tweede lid, onderdeel a, ATAD-richtlijn.

¹⁸⁷ Artikel 7, tweede lid, onderdeel a, tweede alinea, ATAD-richtlijn.

implementatie van de ATAD-richtlijn mogen de EU-lidstaten hiervan afwijken.¹⁸⁸ Mijns inziens moeten de EU-lidstaten hiervan afwijken en de bewijslast bij belastingplichtigen leggen willen zij de CFC-bepaling ontlopen. In situaties wanneer een CFC inwoner is van, of is gelegen in een derde land dat geen partij is bij de EER-Overeenkomst kunnen de EU-lidstaten afzien van deze substance-uitzonderingsregel.¹⁸⁹ De hoofdregel waarmee de CFC-inkomsten door de lidstaat van de belastingplichtige in de heffing bij die belastingplichtige wordt betrokken is dan direct van toepassing. Dit betekent dat ongeacht de vraag of er wel of geen substances zijn in een dergelijke derde land direct de CFC-heffing in de EU-lidstaat mag plaatsvinden. Dit is gunstig voor belastingautoriteiten. Uiteraard is dit nadelig voor belastingplichtigen, omdat zij direct geconfronteerd worden met de CFC-heffing ondanks er sprake kan zijn van een wezenlijke economische activiteit met voldoende substances in het CFC-land.

Wanneer een EU-lidstaat besluit om de zogenoemde inkomstenbenadering te hanteren kan zij ervoor kiezen een CFC niet als zodanig te behandelen in geval de daaruit voortvloeiende inkomsten voor een derde of minder bestaan uit inkomsten zoals hierboven beschreven.¹⁹⁰ Tot slot, met betrekking tot financiële ondernemingen kunnen de EU-lidstaten kiezen de CFC-maatregel op die ondernemingen wel of niet toe te passen indien een derde of minder van de inkomsten voortkomt uit transacties met de belastingplichtige of met de belastingplichtige gelieerde ondernemingen.¹⁹¹ Dit, teneinde de administratieve lasten en de nalevingskosten te beperken.

Mijns inziens kan er een ongewenst effect optreden wanneer EU-lidstaten de inkomstenbenadering met de substance-vereiste als uitzonderingsregel toepassen in hun nationale wetgeving. Het substance-vereiste kan met zich meebrengen dat meer substance buiten de Europese Unie wordt opgebouwd teneinde de toepassing van de CFC-maatregel te voorkomen. In andere woorden zal dit mijns inziens ten koste kunnen gaan van activiteiten die tot voor de implementatie van de CFC-bepaling in de EU worden ontplooid.

Naast de inkomstenbenadering kunnen de EU-lidstaten kiezen voor de transactiebenadering.¹⁹² Op grond van deze benadering betrekken EU-lidstaten in de belastinggrondslag van een belastingplichtige de niet-uitgekeerde inkomsten van zijn CFC, voorzover die inkomsten zijn voortgekomen uit

¹⁸⁸ V.T.P. van der Lans & M. Verhoog, 'De CFC-maatregel (art. 7 en 8 Anti-ontgaansrichtlijn)', *FED* 2016/111. p. 3.

¹⁸⁹ Artikel 7, tweede lid, onderdeel a, derde alinea, ATAD-richtlijn.

¹⁹⁰ Artikel 7, derde lid, eerste alinea, ATAD-richtlijn.

¹⁹¹ Artikel 7, derde lid, tweede alinea, ATAD-richtlijn.

¹⁹² V.T.P. van der Lans & M. Verhoog, 'De CFC-maatregel (art. 7 en 8 Anti-ontgaansrichtlijn)', *FED* 2016/111. p.3.

kunstmatige constructies¹⁹³ die opgezet zijn met als wezenlijk doel het behalen van een belastingvoordeel.¹⁹⁴

In de preambule van de ATAD-richtlijn wordt het belang van de beperking van administratiekosten en nalevingskosten benadrukt. Om die kosten te beperken wordt in de preambule aanbevolen om CFC's met geringe winsten of lage winstmarges vrij te stellen. Dit kan in gevallen waarin een belastingplichtige een CFC heeft met

- a) een boekhoudkundige winst van ten hoogste € 750.000,- en inkomsten heeft uit andere dan handelsactiviteiten van ten hoogste € 75.000,-;¹⁹⁵ of
- b) waarvan de boekhoudkundige winst maximaal 10% van de exploitatiekosten voor het belastingtijdvak bedraagt (onder exploitatiekosten vallen niet de kosten van goederen die worden verkocht buiten het fiscale vestigingsstaat van de CFC of betalingen aan gelieerde ondernemingen).¹⁹⁶

De lidstaten mogen dus in bepaalde gevallen zowel bij de inkomsten- als bij de transactiebenadering afzien om de CFC-maatregel toe te passen, dit is echter niet verplicht! Wanneer EU-lidstaten hiervan gebruik maken zie ik een ontsnappingsmogelijkheid voor de CFC. Een CFC met bijvoorbeeld een boekhoudkundige winst van meer dan € 750.000,- kan splitsen in meerdere ondernemingen waarmee ontsnapt kan worden aan de CFC-heffing. Het buiten toepassing laten van de uitzonderingsregel kan wel leiden tot hoge uitvoeringskosten die opwegen tegen te innen belastingopbrengsten.¹⁹⁷ Overigens brengt het afzien van de uitzonderingsregeling administratiekosten met zich mee voor belastingplichtigen dat nadelig is voor het fiscale vestigingsklimaat van dat lidstaat zowel binnen als buiten de EU. Het is afhankelijk van het beleidsprioriteit om wel of niet af te zien van de afwijkingsmogelijkheden.

Nadat is geconstateerd dat er sprake is van een CFC moet de controlerende vennootschap van die CFC de belastbare inkomsten van de betreffende CFC in haar belastinggrondslag meenemen. De regels voor de berekening en toerekening van die inkomsten is neergelegd in artikel 8 van de ATAD-richtlijn. De

¹⁹³ Voor de toepassing van deze benadering wordt een constructie of een reeks constructies als kunstmatig aangemerkt voor zover de entiteit of vaste inrichting geen eigenaar van de activa zou zijn, of niet de risico's zou hebben genomen die al haar inkomsten, of een deel ervan, genereren indien zij niet onder de zeggenschap stond van een vennootschap waar de voor die activa en risico's relevante sleutelfuncties worden verricht, welke een essentiële rol vervullen bij het genereren van de inkomsten van de gecontroleerde vennootschap. Zie het tweede alinea van artikel 7, tweede lid, onderdeel b, ATAD-richtlijn.

¹⁹⁴ Artikel 7, tweede lid, onderdeel b, ATAD-richtlijn.

¹⁹⁵ Artikel 7, vierde lid, onderdeel a, ATAD-richtlijn.

¹⁹⁶ Artikel 7, vierde lid, onderdeel b, ATAD-richtlijn.

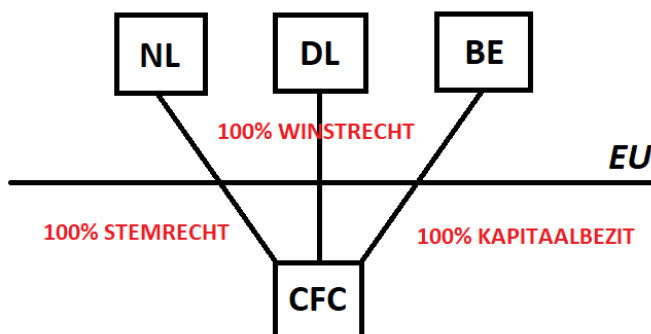
¹⁹⁷ In de literatuur ontbreekt een onderzoek over de uitvoeringskosten van de CFC-bepaling.

inkomsten van een CFC worden in de belastinggrondslag van de belastingplichtige meegenomen in het jaar waarin het fiscale boekjaar van de CFC eindigt.¹⁹⁸

Op grond van het derde lid van artikel 8 ATAD-richtlijn is het afhankelijk van de omvang van de deelneming in de CFC hoeveel inkomsten er toegerekend moet worden aan de belastingplichtige. Wanneer een EU-lidstaat de inkomstenbenadering hanteert worden de CFC-inkomsten berekend volgens de regels van de winstbelasting die vergelijkbaar is met de Nederlandse vennootschapsbelasting in de EU-lidstaat waarin de controlerende vennootschap fiscale woonplaats heeft.¹⁹⁹ Onduidelijkheid heerst of de inkomsten van de CFC op bruto- of netto-basis aan de heffingsgrondslag van de controlerende vennootschap toegerekend moet worden. Verder voorziet de ATAD-richtlijn in verrekening van CFC-verliezen. Verliezen mogen, in overeenstemming met het geldende nationale recht, alleen voorwaarts verrekend worden met toekomstige winsten van die CFC.²⁰⁰

In geval bij de implementatie wordt gekozen voor de transactiebenadering door een EU-lidstaat, dan betreft de EU-lidstaat van de controlerende vennootschap inkomsten die voortvloeien uit activa en risico's die zijn verbonden met de uitgeoefende sleutelfuncties van de CFC in de heffing. De toerekening van de CFC-inkomsten aan de controlerende vennootschap gebeurt daarbij aan de hand van het zakelijkheidsbeginsel.²⁰¹

In FED 2016/111 wordt door Van der Lans en Verhoog terecht opgemerkt dat het onduidelijk is hoe de berekening van de inkomstentoerekening uitwerkt wanneer de procentuele deelname van de belastingplichtige in de winsten, het kapitaal of de stemrechten van de CFC van elkaar afwijken. De situatie kan zich namelijk voordoen waarin sprake is van een deelname in de winsten voor 50%, stemrechten voor 30% en kapitaal voor 40%.



Denk bijvoorbeeld aan een constructie waarbij een vennootschap in Nederland, Duitsland en België een gemeenschappelijke deelneming hebben in een land dat geen partij is bij de EER-Overeenkomst. De vennootschap in Nederland neemt deel voor 100% in de stemrechten, vennootschap in België bezit

¹⁹⁸ Artikel 8, vierde lid, ATAD-richtlijn.

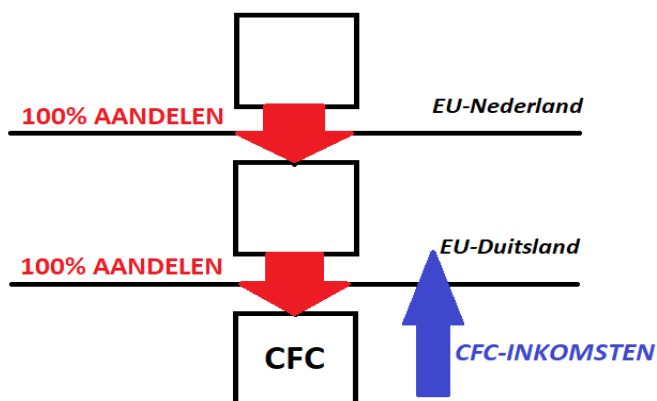
¹⁹⁹ Artikel 8, eerste lid, ATAD-richtlijn.

²⁰⁰ Artikel 8, eerste lid, tweede volzin, ATAD-richtlijn.

²⁰¹ Artikel 8, tweede lid, ATAD-richtlijn.

voor 100% het kapitaal en vennootschap in Duitsland heeft recht op 100% van de winsten in de entiteit. Voor de kwalificatie van een entiteit tot een CFC in de zin van de CFC-bepaling is het van belang dat de deelnemingsdrempel van ten minste 50% in de stemrechten, winsten of kapitaal wordt behaald door de belastingplichtige. Wanneer ook is voldaan aan de belastingdruktoets zou men in beginsel de entiteit kunnen beschouwen als een CFC van alle voorgenoemde vennootschappen in de verschillende EU-lidstaten.²⁰² Deze lijn volgend zou dit in het praktijk betekenen dat dezelfde CFC-inkomsten op grond van de CFC-maatregel voor 100% toegerekend worden aan de vennootschappen gevestigd in Nederland, Duitsland en België. Het gevolg hiervan is dat die CFC-inkomsten drie keer belast worden door de EU-lidstaten.²⁰³ Hier gaat het wel om verschillende deelnemingen, echter wordt het object in drie EU-lidstaten in de heffing betrokken. Wanneer tevens de drie vennootschappen die een deelneming hebben in de CFC een gezamenlijke moedermaatschappij hebben die is gevestigd buiten de EU, betekent dit in beginsel dubbele belastingheffing voor de moedermaatschappij.

Een andere situatie die onduidelijkheid met zich meebrengt is wie de CFC-inkomsten in aanmerking moet nemen in moeder-dochter-kleindochterrelaties. Zie het volgende voorbeeld:

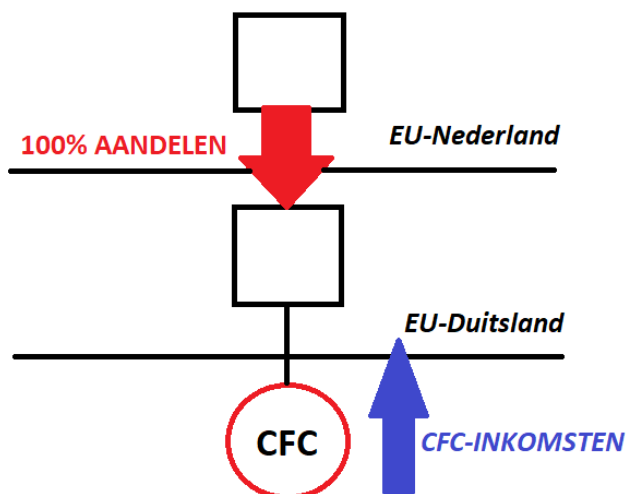


Moedermaatschappij in Nederland heeft een 100% deelneming in tussenhoudstermaatschappij in Duitsland. Duitsland houdt op zijn beurt een 100%-deelneming in een entiteit (kleindochter) die geen partij is bij de EER-Overeenkomst. Indien we veronderstellen dat aan de belastingdruktoets wordt voldaan dan wordt de kleindochter aangemerkt als een CFC door de lidstaat van de belastingplichtige. Zowel Nederland als Duitsland zou de CFC-maatregel willen toepassen op de niet-uitgekeerde

²⁰² Met inachtneming dat er tevens voldaan wordt aan de belastingdruktoets van artikel 7, eerste lid, onderdeel b, ATAD-richtlijn.

²⁰³ Met de veronderstelling dat de genoemde EU-lidstaten dezelfde soort inkomens als CFC-inkomen gaan belasten.

inkomsten van deze CFC. Dit betekent in de praktijk dubbele belasting over dezelfde CFC-inkomsten. Hier is het van belang wie de belastingplichtige is; is dat a) de moedermaatschappij in Nederland, b) de dochtermaatschappij in Duitsland of c) zowel de moeder- als de dochtermaatschappij. In de literatuur wordt het standpunt ingenomen dat de ATAD-richtlijn geen handvat biedt voor de voorkoming van de dubbele belasting in meerdere EU-lidstaten zoals hierboven geschetst.²⁰⁴ Ik begrijp die onduidelijkheid wel, echter denk ik dat de CFC-bepaling in de richtlijn zo gelezen moet worden dat de belastingplichtige is diegene die de controle heeft over de buitenlandse entiteit. In andere woorden, de eerste controlerende vennootschap die in een EU-lidstaat is gevestigd. Voor de bepaling wie de controlerende vennootschap is moet het hierboven weergegeven grafiek van beneden naar boven gelezen worden. Dit betekent dat de eerste EU-vennootschap die voldoet aan de deelnemingsdrempel, in casu Duitsland, de controle heeft over de CFC. Dit is ook logisch wanneer de entiteit in het voorbeeld hierboven een vaste inrichting zou zijn. Zie het volgende voorbeeld:



In dit voorbeeld heeft de moedermaatschappij in Nederland een 100%-deelneming in een Duitsland gevestigde vennootschap. Die Duitse vennootschap heeft een vaste inrichting in een derde land dat geen partij is bij de EER-Overeenkomst. Wanneer ook is voldaan aan de belastingdruktoets behandelt de lidstaat van de belastingplichtige de vaste inrichting als een CFC. De

belastingplichtige is hier het hoofdhuis van de vaste inrichting, de Duitse vennootschap. Onder de algemene internationale regels wordt het resultaat van de vaste inrichting geëlimineerd uit de wereldwinst van de Duitse vennootschap. Een heffing bij de moedermaatschappij in Nederland komt helemaal niet ter sprake. Wanneer dit wel zou zijn bij een entiteit, ontstaat er een verschillende behandeling tussen vaste inrichtingen en entiteiten.

Ik begrijp de redenering van het standpunt dat de CFC in wezen gecontroleerd wordt door de moedermaatschappij. Dit vanwege de moedermaatschappij met een belang van 100% de tussenhoudster controleert en daarmee dus ook volkomen controle heeft over de CFC.²⁰⁵ Echter

²⁰⁴ Zie bijvoorbeeld het Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2016/37.3, p. 32. & V.T.P. van der Lans & M. Verhoog, 'De CFC-maatregel (art. 7 en 8 Anti-ontgaansrichtlijn)', FED 2016/111, p. 6.

²⁰⁵ In artikel 7, eerste lid, onderdeel a, ATAD-richtlijn kwalificeert ook een middellijke deelneming.

wanneer in een dergelijk geval ook het land van de moedermaatschappij gaat heffen ontstaat er dubbele belasting. Gezien dat de CFC-bepaling minimumstandaarden bepaalt lijkt het erop dat de EU-lidstaten zelf bij de implementatie van deze bepaling mogen voorzien in een eigen oplossing om dubbele belasting zoals hiervoor aangegeven te voorkomen. Een afzonderlijke oplossing op nationaal niveau zal er wel toe leiden dat voorkoming van dubbele belasting anders uitgelegd kan worden dan in andere lidstaten. Hier kan gedacht worden aan bijvoorbeeld de eenzijdige voorkoming van dubbele belasting die Nederland hanteert. Een mogelijke oplossing voor situaties waarin de toepassing van de CFC-maatregel leidt tot het belasten van dezelfde CFC-inkomsten in meerdere EU-lidstaten is dat EU-lidstaten voorkoming verlenen in de vorm van een verrekening of vrijstelling voor de in andere EU-lidstaten betaalde belasting over die CFC-inkomsten. De OESO stelt in het OESO-BEPS-plan voor dat staten verrekening geven voor in het buitenland betaalde belasting.²⁰⁶

De OESO heeft in haar anti-BEPS-plannen de aanbeveling gedaan dat de winst van de CFC toegerekend moet worden aan de topvennootschap van een constructie.²⁰⁷ Ik ben van mening dat belastingheffing bij de directe deelnemer in de CFC-entiteit meer in lijn is met de ATAD-richtlijn. De belastingheffing kan veel minder opleveren naarmate er tussen de moedermaatschappij en de CFC meerdere entiteiten zijn die telkens een belang van minder dan 100% vertegenwoordigen van de CFC. Dit zou mijns inziens ook niet in verhouding staan met de CFC-bepaling zelf. De CFC-bepaling is namelijk bedoeld om de niet uitgekeerde winsten alsnog in de heffing te betrekken. Ook gezien vanuit het eenvoud ben ik een voorstander van heffing bij de directe deelnemer. Want stel dat er meerdere deelnemingen zijn die allen gevestigd zijn in verschillende landen. Het zal niet eenvoudig zijn om alle informatie bij elkaar te krijgen en deze te verwerken om vervolgens de inkomsten van de CFC te belasten. Een bijkomend voordeel van de toerekening aan de directe deelnemer is dat er ook geen sprake zal zijn van meerdere malen heffing over dezelfde CFC-inkomsten.

Tot slot, belastingplichtigen worden niet geconfronteerd met de CFC-bepaling wanneer de CFC's de inkomsten voor het einde van het fiscale boekjaar uitkeren. In geval de inkomsten worden uitgekeerd wordt de belastinggrondslag van de CFC met hetzelfde bedrag verminderd waarmee dubbele belastingheffing wordt voorkomen.²⁰⁸

²⁰⁶ OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. p. 65.

²⁰⁷ OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. par. 6.1.

²⁰⁸ Artikel 8, vijfde lid, ATAD-richtlijn.

4.6.3 Effectiviteit

Het doel van de CFC-bepaling is het wegnemen van het voordeel van CFC's (laag belaste dochtervennootschappen of vaste inrichtingen) waarmee BEPS en daarmee een verlaging van de belastingdruk wordt gerealiseerd. Deze bepaling moet ervoor zorgen dat het voordeel van dergelijke entiteiten wordt weggenomen door (niet uitgekeerde) inkomsten van die entiteiten rechtstreeks bij de moedermaatschappij in de belastinggrondslag te betrekken.

Hierdoor is de CFC-bepaling effectief. In alle EU-lidstaten zijn de CFC-inkomsten hetzelfde waardoor er geen ruimte is om het type inkomen zelf in te vullen. Iedere EU-lidstaat geeft hiermee eenzelfde kwalificatie aan een bepaald inkomen. Zowel belastingplichtigen als fiscale autoriteiten weten waar ze aan toe zijn. Dit is gunstig voor de rechtszekerheid en de effectiviteit van de gemeenschappelijke bestrijding tegen BEPS.

Een punt dat wel aandacht verdient is wie de belastingplichtige conform de CFC-bepaling is. In andere woorden, hoe dient er voor belastingdoeleinden omgegaan te worden in een situatie waarbij meerdere EU-lidstaten de CFC-maatregel willen toepassen op hetzelfde CFC. Indien meerdere EU-lidstaten de CFC-heffing willen toepassen heeft dit in beginsel dubbele belastingheffing als gevolg. Een ander punt is dat de effectiviteit deels verzwakt wordt op het punt van de minimumgrens aan winst van artikel 7, vierde lid, ATAD-richtlijn. Op grond van dit lid kunnen EU-lidstaten besluiten om CFC's met een belastbaar inkomen tot € 750.000,- niet aan belastingheffing te onderwerpen. Aan de situatie kan gedacht worden waarin de CFC wordt opgesplitst in meerdere ondernemingen om onder de grens van de winstdrempel te blijven. Hier zou eventueel een anti-misbruikbepaling ingevoerd kunnen worden dat luidt als "alles wat in de CFC-staat tot stand komt wordt toegerekend aan de betreffende CFC". Het ontbreken van een dergelijke anti-misbruikbepaling verzwakt de effectiviteit van de bepaling. Het is de EU-lidstaten toegestaan om verdergaande maatregelen treffen. Mijn aanbeveling aan EU-lidstaten die gebruik willen maken van de minimumgrens is om minimumgrens te combineren met een anti-misbruikregeling zoals hiervoor genoemd. Tot slot kan de implementatie leiden tot willekeur. EU-lidstaten kunnen zelf bepalen of dat zij in situaties met derde landen de toepassing van de CFC-maatregel afzien wanneer er sprake is van reële economische activiteiten. Dit is dus geen verplichting waardoor binnen de EU een vergelijkbare situatie anders beoordeeld kan worden.

4.7.1 Hybride mismatches

Tot slot wordt in deze paragraaf het kwalificatieconflict door hybride structuren besproken. Met betrekking tot kwalificatieconflicten zijn er twee richtlijnen van belang. De eerste richtlijn, ATAD-richtlijn, ziet enkel op kwalificatieconflicten door hybride entiteiten en financiële instrumenten. De werking van deze bepaling is beperkt tot EU/EER-situaties. Vanuit de EU-lidstaten is het verzoek

gedaan om een tweede richtlijn uit te vaardigen die erop gericht is kwalificatieconflicten met derde landen te bestrijden.²⁰⁹ Hierop is de tweede richtlijn aangenomen, genaamd ATAD 2.²¹⁰ ATAD 2 is dus een uitbreiding van de hybride mismatchbepaling uit de ATAD-richtlijn en ziet op mismatchsituaties tussen EU-lidstaten en derde landen. Ook wordt met behulp van ATAD 2 nieuwe regels geïntroduceerd die andere mismatches tegengaan. Onder het toepassingsbereik vallen nu ook interne verhoudingen tussen hoofdhuis-vaste inrichting en tussen vaste inrichtingen onderling.²¹¹ Verder is het toepassingsbereik van de hybride mismatchbepaling onder ATAD 2 aangepast. Zie artikel 2, vierde lid van de ATAD. Normaliter wordt in de richtlijn voor gelieerde ondernemingen een belang van ten minste 25% gehanteerd. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen de aandeelhouderschap en kan een natuurlijke persoon ook kwalificeren bij de beoordeling van een gelieerde onderneming. Voor de toepassing van de bepaling omtrent kwalificatieconflicten moet er sprake zijn van ten minste 50% (met uitzondering voor hybride financiële instrumenten waar de grens op 25% blijft liggen).²¹² Dit betekent een zodanig belang dat de aandeelhouder in beginsel de activiteiten van een entiteit kan bepalen. Hierna wordt gewerkt vanuit het artikel van het Vakstudie Nieuws in *V-N* 2017/36.2. In dat artikel zijn beide richtlijnen geïntegreerd tot één richtlijn en wordt hierna aangeduid als ATAD. Alleen voor wat betreft een verduidelijking van een bepaald artikel kunnen de afzonderlijke préambules van de richtlijnen geraadpleegd worden. Waar gesproken wordt van ATAD-richtlijn wordt bedoeld de eerste richtlijn van de Raad van 12 juli 2016, Richtlijn (EU) 2016/1164. Met ATAD 2 wordt bedoeld de uitbreidingsrichtlijn van de Raad van 29 mei 2017, Richtlijn (EU) 2017/952.

Mismatch is de algemene benaming voor een kwalificatieconflict. Er is in de zin van de ATAD-richtlijn sprake van een mismatch wanneer de wettelijke kwalificatie van bijvoorbeeld een bepaling dubbele aftrek of een aftrek zonder corresponderende heffing van de ontvangst tot gevolg heeft.²¹³ Dit doet zich voor in de interactie tussen de wettelijke stelsels van twee of meer landen.²¹⁴ Uit de préambule van beide richtlijnen leidt ik af dat het doel van deze bepaling is het neutraliseren van de fiscale effecten van hybride structuren.²¹⁵ Met het neutraliseren van de effecten wordt bedoeld dat het fiscale gevolg van een dergelijke hybride structuur opgeheven wordt. In het kader van de effectiviteit zal deze bepaling effectief zijn wanneer de effecten van hybride structuren bestreden worden, dat wilt zeggen,

²⁰⁹ Préambule van ATAD 2, noot 5.

²¹⁰ Richtlijn tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen, COM(2016)687.

²¹¹ Vakstudie Nieuws, 'Antibelastingontwikingsrichtlijn 2 (ATAD 2)', *V-N* 2017/36.3. p. 7.

²¹² Zie het artikel 'Doorlopende tekst antibelastingontwikingsrichtlijn 1 en 2' van het Vakstudie Nieuws in *V-N* 2017/36.2. In artikel 2, vierde lid, van de doorlopende tekst anti-belastingontwikingsrichtlijn 1 en 2 wordt gedefinieerd wat voor de toepassing van de richtlijnen verstaan wordt onder gelieerde onderneming.

²¹³ Artikel 2, negende lid, onderdeel g, Doorlopende tekst ATAD.

²¹⁴ Préambule van de ATAD-richtlijn, noot 13.

²¹⁵ Zie noot 13 van de préambule van de ATAD-richtlijn en noot 5 en 9 van de préambule van ATAD 2.

dat een hybride structuur geen dubbele aftrek, aftrek zonder corresponderende heffing of geen heffing tot gevolg heeft zodat ook de eigen grondslag beschermd wordt. De EU-lidstaten dienen deze bepaling uiterlijk op 31 december 2019 te hebben geïmplementeerd in hun nationale wet- en regelgeving, zodat per 1 januari 2020 de bepaling van toepassing is.²¹⁶

4.7.2 Werking van de mismatchbepaling

De fiscale consequenties van mismatches zijn verschillend. Zo kunnen structuren worden opgezet waarbij dubbele aftrek wordt gerealiseerd, de *double deduction-situaties*. Ook is het mogelijk situaties te creëren waarin aftrek in een belastingjurisdictie wordt gekregen zonder een corresponderende heffing van de ontvangst in een ander belastingjurisdictie, de *deduction/no inclusion-situaties*. Dubbele aftrek en aftrek zonder betrekking in de heffing zijn gedefinieerd in artikel 2, lid 9, onderdeel g, punt b & c, van de ATAD. Er is in de zin van de ATAD sprake van dubbele aftrek wanneer dezelfde betaling, lasten of verliezen in het rechtsgebied van de betaler en in het andere betrokken rechtsgebied van de investeerder/ontvanger in aftrek komt. Van aftrek zonder corresponderende heffing is kortweg sprake wanneer een betaling in het rechtsgebied van de betaler in aftrek komt zonder dat die betaling in het rechtsgebied van de ontvanger in de heffing wordt betrokken. Ook is het denkbaar dat een dergelijke mismatch leidt tot dubbele heffing. Voor dubbele belastingheffing is echter in de ATAD geen nadere regelgeving opgesteld gezien het doel van deze richtlijn namelijk de bestrijding van BEPS in plaats van voorkoming van dubbele heffing.

In de ATAD zijn er regels opgenomen voor het neutraliseren van vijftal mismatchsituaties en voor situaties waarin sprake is van dubbele vestigingsplaats, die zijn als volgt:

- Hybride entiteiten: Een entiteit is hybride indien deze voor fiscale doeleinden in een belastingjurisdictie als transparant wordt beschouwd en in een andere jurisdictie als niet-transparant.
- Hybride financiële instrumenten: Een instrument (denk bijvoorbeeld aan een lening) is hybride indien deze voor fiscale doeleinden door de betrokken belastingjurisdicties verschillend worden behandeld.
- Hybride overdrachten: Hybride overdracht is een overeenkomst die wordt behandeld als een overdracht van een bezitting in de fiscale behandeling van een belastingjurisdictie, waarbij de andere betrokken belastingjurisdictie dit ziet als een lening met onderpand.
- Hybride vaste inrichtingen: De betrokken belastingjurisdicties beoordelen verschillend of sprake is van een vaste inrichting in één van de betrokken jurisdicties.

²¹⁶ Artikel 11, lid 5 bis, ATAD.

- Geïmporteerde mismatch: Van een geïmporteerde mismatch is sprake wanneer in een bepaalde structuur sprake is van een mismatch tussen derde landen en die mismatch door middel van een niet-hybride instrument als het ware wordt geïmporteerd naar een EU-lidstaat.
- Dubbele vestigingsplaats: Een entiteit is voor fiscale doeleinden inwoner van twee verschillende belastingjurisdicties.

In al deze mismatches-situaties legt de EC de verantwoordelijkheid voor het neutraliseren van de ongewenste effecten bij de EU-lidstaten neer, voorzover het betrokken derde land het effect van een dergelijke mismatch niet wegneemt.²¹⁷ Met neutralisatie wordt in andere woorden bedoeld dat het fiscale effect van een mismatch, dubbele aftrek, aftrek zonder betrekking in de heffing of geen heffing, weggenomen wordt. De EU-lidstaat van de belastingplichtige corrigeert in dat geval door aftrek te weigeren, de betaling in de belastinggrondslag van de belastingplichtige op te nemen of door de hybride entiteit in de belastinggrondslag te betrekken.

Het probleem in de kern is de verschillende wettelijke kwalificatie door de betrokken belastingjurisdicties waardoor belastingplichtigen BEPS mee kunnen realiseren. Om de onwenselijke gevolgen van het verschil in kwalificatie te bestrijden is door het Europees Parlement een aanbeveling gedaan.²¹⁸ Dit is merkwaardig, omdat normaliter de Europese Commissie is die als onafhankelijke Europese instelling met een dergelijke voorstel komt. Zij heeft als enige het initiatiefrecht tot het doen van voorstellen voor nieuwe wet- en regelgeving waarop het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie een beslissing uitbrengen. Het Europees Parlement heeft onder andere aanbevolen een uniform kwalificatiecriterium met betrekking tot schuld, vermogen, niet-transparante en transparante entiteiten te hanteren ofwel een maatregel tot het aanpakken van dubbele non-belasting.²¹⁹ Door het hanteren van een uniform kwalificatiecriterium zou het probleem in de kern aangepakt worden. Een conflict door een hybride structuur is namelijk het gevolg van verschillen in de nationale juridische kwalificatie van financiële instrumenten of entiteiten. In geval de commissie de aanbeveling van het Europees Parlement had gevolgd door een uniform kwalificatiecriterium te hanteren had dat betekend dat schuld, vermogen, niet-transparante en transparante entiteiten op Europees niveau gedefinieerd zou worden met als gevolg dat deze bepaling in de EU-lidstaten op een consequente wijze toegepast zou worden. Hiermee zou een einde komen aan de kwalificatieconflicten door hybride structuren in EU-situaties, hetgeen mijns inziens wenselijk is vanuit de Unie-gedachte. De commissie is echter een

²¹⁷ Vakstudie Nieuws, 'BNC-Fische 2: Richtlijn hybride mismatches met derde landen', V-N 2016/65.9. hoofdstuk 2.

²¹⁸ Resolutie van het Europees Parlement met aanbevelingen aan de Commissie betreffende meer transparantie, coördinatie en convergentie van het vennootschapsbelastingbeleid in de Unie, 16 december 2015 (2015/2010(INL)).

²¹⁹ G.K. Fibbe, 'Hybride mismatches onder de ATAD; symptoombestrijding is geen oplossing', WFR 2016/186, hoofdstuk 4.

andere weg ingeslagen door niet het probleem in de kern aan te pakken maar door het fiscale effect van het probleem te bestrijden. De beweegreden van de commissie is naar mijn mening de fiscale autonomie-gedachte van de EU-lidstaten geweest.²²⁰ Om dergelijke dispariteiten tussen de EU-lidstaten te voorkomen is een Europese-richtlijn een aangewezen route.

Neutralisering dubbele aftrek-situaties

In situaties van dubbele aftrek verplicht de mismatchbepaling dat als de investerende/ontvangende belastingplichtige is gevestigd in een EU-lidstaat, die lidstaat de aftrek dient te weigeren.²²¹ In geval de investerende/ontvangende belastingplichtige in een derde land is gevestigd en dat land de aftrek niet weigert wordt de mismatch geneutraliseerd door de EU-lidstaat waarin de betaler is gevestigd. De EU-lidstaat van de betaler weigert in dat geval de aftrek.²²² Hiermee wordt een mismatch geneutraliseerd door maar in één jurisdictie een betaling, lasten of verliezen in aftrek te brengen. Het optreden van een EU-lidstaat nadat het land van de ontvanger omtrent de mismatch geen actie onderneemt wordt de defensieve rule genoemd.

Neutralisering aftrek zonder betrekking in de heffing-situaties

Bij aftrek zonder betrekking in de heffing wordt de mismatch in eerste instantie geneutraliseerd door aftrek te weigeren in de EU-lidstaat waarin de betaler is gevestigd.²²³ In geval de betaler niet in een EU-lidstaat is gevestigd en de aftrek wordt daar niet geweigerd dan wordt de mismatch geneutraliseerd in de EU-lidstaat van de ontvanger. De desbetreffende betaling wordt dan in de belastinggrondslag van de in een EU-lidstaat gevestigde ontvanger betrokken.²²⁴ Dit zorgt ervoor dat een betaling niet in aftrek komt waartegen ook geen corresponderende heffing staat. Een bepaling om aftrek zonder betrekking in de heffing te bestrijden zien we terug in de recente wijziging van de Moeder-Dochterrichtlijn van de Europese Unie.²²⁵

De Moeder-Dochterrichtlijn zegt dat EU-lidstaten de winst van de moedermaatschappij die afkomstig is van een dochtermaatschappij vrij stelt van bronbelasting. Daarnaast mag die winst niet op het niveau

²²⁰ Fiscale autonomie houdt kortweg in dat lidstaten in beginsel vrij zijn in de inrichting van hun fiscale stelsel. Die vrijheid kan beperkt worden in geval een nationale bepaling strijdigheid oplevert met het EU-recht. De fiscale autonomie van lidstaten wordt op het gebied van directe belastingen in jurisprudentie van het HvJ EU bevestigd. Zie in dit kader bijvoorbeeld de arresten Wielockx²²⁰ en Columbus Container Services²²⁰ van het HvJ EU.

²²¹ Artikel 9, eerste lid, onderdeel a, ATAD.

²²² Artikel 9, eerste lid, onderdeel b, ATAD.

²²³ Artikel 9, tweede lid, onderdeel a, ATAD.

²²⁴ Artikel 9, tweede lid, onderdeel b, ATAD.

²²⁵ Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2014, L 219).

van de moedermaatschappij worden geheven om dubbele belasting te voorkomen. In de praktijk blijkt dat enerzijds met de Moeder-Dochterrichtlijn de belemmeringen in de interne markt geëlimineerd worden en anderzijds ontstaan er onwenselijke situaties voor fiscale autoriteiten.²²⁶ Het is onwenselijk, omdat er situaties ontstaan waarin bijvoorbeeld wel aftrek maar geen corresponderende heffing in de andere lidstaat wordt gerealiseerd zoals bij een mismatch bij hybride leningen. In dit geval ontstaat de mismatch doordat de vergoeding op een hybride lening door de betrokken lidstaten verschillend behandeld wordt. Een dergelijke situatie zou zich in een puur intern geval, dus binnen één belastingjurisdictie, niet voordoen. Om dergelijke onwenselijke situaties enigszins te voorkomen is de Moeder-Dochterrichtlijn per januari 2016 gewijzigd en worden de voordelen van de Moeder-Dochterrichtlijn niet toegekend.²²⁷ Op grond van die wijziging dient de lidstaat waarin de moedermaatschappij is gevestigd de door de dochtermaatschappij of vaste inrichting uitgekeerde winst in de heffing te betrekken in geval die winst in de lidstaat van die dochtermaatschappij of vaste inrichting in aftrek gebracht kan worden. Dit is dwingend van aard. Indien de lidstaat van de moedermaatschappij niet corrigeert dan mag de lidstaat van de dochtermaatschappij of vaste inrichting de aftrek weigeren. De aanpassing is van toepassing op alle deelnemingsverhoudingen waar sprake is van aftrek die betrekking heeft op een geldverstrekking zonder een corresponderende heffing.²²⁸ De Moeder-Dochterrichtlijn regelt dus de heffingskant, terwijl de bepaling in de ATAD-richtlijn gericht is op de aftrekkant. Zonder de werking van de ATAD-richtlijn resulteert de werking van de Moeder-Dochterrichtlijnwijziging in aftrek met corresponderende heffing. Hiermee wordt dus in deelnemingsverhoudingen een deel van de kwalificatieconflicten door hybride structuren geneutraliseerd.

Beide richtlijnen neutraliseren het effect van een hybride lening. De bepaling uit de ATAD is als het ware een uitbreiding op de wijziging van de Moeder-Dochterrichtlijn. De Moeder-Dochterrichtlijn ziet enkel op deelnemingsverhoudingen, terwijl de ATAD-richtlijn geen deelnemingscriterium kent waardoor het een ruimer reikwijdte heeft. Wanneer beide richtlijnen in een bepaalde situatie van toepassing zijn ontstaat het risico op een marktobstakel, namelijk géén aftrek maar wél heffing. Om dit marktobstakel te voorkomen is de hybride mismatchbepaling uit de ATAD niet van toepassing wanneer de Moeder-Dochterrichtlijn van toepassing is.²²⁹ In dit kader krijgt een heffing bij de ontvanger voorrang op de correctie bij de betaler door aftrek toe te laten. Praktisch gezien zal in de

²²⁶ *Memorie van toelichting* Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015, hoofdstuk I.

²²⁷ Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2014, L 219).

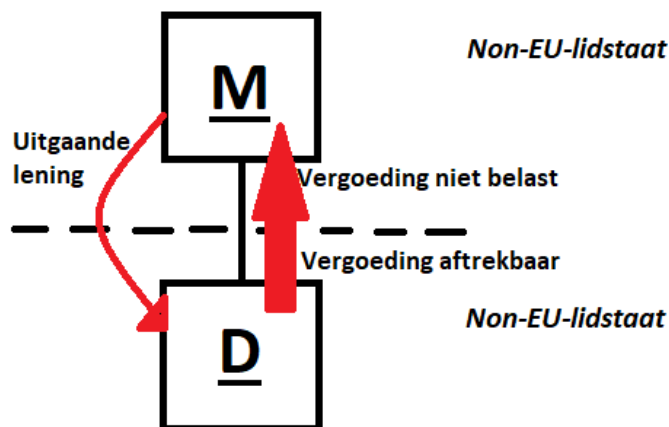
²²⁸ *Memorie van toelichting* Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015, hoofdstuk I.

²²⁹ Préambule van ATAD 2, noot 30.

regel een aftrekweigering bij betaler dan doorgaans alleen aan de orde komen bij vanuit een EU-lidstaat verrichte betalingen aan een buiten de EU gevestigde ontvanger.

Geïmporteerde mismatch

Nieuw met ATAD 2 is de bestrijding van geïmporteerde mismatches.²³⁰ Van een geïmporteerde mismatch is sprake wanneer er met behulp van niet-hybride instrumenten vanuit een EU-lidstaat de effecten van hybride mismatches verschoven worden naar buiten de EU. Zie in dit kader het volgende voorbeeld:



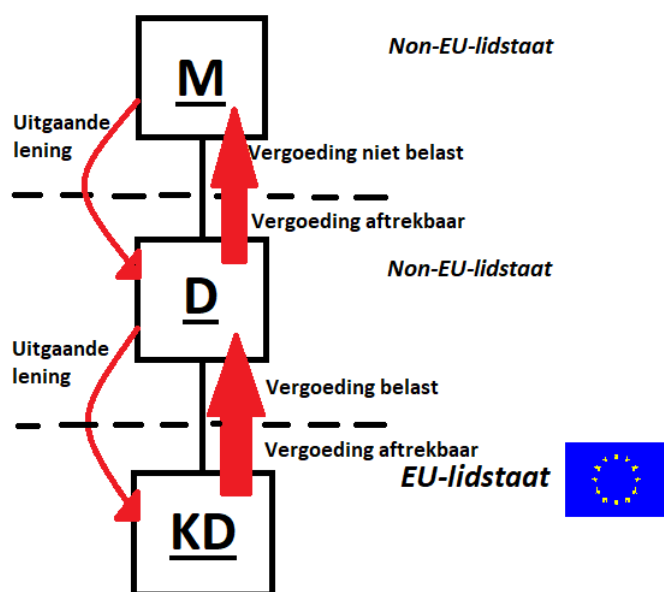
Moedervennootschap M is gevestigd in een non-EU-lidstaat.

Moedervennootschap M heeft een dochterervennootschap D die ook in een ander land buiten de EU is gevestigd. Moeder verstrekt aan dochter een lening.

De betrokken landen kwalificeren de desbetreffende lening voor fiscale doeleinden verschillend. Het land waarin de moedervennootschap is gevestigd betreft de vergoeding op de uitgaande

lening niet in de heffing. Het land waarin de dochterervennootschap is gevestigd verleent aftrek voor de vergoeding op de ontvangen lening. Als gevolg van dit kwalificatieconflict is er sprake van aftrek zonder betrekking in de heffing. Vervolgens leent de dochterervennootschap de ontvangen lening door aan een in een EU-lidstaat gevestigde kleindochterervennootschap KD.

²³⁰ Artikel 9, derde lid, ATAD.



Deze lening kwalificeert als een normale lening, hetgeen betekent dat de betaalde en ontvangen vergoeding op deze lening aftrekbaar c.q. belast is. Deze constructie heeft tot gevolg dat het concern in zijn geheel een aftrek creëert zonder dat er per saldo een corresponderende heffing plaatsvindt in het land van de dochter. De dochter wordt namelijk slechts belast over het verschil tussen de inkomende en uitgaande rentevergoeding. Dit resulteert in feite dat de aftrekbare betaling in de EU die de hybride financiering buiten de EU

financiert. De betreffende EU-lidstaat dient in deze situatie de aftrek te weigeren.

Door middel van deze bepaling worden dus aftrekbare betalingen die de EU verlaten gevolgd om vervolgens vast te stellen of dat deze niet gebruikt worden ter financiering van een hybride instrument buiten de EU. Ik vraag me echter af hoe een betrokken EU-lidstaat de uitgaande vergoeding buiten de EU gaat volgen. Dit zal uiteraard administratieve lasten en praktische problemen met zich kunnen meebrengen. Om die administratieve lasten te verlichten kan bijvoorbeeld van belastingplichtigen die behoren tot een concern waarin ook vennootschappen buiten de EU zijn gevestigd verlangd worden dat zij aantonen dat de uitgaande vergoedingen niet gebruikt worden ter financiering van een hybride instrument buiten de EU. Dus in beginsel zijn aftrekbare betalingen die de EU verlaten niet aftrekbaar, tenzij wordt aangetoond dat deze betalingen binnen het concern niet worden gebruikt ter financiering van een hybride instrument buiten de EU.

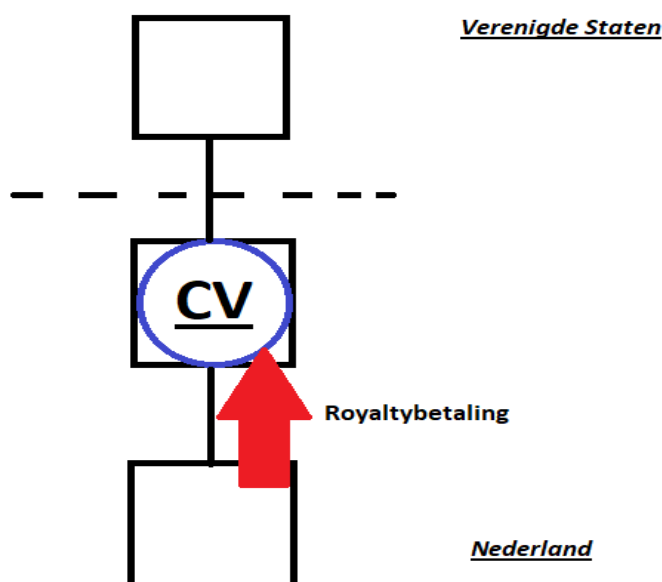
Mismatch met een (buiten beschouwing blijvende) vaste inrichting

In het vijfde lid van artikel 9 ATAD is een specifieke bepaling opgenomen voor *disregarded branch-structures*. Deze bepaling ziet op situaties waarin het land van het hoofdhuis een vaste inrichting ziet maar dat het land waarin de vaste inrichting is gevestigd de desbetreffende vaste inrichting niet ziet als een vaste inrichting. Bij deze structuren wordt er aftrek zonder 'betrekking in de heffing' gerealiseerd die het gevolg is van een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting. Om het effect van een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting te neutraliseren wordt de EU-lidstaat waarin het hoofdhuis haar fiscaal inwonerschap heeft verplicht om de winst die anders zou worden toegerekend aan de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting in de heffing te betrekken.

Wanneer een belastingverdrag van toepassing is met daarin een bepaling die de winst van de vaste inrichting vrijstelt kan dit BEPS als gevolg hebben. In dit geval blijft het risico op mismatch bestaan. Dit, omdat uit de préambule van de ATAD naar voren komt dat deze bepaling een *lex specialis* is, inhoudende dat andere neutralisatieregels uit de ATAD niet meer ter sprake komen. Hierdoor is het gevolg van het bestaan van een verdragsbepaling zoals hiervoor vermeld, dat het effect van de mismatch blijft bestaan. Het in stand blijven van de mismatch strookt niet met de doelstelling van de regeling. Dit is uiteraard een ongewenste situatie die extra aandacht verdient. Een oplossing hiervoor zou zijn om deze bepaling via het multilateraal instrument op te nemen.

Mismatch door een reverse hybride

In artikel 9bis ATAD is een bepaling geïntroduceerd voor omgekeerde hybride entiteiten. In deze gevallen gaat het om een mismatch met een hybride entiteit zoals een CV/BV-structuur. Deze structuur komt veelal voor door in Nederland gevestigde hoofdkantoren tussen Nederland en de Verenigde Staten, ook wel ‘spaarpot op zee’ genoemd. Op basis van deze bepaling worden dergelijke mismatches opgelost door fictief inwonerschap te creëren op het niveau van de hybride entiteit in de EU-lidstaat waar de entiteit is opgericht en gevestigd. Dus in andere woorden wordt de hybride entiteit voor de neutralisering van de effecten van een hybride mismatch geacht inwoner te zijn van een EU-lidstaat. Zie het volgende voorbeeld:

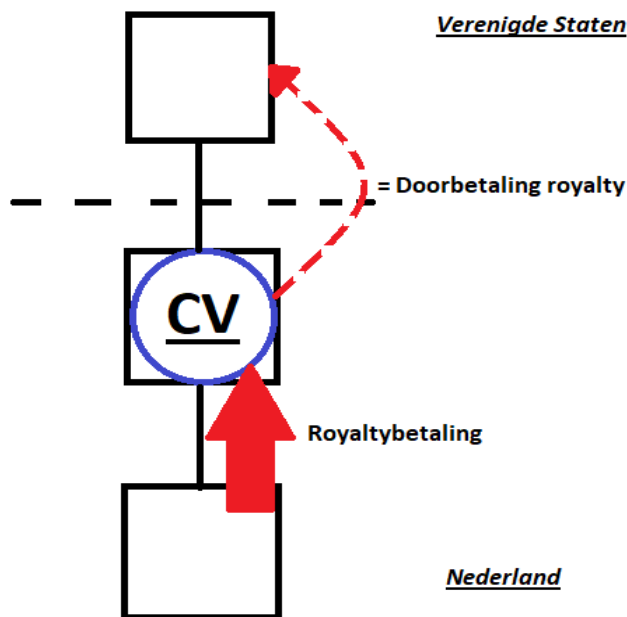


De entiteit ‘CV’ in dit voorbeeld is een open CV (commanditaire vennootschap) waardoor de Nederlandse belastingautoriteiten deze als transparant aanmerkt.²³¹ Deze kwalificatie heeft tot gevolg dat de achterliggende participanten belastingplichtig zijn. De Verenigde Staten hanteert een speciale regeling voor de kwalificatie van dergelijke buitenlandse entiteiten, de zogenoemde *check the box*-regeling. Wanneer Amerikaanse belastingplichtigen deelnemen in dergelijke entiteiten kunnen zij aan de

hand van de *check the box*-regeling een keuze maken om de betreffende entiteit als transparant of

²³¹ Zie artikel 2, derde lid, onderdeel c, AWR voor de kwalificatie of een CV open is.

niet-transparant aan te merken. Wanneer in dit voorbeeld gekozen wordt om de CV als niet-transparant aan te merken, dan heeft dit tot gevolg dat bijvoorbeeld royaltybetalingen vanuit de Nederlandse vennootschap aan de CV niet door de Verenigde Staten in de heffing wordt betrokken. Wel zijn de royaltybetaling vanuit de Nederlandse vennootschap in Nederland aftrekbaar.



Door de Verenigde Staten wordt pas een belastingaanslag opgelegd wanneer een 'door'betaling plaatsvindt van de CV naar de moedervernootschap gevestigd in de Verenigde Staten. Met deze structuur kan de belastingheffing dus uitgesteld worden door concerns. Als oplossing hiervoor is dus in de ATAD gekozen om de entiteit in het voorbeeld te beschouwen als inwoner van de EU-lidstaat waarin deze is gevestigd of opgericht. Die EU-lidstaat dient vervolgens de winst in de heffing te betrekken voorzover die winst niet

anderszins wordt belast door de EU-lidstaat of een ander land. In casu zal de hybride entiteit CV dus als fictief binnenlands belastingplichtig aangemerkt worden om de fiscale transparantie en daarmee de mismatch op te heffen. Dit betekent voor Nederland dat de open CV volledig onder artikel 2, eerste lid, onderdeel a van de Wet VPB 1969 valt. Hiermee wordt de fiscale transparantie opgeheven. De werking van deze richtlijnbeepaling is contrair aan het belasten van winst daar waar de waarde is gecreëerd dat een internationaal geaccepteerde uitgangspunt is bij de bepaling waar winst moet worden belast.²³²

Het geval kan voorkomen dat de CV in het voorbeeld niet in Nederland is opgericht en gevestigd, maar in een andere EU-lidstaat. Dus de moedervernootschap zit in de Verenigde Staten, de CV in een EU-lidstaat en de kleindochter in een andere EU-lidstaat dan waarin de CV is gevestigd. In dat geval wordt de winst van de CV in de heffing van de EU-lidstaat betrokken waarin de desbetreffende CV is gevestigd en opgericht, voorzover die winst niet anderszins wordt belast door de EU-lidstaat of een ander land. Ook is de situatie denkbaar dat de CV in een non-EU-lidstaat is gevestigd of opgericht. Wanneer hiervan

²³² Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken van 18 november 2016. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 34 604, nr. 3. p. 5.

sprake is komt de vraag op of de regeling van artikel 9 ATAD wel ter sprake komt, omdat het bepaalde in artikel 9bis ATAD een *lex specialis* is. Mijns inziens zal artikel 9, tweede lid, onderdeel b ATAD in een dergelijk geval wel van toepassing kunnen zijn. Het lijkt mij anders heel erg eenvoudig om aan deze bepaling te ontsnappen. Het effect van de mismatch wordt in dit geval geneutraliseerd door de EU-lidstaat waarin de betalende entiteit is gevestigd door aftrek van bijvoorbeeld de royaltybetaling aan de hybride entiteit te weigeren. Hiermee kan gezegd worden dat middels deze bepaling wellicht een einde komt aan CV/BV-structuren waarmee concerns belastingheffing via een EU-lidstaat of derde land kunnen uitstellen zolang zij dat willen.²³³

Mismatch door fiscaal inwonerschap

Tot slot is de hybride mismatchregeling voorzien van een bepaling voor vennootschappen met *dual residents*. Met dual residents wordt bedoeld dat een vennootschap fiscaal als inwoner van twee landen wordt aangemerkt. Het dubbele inwonerschap heeft tot gevolg dat een dergelijke vennootschap bijvoorbeeld een betaling in beide landen, dus twee keer, in aftrek kan brengen. Bij deze bepaling wordt een scheiding gemaakt tussen dubbel inwonerschap waarbij twee EU-lidstaten zijn betrokken en een EU-lidstaat waarbij een derde land is betrokken. De mismatch in geval van twee EU-lidstaten wordt geneutraliseerd door het belastingverdrag tussen die lidstaten. Er vindt alleen aftrek plaats in de EU-lidstaat waar de belastingplichtige conform het belastingverdrag als fiscaal inwoner wordt aangemerkt. Dus de andere EU-lidstaat die de belastingplichtige conform het belastingverdrag als niet-inwoner aanmerkt dient aftrek te weigeren. Wanneer de dual resident situatie zich voordoet tussen een EU-lidstaat en een derde land, vindt aftrekweigering in de desbetreffende EU-lidstaat plaats indien de aftrek in het derde land wordt afgezet tegen inkomen dat geen dubbel in aanmerking genomen inkomen is. Hiermee wordt dus het effect van een mismatch, namelijk dubbele aftrek, geneutraliseerd door alleen in één land aftrek toe te staan.

4.7.3 Effectiviteit

Door verschillende kwalificaties tussen belastingjurisdicties ontstaan situaties waarin sprake is van dubbele aftrek, aftrek zonder dat het afgetrokken bedrag elders in de heffing wordt betrokken of eindeloos uitstel van heffing. Om deze situaties binnen de EU en met derde landen te bestrijden is het kwalificatieconflict door hybride structuur-bepaling opgenomen. In het kader van de effectiviteit zal deze bepaling effectief zijn wanneer de effecten van hybride mismatchsituaties geneutraliseerd worden, dat wil zeggen dat een dergelijke mismatch geen dubbele aftrek, aftrek zonder betrekking in de heffing van de ontvangst of eindeloos uitstel tot gevolg zal hebben. Wanneer in de ATAD een

²³³ Het belang van een dergelijke CV/BV-structuur met een Amerikaanse moedermaatschappij wordt minder aantrekkelijk, omdat de Verenigde Staten het winstbelastingtarief gaan verlagen.

uniform kwalificatiecriterium gehanteerd zou worden dan zal de bestrijding van kwalificatieconflicten waarschijnlijk beperkt blijven tot EU-situaties. Europese richtlijnen zijn bindend voor landen die deel uitmaken van de EU waardoor derde landen niet verplicht zijn om het kwalificatiecriterium van de EU te volgen. Hierdoor zou mismatchssituaties niet effectief worden bestreden, immers BEPS-mogelijkheden met derde landen blijven bestaan. Concerns zullen uiteraard daarop inspelen om hun belastingheffing voor het concern in zijn geheel te verlagen. Door juist het effect van mismatches te volgen en deze te corrigeren wordt er doeltreffend opgetreden tegen kwalificatieconflicten zonder dat er ingeperkt wordt op de fiscale autonomie van de EU-lidstaten. Dit maakt de bepaling van de ATAD, het neutraliseren van het fiscale effect, effectiever dan een uniform kwalificatiecriterium die beperkt is tot EU-situaties. Aan de hand van het besprokene kan de conclusie getrokken worden dat de mismatchbepaling in de ATAD in het algemeen zijn doel haalt. De bestrijding vindt als volgt plaats:

De behandeling van een mismatch met dubbele aftrek tot gevolg wordt door middel van de bepaling afhankelijk van de fiscale behandeling in het land van de investeerder. In geval het land van de investeerder een EU-lidstaat is wordt aftrek geweigerd door die lidstaat. Wanneer het land van de investeerder buiten de EU is weigert de betrokken EU-lidstaat waarin de ontvanger zit de aftrek pas als het land van de investeerder de aftrek niet weigert.

De neutralisering van een mismatch met aftrek zonder betrekking in de heffing van de ontvangst tot gevolg wordt afhankelijk van de fiscale behandeling in het land van de betaler. In geval het land van de betaler een EU-lidstaat is wordt aftrek geweigerd door die lidstaat. Wanneer het land van de betaler buiten de EU is en in dat land is er sprake van aftrek, dan corrigeert de betrokken ontvangende EU-lidstaat door een corresponderende heffing toe te passen. Er wordt dus aansluiting gezocht met de betrokken belastingjurisdictie. Door deze aansluiting op te zoeken wordt de mismatch effectief geëlimineerd en loopt de belastingheffing glad. In geval van buiten beschouwing blijvende vaste inrichtingen wordt ook aftrek zonder betrekking in de heffing gerealiseerd. Om dit fiscaal voordeel weg te nemen wordt de EU-lidstaat waarin het hoofdhuis haar fiscaal inwonerschap heeft verplicht om de winst die anders zou worden toegerekend aan de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting in de heffing te betrekken. Deze bepaling biedt echter geen soelaas wanneer een belastingverdrag van toepassing is met daarin een bepaling die de winst van de vaste inrichting vrijstelt.

Een geïmporteerde mismatch wordt geneutraliseerd door de aftrekbare betalingen die de EU verlaten te volgen. Indien die betalingen gebruikt worden ter financiering van een hybride instrument weigert de EU-lidstaat de aftrekbaarheid van die betalingen.

Met behulp van omgekeerde hybride entiteiten kan er eindeloos uitstel van belastingheffing worden gerealiseerd. Op basis van de richtlijnbeepaling worden dergelijke mismatches opgelost door fictief

inwonerschap te creëren op het niveau van de hybride entiteit in de EU-lidstaat waar de entiteit is opgericht en gevestigd. Dus in andere woorden wordt de hybride entiteit voor de neutralisering van de effecten van een hybride mismatch geacht inwoner te zijn van een EU-lidstaat.

4.8 Invloed van bilaterale belastingverdragen op ATAD-bepalingen

Uit hetgeen in de vorige paragrafen is besproken komt naar voren dat de ATAD EU-lidstaten in bepaalde gevallen verplicht tot een heffing dan wel een aftrekrecht verbiedt. Zie bijvoorbeeld de mismatch ter zake van buiten beschouwing blijvende vaste inrichting. De mismatch van een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting wordt geneutraliseerd door de EU-lidstaat waarin het hoofdhuis haar fiscaal inwonerschap heeft te verplichten om de winst die anders zou worden toegerekend aan de buiten beschouwing blijvende vaste inrichting in de heffing te betrekken. Echter kan de heffing achterwege blijven wanneer een verdragsbepaling van toepassing is die de richtlijnbeepaling blokkeren. Een geïmplementeerde Europese bepaling in de nationale wet heeft geen werking wanneer een belastingverdrag zich tegen die bepaling verzet. In andere woorden, in geval een bepaling uit de ATAD een EU-lidstaat verplicht tot heffing blijft die heffing achterwege wanneer het belastingverdrag is voorzien van een bepaling die zegt dat bijvoorbeeld een betaling vrijgesteld is. Landen moeten zich houden aan verplichtingen die voortvloeien uit gesloten bilaterale belastingverdragen, omdat een verdragsbepaling boven een nationale bepaling prevaleert. Zo bepaalt de Nederlandse Grondwet in artikel 94 dat wettelijke voorschriften geen toepassing vinden als deze in strijd zijn met verdragsbepalingen. Zie bijvoorbeeld de arresten van de Hoge Raad in *BNB 1994/259*²³⁴, *BNB 1994/294*²³⁵ en *BNB 2003/285*²³⁶. Samengevat blijkt uit deze arresten van de Hoge Raad dat het *fraus legis*-leerstuk, Nederlandse nationale anti-misbruikleerstuk, de toepassing van belastingverdragen in de regel niet opzij kan zetten. Dit kan alleen wanneer de verdragspartijen onderling het anders hebben geregeld. Het ligt voor de hand dat de GAAR uit de ATAD-richtlijn de toepassing van belastingverdragen in de regel niet opzij kan zetten wanneer met de verdragspartners niets is geregeld. Het is dus de vraag hoe met deze kwestie omgegaan dient te worden. Om in dergelijke gevallen een ATAD-bepaling alsnog van toepassing te laten verklaren wordt in de fiscale literatuur het MLI genoemd.²³⁷

Het MLI staat voor een multilateraal instrument. Dit instrument bestaat naast en is een aanvulling op bestaande belastingverdragen. Het is een zelfstandig verdrag dat de werking van bestaande

²³⁴ Hoge Raad 15 december 1993, *BNB 1994/259*.

²³⁵ Hoge Raad 29 juni 1994, *BNB 1994/294*.

²³⁶ Hoge Raad 6 december 2002, *BNB 2003/285*.

²³⁷ Zie onder andere T. Bender tijdens het jaarlijks fiscaal congres van het Fiscaal Economisch Instituut (FEI BV) in samenwerking met de Rotterdamse fiscale studievereniging Christiaanse-Taxateur, gehouden op 14 juni 2017 te Rotterdam. (*WFR 2017/167*, onderdeel 3)

belastingverdragen op bindende wijze aanpast.²³⁸ Met dit instrument kunnen de EU-lidstaten in één keer met andere landen een bepaling opnemen in hun belastingverdragen. Dit MLI maakt het voor landen mogelijk om zonder onderhandelingen met andere landen op een snelle efficiënte wijze hun wederzijdse belastingverdragen aan te passen waarmee BEPS bestreden kan worden. Wel moeten de verdragspartners ook instemmen met het MLI. De GAAR zou bijvoorbeeld via het multilateraal instrument in het bestaande verdragen netwerk geïmplementeerd kunnen worden. Dit geldt tevens ook voor mismatches met derde landen omtrent een buiten beschouwing blijvende vaste inrichting waarin de winst van de vaste inrichting noch door het hoofdhuis noch door het land van vestiging belast wordt. De toepassing van de richtlijn bepaling kan dan niet ongedaan gemaakt worden door een verdragsbepaling.

4.9 Effectiviteit van de ATAD & ATAD 2

Een hoofddoel van de ATAD is de interne markt als geheel beter wapenen tegen grensoverschrijdende belastingontwijkingspraktijken. Afzonderlijk optreden van de lidstaten zal dit doel niet voldoende verwezenlijken, omdat onafhankelijk optreden slechts de bestaande versnippering van de interne markt zou doen reproduceren.²³⁹ Naar mijn inzicht wordt dit doel van de ATAD dan ook grotendeels verwezenlijkt. Het gemiddelde niveau van bescherming tegen BEPS in de interne markt wordt verhoogd door de maatregelen in de ATAD en er wordt voorkomen dat de belastinggrondslag als het ware wordt verplaatst naar buiten de EU. Mij valt echter aan de regelingen van de richtlijn bepalingen op dat een aantal onderwerpen vrijblijvend zijn. Dit doet de effectiviteit van de richtlijn verzwakken. Een voorbeeld hiervan zit in de CFC-regeling. Zie artikel 7, vierde lid, ATAD-richtlijn waarin op grond van dit artikel de EU-lidstaten kunnen afzien om CFC's met een belastbare inkomen tot € 750.000,- niet aan belastingheffing te onderwerpen. Aan de CFC-heffing kan simpelweg ontsnapt worden door de CFC op te splitsen in meerdere ondernemingen om onder de grens van de winstdrempel te blijven. Hier zou eventueel een anti-misbruikbepaling ingevoerd kunnen worden die luidt als "alles wat in de CFC staat tot stand komt wordt toegerekend aan de betreffende CFC". Het ontbreken van een dergelijke anti-misbruikbepaling verzwakt de effectiviteit van de bepaling. Een ander voorbeeld is de optionele regelingen in de earningsstrippingregeling van artikel 4 ATAD-richtlijn. Deze richtlijn bepaling bevat verzachtende regelingen bestaande uit een franchisebedrag, groepsregelingen en verrekeningsmogelijkheden. Deze regelingen brengen mee dat belastingplichtigen meer rente in aftrek kunnen brengen dan onder de hoofdregel van de earningsstrippingsregeling het geval zou zijn. De relevantie van de implementatie van bijvoorbeeld de earningsstrippingsregeling voor de EU-lidstaten

²³⁸ R.A. Bosman, 'Formele aspecten van het multilaterale instrument', *MBB* april 2017, nummer 4. p. 125. Raadpleegbaar via de volgende website:

http://www.belastingrecht.aandevu.nl/Portals/0/images/Bosman_artikel5.pdf

²³⁹ Zie bijvoorbeeld noot 16 van de préambule van de ATAD-richtlijn.

is door die “kunnen-bepalingen” sterk afhankelijk van de uiteindelijke vormgeving in de nationale wet- en regelgeving van die lidstaten. Een gevolg hiervan is dat deze bepalingen op verschillende manieren geïmplementeerd kunnen worden met als consequentie verschillen tussen de diverse EU-lidstaten. Een verschil betekent planningsmogelijkheid voor concerns waarbij mogelijk belastingvoordelen worden behaald. Dit is juist het tegenovergestelde van hetgeen de richtlijn voor ogen heeft, namelijk versnippering voorkomen. Weliswaar wordt middels de ATAD een minimumniveau aan bescherming geboden, dit doet echter niet af aan het feit dat er nieuwe BEPS-mogelijkheden kunnen ontstaan. Om het gemiddelde beschermingsniveau tegen BEPS nóg meer te verhogen en de effectiviteit te versterken zou een gelijke implementatie in de EU-lidstaten de voorkeur krijgen. Nu dat niet het geval is moet door de lidstaten een keuze gemaakt worden waar de nadruk op komt te liggen; Uitsluitend BEPS bestrijden of BEPS bestrijden met verzachtende maatregelen waarmee het fiscale vestigingsklimaat niet in gevaar komt. Mijn verwachting is in ieder geval dat de EU-lidstaten de nadruk niet uitsluitend zullen leggen op de bestrijding van BEPS. Omwille van economische redenen zullen de wetgevers rekening willen houden met het fiscale vestigingsklimaat van de desbetreffende lidstaat. Dit wetende zullen er geen extreme strengere maatregelen getroffen worden dan welke zijn voorgeschreven in de richtlijnen.

Verder kan op grond van het besproken geconcludeerd worden dat de richtlijnbevestigingen in het algemeen effectief zijn in de bestrijding van BEPS. Alle bepalingen slagen in hun doel. Alleen de earningsstrippingregeling gaat verder dan zijn doel en is daarmee mijns inziens geen geschikte bestrijdingsmaatregel om excessieve renteschulden binnen concernverhoudingen te bestrijden. Zo wordt bij de berekening van de hoogte van de rente aftrek geen rekening gehouden met leningen aangegeaan bij derden. Dit, terwijl BEPS in dergelijke gevallen niet aanwezig wordt geacht. De effectiviteit van een richtlijnbevestiging wordt wel deels verzwakt wanneer een verdragsbevestiging zich verzet tegen een richtlijnbevestiging. In de vorige hoofdstuk bij de bespreking van de OESO anti-BEPS-plannen als in de vorige paragraaf is het MLI genoemd. Op 17 juni 2017 heeft de OESO haar doel bereikt en is in Parijs door 68 landen het MLI ondertekend, waaronder ook Nederland. Dit MLI moet een aantal plannen van de OESO, anti-BEPS-plannen, in alle bestaande bilaterale belastingverdragen aanpassen. Het opnemen van een algemene anti-misbruikregel in alle bilaterale belastingverdragen is daar een voorbeeld van. Volgens de Nederlandse staatssecretaris van Financiën is het MLI een effectief middel om in één keer afspraken te maken met een grote groep landen waarin BEPS voorkomen kan worden.²⁴⁰ Belangrijk in dit onderzoek is dat door het MLI bijvoorbeeld de toepassing van de GAAR niet ongedaan kan worden gemaakt door een verdragsbevestiging, met inachtneming dat de verdragspartners

²⁴⁰ Brief van de Staatsecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer van 20 december 2017, 2017-0000237466.

ook instemmen met het MLI. Dit vergoot dan de effectiviteit van de GAAR en daarmee het gemiddelde beschermingsniveau van de interne markt tegen BEPS naar buiten de EU.

Tot slot is eerder in dit onderhavig onderzoek niet stilgestaan bij de uitvoerbaarheid van de richtlijnbepalingen. Hiermee bedoel ik te zeggen hoe EU-lidstaten gaan controleren of bijvoorbeeld een betaling vanuit een EU-lidstaat naar een derde land in dat land in de heffing wordt betrokken. De vraag is hoe de nationale belastingdiensten dat gaan controleren om bijvoorbeeld de aftrek van een betaling te weigeren. Naar mijn mening kan van belastingplichtigen niet verwacht worden dat zij moeten bewijzen dat het uitgekeerde bedrag in het land van ontvangst in de heffing is betrokken. Dit brengt administratieve lasten met zich mee en is de vraag of de ontvangende onderneming informatie wil verstrekken met betrekking tot de heffing van de ontvangst. Voor dit praktische probleem zie ik een mogelijke oplossing in de 'country-by-country reporting' zoals besproken in de vorige hoofdstuk. De country-by-country reporting is tevens een actiepunt van de OESO, actiepunt 13. Om te zorgen voor meer transparantie voor belastingdiensten zullen multinationals een rapport moeten opstellen en verstrekken aan alle belastingdiensten van landen waarin een multinational actief is. In dit rapport moeten onder andere de gegevens worden opgenomen die betrekking hebben op de wereldwijde verdeling van de fiscale winsten en de betaalde belasting in de betrokken landen. Hiermee vergaren belastingdiensten fiscale informatie die van belang kan zijn bij de bepaling van de belastingschuld.

4.10 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de ATAD-richtlijn en ATAD 2 besproken. Deze richtlijnen zorgen voor de verhoging van de grondslagbescherming tegen BEPS. De maatregelen uit deze richtlijnen bestrijden verschillende vormen van BEPS waardoor de bepalingen effectief zijn in de bestrijding van BEPS binnen de EU. Door deze richtlijnbepalingen worden bepaalde fiscale structuren via een EU-lidstaat niet meer aantrekkelijk. De richtlijnbepalingen hebben enkele optionele regelingen. Dit komt niet ten goede aan de effectiviteit van de bepalingen. Ook dient opgemerkt te worden dat de rente aftrekbeperkingsregeling overkill tot gevolg heeft. Deze richtlijnbeeping is bedoeld om BEPS door excessieve rentebetalingen binnen concernverhoudingen te bestrijden. Met deze richtlijnbeeping wordt immers ook rente buiten concernverhoudingen in aftrek beperkt.

HOOFDSTUK 5 HET VESTIGINGSKLIMAAT VAN NEDERLAND

5.1 Inleiding

Voor ieder land speelt het vestigingsklimaat een belangrijke rol. Het aantrekken van buitenlandse investeerders heeft namelijk een stimulerende werking op de binnenlandse economie. Hier valt te denken aan een toename van de werkgelegenheid en een stijging van het bruto binnenlands product. Dit zijn verschijningsvormen waarmee de stimulans van de economie zichtbaar wordt. Landen dienen onder andere om deze redenen kritisch te zijn bij de beoordeling van maatregelen die een invloed hebben op de aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat. In geval het vestigingsklimaat niet aantrekkelijk is heeft dit nadelige gevolgen voor het land zoals belastinginkomsten mislopen. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat in verschillende economische, politieke en fiscale discussies de kwaliteit van het vestigingsklimaat ter sprake komt. Dit ook in de discussie over de implementatie van de ATAD-richtlijn en ATAD 2 in de Nederlandse fiscale wet- en regelgeving. De vraag is in hoeverre de maatregelen uit de richtlijnen het fiscale vestigingsklimaat van Nederland zullen beïnvloeden.

Om een antwoord te vinden op de hierboven gestelde vraag dient het Nederlandse vestigingsklimaat in kaart te worden gebracht. Gezien het onderwerp van dit onderzoek zal de nadruk meer komen te liggen bij de fiscale aspecten van het vestigingsklimaat.

5.2 Aspecten van het Nederlandse vestigingsklimaat

Nederland is een klein land met een open economie die afhankelijk is van de wereldwijde handel. Uit een onderzoek van het Financieel Dagblad blijkt dat de actieve houding van de Nederlandse overheid ervoor zorgt dat 80 van de 100 grootste multinationale ondernemingen hun activiteiten via Nederland laten lopen.²⁴¹ Deze ondernemingen hebben een besloten vennootschap of een tussenholding in Nederland. Uit een onderzoek van het CBS blijkt dat multinationale ondernemingen goed zijn voor ruim de helft van de toegevoegde waarde van alle bedrijven in Nederland.²⁴² Ruim 80% van de Nederlandse internationale handel in goederen is te danken aan multinationale ondernemingen. Ruim 40% van de Nederlandse beroepsbevolking is in dienst bij een multinationale onderneming. Buitenlandse multinationale ondernemingen introduceren nieuwe technologieën en zorgen voor kennisoverdracht. Door de aanwezigheid van multinationale ondernemingen profiteren ook midden-

²⁴¹ S. Eikelenboom & G. de Groot, 'Nederland in trek bij multinationals', *Financieel Dagblad*, 12-09-2011.

²⁴² Brief Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, nr. 2016-00001486. V-N 2016/49.24. Zie ook CBS, Internationaliseringsmonitor (derde kwartaal, 2015). Dit rapport is eveneens aangehaald in *Rapport werkgoep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame groei*, juli 2016. Radpleegbaar via de volgende website: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/07/06/advies-studiegroep-duurzame-groei>

en kleinbedrijven (in)direct van de kennisoverdracht en de handel in goederen en diensten. Kortom, de aanwezigheid van multinationale ondernemingen is goed voor de economie.

De vestigingskeuze van ondernemers is afhankelijk van verschillende factoren. Hier valt te denken aan infrastructuur, digitalisering en opleidingsniveau. Het totaal van deze aspecten die van belang zijn bij de keuze voor een bepaald gebied of land wordt omschreven als de vestigingsplaatsfactoren. Ondernemers stellen hoge eisen aan deze factoren. Dit is niet zo verwonderlijk gezien de vestigingskeuze meestal gemaakt wordt voor een lange periode. Dit heeft onder andere te maken met het feit dat het niet altijd eenvoudig is om de hele of een deel van de organisatie van het ene land te verplaatsen naar een ander land. Dit, omdat naast de personele en organisatorische kant ook rekening dient te worden gehouden met de geldende wetgevingen en de kaders voor de vormgeving van de onderneming in het vestigingsland. Deze kunnen van elkaar verschillen. Gezien de relevantie voor het onderzoek deel ik de verschillende factoren in algemene en in fiscale aspecten.

5.2.1 Algemene aspecten van het Nederlandse vestigingsklimaat

Landen nemen bepaalde maatregelen om investeerders te verleiden zich in die landen te vestigen. Bij de vestigingsplaatskeuze zijn er een aantal elementen die in het algemeen belangrijk zijn voor alle ondernemingen. Ernst & Young houdt in dat kader ieder jaar een onderzoek naar de aantrekkelijkheid van een bepaalde regio of land als bestemming voor buitenlandse investeringen.²⁴³ Daarbij helpen zij ondernemingen bij het maken van een vestigingsplaatskeuze en stellen zij met hun onderzoek landen in staat om hun minder aantrekkelijke aspecten van het vestigingsklimaat te herzien. Van de ondervraagden komt naar voren dat het kwaliteit van leven, opleidingsniveau van de lokale werknemers, infrastructuur, telecommunicatie, politieke stabiliteit, arbeidskosten, flexibiliteit van arbeidswetgeving, belastingvoordelen, subsidies en de vennootschapsbelasting als belangrijke factoren worden genoemd.²⁴⁴ Uit dat onderzoek van Ernst & Young wordt afgeleid dat het kwaliteit van leven in Nederland het hoogst scoort in de aantrekkelijkheid. Liefst 89% van de ondervraagden zijn tevreden over het kwaliteit van leven in Nederland.

Er zijn verschillende aspecten die met elkaar samen de kwaliteit van het leven bepalen. Het Centraal Bureau voor de Statistiek verdeelt de aspecten in acht dimensies, te weten de materiële levensstandaard, economische zekerheid, opleiding & beroep, gezondheid, maatschappelijke participatie & vertrouwen, sociale verbanden & relaties, veiligheid en milieu & leefomgeving. In het

²⁴³ Zie bijvoorbeeld het onderzoek van het jaar 2016: Ernst & Young. Barometer Nederlands vestigingsklimaat 2016. Van investeren naar blijvend vertrouwen. *EY's attractiveness survey*.

²⁴⁴ Ernst & Young. Barometer Nederlands vestigingsklimaat 2016. Van investeren naar blijvend vertrouwen. *EY's attractiveness survey*. Hoofdstuk: Perceptie.

algemeen is de Nederlandse bevolking tevreden over hun materiële en sociale omstandigheden. Zij waarderen hun leven in Nederland met een gemiddeld cijfer van 8 op een schaalniveau van 10.²⁴⁵

Na de kwaliteit van leven scoort het opleidingsniveau van de lokale werknemers in Nederland het hoogst. Er moet in een land kwalitatief voldoende personeel zijn die ervoor zorg dragen dat de onderneming in dat land goed geëxploiteerd kan worden. Zo komt uit het hiervoor genoemde onderzoek van Ernst & Young naar voren dat het aantal hoog opgeleiden boven het Europese gemiddelde uitsteekt. Daarnaast scoort Nederland hoog voor een kans op een baan na voltooiing van het onderwijs.²⁴⁶

Verder beschikt Nederland over een uitgebreid transport en logistieke netwerk. Door middel van autowegen en treinnetwerk beschikt Nederland over een goede verbinding met het buitenland. Met het Havenbedrijf Rotterdam en Luchthaven Schiphol heeft Nederland een krachtige verbinding met andere landen. Daarnaast beschikt Nederland over een uitgebreid netwerk aan telecommunicatie en internetverbinding.²⁴⁷ De uitgebreide telecommunicatie en de sterke internetverbinding is van belang voor de steeds groeiende digitalisering van de economie. Door de ondervraagden in het onderzoek van Ernst & Young worden deze factoren dan ook als aantrekkelijk beschouwd. 83% respectievelijk 82% van de ondervraagden ervaren deze factoren aantrekkelijk.²⁴⁸

Tot slot is de duidelijke en stabiele politiek in een land een factor bij de vestigingskeuze. Deze factor wordt in Nederland door 81% van de ondervraagden als aantrekkelijk beschouwd.²⁴⁹

In tegenstelling tot de hierboven besproken factoren scoren de arbeidskosten, flexibiliteit van de arbeidswetgeving en subsidies niet zo hoog in de aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat. Ernst & Young noemt deze factoren de minder sterke punten van het Nederlandse vestigingsklimaat. Wel is het een gegeven dat de factoren gezamenlijk een positieve bijdrage leveren aan het vestigingsklimaat van Nederland waardoor Nederland achter Duitsland beschikt over het meest aantrekkelijke vestigingsklimaat in Europa.²⁵⁰ Het belastingstelsel maakt een belangrijk onderdeel daarvan uit.

²⁴⁵ Centraal Bureau voor de Statistiek. Monitor Duurzaam Nederland 2014: Indicatorenrapport. Hoofdstuk 2.2. Raadpleegbaar via de volgende website: http://www.monitorduurzaamnederland.nl/docs/MDN_2014.pdf

²⁴⁶ Het rapport van Ernst & Young raadpleegbaar via de volgende website: [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-barometer-nederlands-vestigingsklimaat-2016/\\$FILE/EY-barometer-nederlands-vestigingsklimaat-2016.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-barometer-nederlands-vestigingsklimaat-2016/$FILE/EY-barometer-nederlands-vestigingsklimaat-2016.pdf)

²⁴⁷ Zie het rapport over de status van internet van Akamai, raadpleegbaar via de website:

²⁴⁸ Ernst & Young. Barometer Nederlands vestigingsklimaat 2016. Van investeren naar blijvend vertrouwen. *EY's attractiveness survey*. Hoofdstuk: Perceptie.

²⁴⁹ Ernst & Young. Barometer Nederlands vestigingsklimaat 2016. Van investeren naar blijvend vertrouwen. *EY's attractiveness survey*. Hoofdstuk: Perceptie.

²⁵⁰ Ernst & Young. Barometer Nederlands vestigingsklimaat 2016. Van investeren naar blijvend vertrouwen. *EY's attractiveness survey*. Hoofdstuk: Perceptie.

5.2.2 Fiscale aspecten van het Nederlandse vestigingsklimaat

Het Trouwartikel van Kleinnijenhuis en Kuijpers op 6 november 2017 klonk als volgt: 'Waar je je Nike's ook koopt, de kassa rinkelt in Holland'.²⁵¹ De fiscale ogranisatie van Nike is een voorbeeldcasus waarmee de positie van Nederland op de internationale taxplanningskaart duidelijk naar voren komt. Nike is in Nederland gevestigd en vrijwel alle verkopen die buiten de Verenigde Staten plaatsvinden verlopen via Nederland. Op de kassabonnetjes van de verkopen in meer dan 75 landen buiten de Verenigde Staten staat Nike Retail B.V. met Nederland als vestigingsland. Structuur is dus erop gericht om al het inkomen toe te rekenen aan Nederland. Vervolgens vinden er forse betalingen in de vorm van bijvoorbeeld royalty's plaats, die tevens aftrekbaar zijn in Nederland, aan eigen opgezette commanditaire vennootschappen in het buitenland. Dit zorgt ervoor dat er noch in Nederland noch elders in het buitenland veel aan vennootschapsbelasting wordt geheven.



Volgens het Trouwartikel dat hierboven is aangehaald gaat het om een afspraak (lees ruling) tussen Nederland en het Amerikaanse concern Nike waarmee het concern met behulp van de Nederlandse fiscale wetgeving internationaal belasting kan ontwijken.²⁵² Uit het krantenartikel komt naar voren dat de nettowinst van Nike alleen als gevolg van de afspraak met de Nederlandse fiscus met 11% is gestegen.

²⁵¹ Kleinnijenhuis, J. & Kuijpers, K. (2017, 6 november). Waar je je Nike's ook koopt, de kassa rinkelt in Holland. *Trouw*. Raadpleegbaar via de volgende website: <https://www.trouw.nl/home/waar-je-je-nike-s-ook-koopt-de-kassa-rinkelt-in-holland~a0167497/>

²⁵² De opmerking verdient dat internationale belastingontwijking niet is toe te rekenen aan één land.

Volgens het kabinet en de literatuur heeft het Nederlandse belastingstelsel een aantal kenmerken die aldus 'gunstig' zijn voor belastingplichtigen.²⁵³ Het gaat om regelingen die dubbele belasting voorkomen, rechtszekerheid bieden en de belastingdruk voor de onderneming in zijn geheel doen verlagen. Deze kenmerken zijn terug te zien in de voorbeeldcasus van Nike.

Wanneer men het fiscale vestigingsklimaat van Nederland onder de loep neemt zal men zien dat er sprake is van een stabiele wetgeving. Hieronder wordt verstaan een consistentie alsmede niet te veranderlijke wetgeving. Met een stabiele wetgeving wordt zekerheid in grote mate gewaarborgd. Hierdoor hangt stabiliteit nauw samen met rechtszekerheid. Bedrijven die internationaal opereren hebben te maken met verschillende belastingstelsels. In geval een dergelijk bedrijf een investeringsbeslissing neemt in een bepaald land kan achteraf de gekozen structuur nadelig zijn in de vorm van een hogere belastingheffing. In Nederland wordt dat nadelige gevolg beperkt door de mogelijkheid om vooraf zekerheid te vragen aan de Belastingdienst omtrent een voorgenomen investering en of een rechtshandeling.²⁵⁴ Een belastingplichtige neemt dan kennis van de belastingwetgeving om zo op de hoogte te zijn van de fiscale gevolgen van een dergelijke handeling. Vervolgens kunnen bedrijven hun beleid hierop af stemmen. Dit staat bekend als rulings, meer specifiek Advance Tax Ruling of Advance Pricing Agreement.

In geval van Advance Tax Ruling wordt tussen de belastingplichtige en de fiscus afgesproken hoe een belastbare handeling of samenstel van handelingen wordt uitgewerkt. Daarbij gaat het om situaties of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is voor tussenhoudsters in internationale situaties, de uitwerking van (internationale) structuren waarbij hybride entiteiten en financieringen een rol spelen en of er sprake is van een vaste inrichting in Nederland voor een onderneming die in het buitenland is gevestigd.²⁵⁵ Vervolgens wordt door beide partijen een overeenkomst getekend van die uitwerking. Dit biedt de belastingplichtige rechtszekerheid en deze zal achteraf niet geconfronteerd worden met andere fiscale gevolgen van die betreffende handeling. De Advance Pricing Agreement wordt gebruikt wanneer een multinationale onderneming aan transfer pricing doet. Een multinationale onderneming heeft meerdere dochterondernemingen verspreid over verschillende landen. Zij verrichten onderling transacties waarbij een prijs wordt overeengekomen. De overeengekomen prijs van een interne transactie wordt transfer pricing genoemd. Door de gelieerdheid van deze ondernemingen kunnen prijzen worden overeengekomen die niet als 'zakelijk' te kwalificeren zijn. Hiervan is sprake wanneer

²⁵³ Zie onder andere Nota over de toestand van 's Rijks financiën in Tweede Kamer, vergaderjaar 2015-2016, 34 300, nr. 1. hoofdstuk 2.5. & de Brief van de Staatsecretaris van Financiën van 20 september 2016, nr 2015-0000148647. V-N 2016/49.24. & J. Vleggeert, 'De implementatie van de BEPS-acties door Nederland: Kroonjuwelen versus "aggressive tax planning indicators"', *WFR* 2016/47. p. 3.

²⁵⁴ Besluit van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3099.

²⁵⁵ Besluit/beleidsregel. Procedure voor behandeling van advance tax ruling-verzoeken. 11 augustus 2004.

de overeengekomen prijs voor een interne transactie afwijkt van hetgeen totstand zou zijn gekomen met een niet-gelieerde partij. Met de introductie van het *arm's length-beginsel* worden belastingplichtigen in geval van interne transacties verplicht onderling te handelen alsof de transactie door onafhankelijke partijen onder gelijke omstandigheden wordt overeengekomen.²⁵⁶ Het kan voor een belastingplichtige lastig zijn om de arm's length-prijs te bepalen. Immers, iedere transactie heeft wel zijn eigen voorwaarden en omstandigheden waardoor er toch een onzeker element in zit. Om deze onzekerheid te elimineren kan een multinationale onderneming zekerheid vooraf vragen aan de Belastingdienst.²⁵⁷

Een belastingplichtige zal niet geconfronteerd willen worden met meerdere malen belastingheffing over een bepaalde rechtshandeling. Het bieden van regeling waarmee dubbele belasting wordt voorkomen is een belangrijk onderdeel van het fiscale vestigingsklimaat. De deelnemingsvrijstelling voorkomt onder bepaalde voorwaarden dat (economische) dubbele belasting optreedt. Deze bepaling staat in artikel 13 van de wet op de vennootschapsbelasting 1969. Op grond van deze bepaling zijn voordelen uit hoofde van een deelneming vrijgesteld en zijn de kosten ter zake van de verwerving of vervreemding van die deelneming niet aftrekbaar. Daarbij dient voordelen algebraïsch te worden uitgelegd, inhoudende dat bijvoorbeeld verliezen met uitzondering van liquidatieverlies²⁵⁸ niet aftrekbaar zijn. In de literatuur wordt het ne-bis-in-idembeginsel en de verlengstukgedachte als grondslagen aangedragen voor deze bepaling. Volgens het ne-bis-in-idem-beginsel is het niet correct om over dezelfde winst tweemaal belast te worden.²⁵⁹ Onder de verlengstukgedachte wordt geacht dat de dochteronderneming functioneert als verlengstuk van de moedermaatschappij. Winst die de dochtermaatschappij genereert is in feite dus de winst van de moedermaatschappij. In andere woorden betekent dit dat wanneer er winst van de dochtermaatschappij wordt uitgekeerd aan de moedermaatschappij de laatstgenoemde maatschappij niet nog een keer aan de winstbelasting is onderworpen over die winst.

Nederland heeft een uitgebreid netwerk aan belastingverdragen. Belastingverdragen zijn van belang in het voorkomen van dubbele belasting en leveren daarmee een bijdrage aan de aantrekkelijkheid van het fiscale vestigingsklimaat. In grensoverschrijdende gevallen kan het voorkomen dat de betrokken landen beide van mening zijn dat zij het heffingsrecht hebben over een bepaald inkomen. Wanneer beide landen het inkomen willen heffen wordt de belastingplichtige geconfronteerd met

²⁵⁶ In de Nederlandse wet is het arm's length-beginsel gecodificeerd in artikel 8b Wet VPB 1969.

²⁵⁷ Om een Advanced Pricing Agreement te krijgen dient cumulatief te worden voldaan aan bepaalde voorwaarden, waaronder de meerderheid van het bestuur feitelijk moet zijn gevestigd in Nederland en de bankrekening van de onderneming in Nederland moet worden aangehouden. Zie Besluit/beleidsregel. Dienstverleningslichamen en zekerheid vooraf. 11 augustus 2004.

²⁵⁸ Zie in dit kader de liquidatieverliesregeling van artikel 13d Wet VPB 1969.

²⁵⁹ J. Hoogendoorn, 'Het 'ne bis in idem'-beginsel en de deelnemingsvrijstelling', *FED* 1986/1316.

dubbele belasting. Met belastingverdragen wordt voorkomen dat op bepaalde inkomens (juridisch) dubbele belasting wordt geheven. Om die dubbele belastingheffing te voorkomen regelen belastingverdragen primair de heffingsbevoegdheid.²⁶⁰ Een belastingverdrag wijst in de regel één van de verdragspartners aan die mag heffen over een bepaald inkomen. Tegelijkertijd wordt hiermee de rechtszekerheid gewaardborgd. Wanneer een bepaalde inkomstenbron niet in de heffing wordt betrokken door het land dat de heffingsbevoegdheid heeft op grond van het bilaterale belastingverdrag, creëert dit niet het recht voor de verdragspartner om alsnog over dat inkomen te heffen.²⁶¹ Een bijkomend effect van de gesloten belastingverdragen is dat zij ervoor zorgen dat bepaalde inkomensbestanddelen via een derde land niet of tegen een lager belastingheffing worden belast. Dus stel dat Duitsland een belastingverdrag heeft gesloten met Nederland maar niet met Zimbabwe waarbij Nederland wel een belastingverdrag heeft gesloten met Zimbabwe. Een Duitse onderneming kan dan door middel van een vennootschap in Nederland in beginsel de voordelen van het verdrag Nederland-Zimbabwe genieten.

Verder hanteert de Nederlandse fiscale wet- en regelgeving geen bronheffing op uitgaande rente- en royaltystromen²⁶² en wordt met behulp van belastingverdragen de uitgaande dividendstromen vaak op nihil gesteld. De afwezigheid van dergelijke heffingen worden beschouwd als de kroonjuwelen van het Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel en daarmee van het fiscale vestigingsklimaat.

Recent heeft de regering aangekondigd de dividendbelasting af te willen schaffen. Als reden hiervoor wordt genoemd om het voor ondernemingen aantrekkelijk te maken om zich te vestigen in Nederland en van waaruit Nederlandse bedrijven handel kunnen drijven.²⁶³ Buitenlandse belastingplichtigen kunnen de dividendbelasting als voorheffing namelijk niet in aanmerking nemen. Dit maakt het dat voor buitenlandse belastingplichtigen de dividendbelasting kostenverhogende werking heeft. De afschaffing van de dividendbelasting betekent dat belastingplichtigen helemaal niet geconfronteerd zullen worden met de kostenverhoging. Dit heeft als gevolg dat een buitenlandse belastingplichtige in zijn geheel haar belastingdruk ziet verlagen waardoor het vestigingsklimaat aantrekkelijker wordt.²⁶⁴

²⁶⁰ Notitie Fiscaal verdragsbeleid 2011. p. 13.

²⁶¹ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, Internationaal belastingrecht, Fiscale studiereeks, Deventer: Kluwer 2013. p. 63. Een uitzondering hierop vormt de *remittance-base* bepaling. Deze bepaling houdt in dat op het moment een verdragspartner geen gebruik maakt van zijn heffingsbevoegdheid, dan hoeft de andere verdragspartner geen belastingvermindering toe te staan.

²⁶² Artikel 8c Wet VPB 1969 regelt nationaalrechtelijk de heffing van uitgaande rente- en royaltystromen.

²⁶³ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Fiscale plannen nieuw kabinet, Regeerakkoord 2017-2021', V-N 2017/50.3. Onderdeel 2.4.

²⁶⁴ De opmerking verdient dat mijns inziens onder de afschaffing van de dividendbelasting ten grondslag ligt dat buitenlandse belastingplichtigen de dividendbelasting niet als voorheffing in aanmerking kunnen nemen terwijl binnenlandse belastingplichtigen dat wel kunnen doen. Hier is sprake van discriminatie hetgeen mogelijk in strijd is met het EU-recht. Wanneer door het EU HvJ uitgesproken wordt dat er geen rechtvaardigingsgrond is voor de verschillende behandeling tussen binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen kan dat de

Tegelijkertijd met de aankondiging van de afschaffing van de dividendbelasting is aangekondigd voor de invoering van een bronheffing op rente en royalty's naar 'tax low jurisdictions'.²⁶⁵ Onder deze maatregel ligt niet het behalen van belastingopbrengsten, maar is erop gericht om op papier in Nederland gevestigde 'doorstroomvennootschappen' en/of betalingen aan 'belastingparadijzen' af te schrijven. Ondanks dat er nog onduidelijkheid heerst over de vormgeving van de heffing op rente en royalty's zal de aanwezigheid van dergelijke heffingen het fiscale vestigingsklimaat van Nederland en daarmee de positie van Nederland als fiscaal vestigingsland op de internationale taxplanningskaart waarschijnlijk beïnvloeden. De kanttekening dient wel geplaatst te worden dat als de regering de heffing op rente en royalty's doorvoert in de Nederlandse belastingwet, dat dit niet automatisch betekent dat Nederland daadwerkelijk zal heffen. Zowel het EU-recht als het uitgebreide netwerk aan belastingverdragen kunnen de Nederlandse belastingdienst beperken in de heffing van uitgaande rente en royalty's.

Al deze genoemde factoren dragen een steentje bij aan de aantrekkelijkheid van Nederland als fiscaal vestigingsland voor het internationale bedrijfsleven. Nederland maakt het voor internationaal opererende bedrijven mogelijk om hun wereldwijde belastingdruk te verminderen. In dit kader fungeert Nederland als een doorstroomland.

Volgens een onderzoek van OXFAM NOVIB zijn ongeveer 14.400 doorsluisfirma's in Nederland gevestigd.²⁶⁶ Zij sluizen jaarlijks rond de € 3500 miljard door ons land. In eerste instantie zou men zeggen dat er een grote hoeveelheid aan kapitaal Nederland binnenstroomt, echter blijft er echter nauwelijks iets hangen van al die kapitaalstromen. Dergelijke firma's richten zich op het doorvervoeren van de ontvangen kapitaalstromingen in de vorm van rente, royalty en dividenden.²⁶⁷ Deze firma's worden ook wel brievenbusmaatschappijen genoemd. Zij vormen een schakel binnen een concern, waarbij de doorstroomfirma een dochter is van een in het buitenland gevestigde moedermaatschappij. De in Nederland gevestigde dochter houdt op haar beurt deelnemingen in vennootschappen die in het buitenland zijn gevestigd. De Nederlandse dochter wordt ook wel een tussenhoudster genoemd. Als tussenhoudster ontvangt de Nederlandse dochter kapitaalstromen die afkomstig zijn van de buitenlandse deelnemingen. Vervolgens sluist de Nederlandse dochter de kapitaalstromen op haar

Nederlandse schatkist enorm raken. Gezien de relevantie voor dit onderhavige onderzoek wordt de verdere bespreking hiervan buiten beschouwing gelaten.

²⁶⁵ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Fiscale plannen nieuw kabinet, Regeerakkoord 2017-2021', V-N 2017/50.3. Onderdeel 2.4.

²⁶⁶ Het onderzoek van Oxfam Novib in Nederland Belastingparadijs. 2016. pag. 15.

²⁶⁷ Fact-sheets over o.a. belastingongelijkheid en belastingontwijking via Nederland, ontwikkeld door SOMO, 23 december 2015. Raadpleegbaar via de volgende websites: <http://www.somo.nl/news-nl/aanhoudende-belastingontwijking-ondermijnt-europese-solidariteit> & <http://www.somo.nl/news-nl/Nederlandparadijsvoorbelastingontwijkers.pdf>

beurt naar de in het buitenland gevestigde moedermaatschappij. Daarbij behaalt een concern in het algemeen voor de onderneming in zijn geheel een lagere wereldwijde belastingdruk door de werking van de hiervoor besproken punten. Volgens het Nederlandse kabinet dragen deze elementen bij aan een goede en eerlijke handelsrelaties met andere landen.²⁶⁸ Gezien dat niet alle landen dezelfde principes hanteren zorgt dat ervoor dat grensoverschrijdend opererende bedrijven mogelijkheden ondervinden om hun wereldwijde belastingdruk via Nederland te verminderen. Dit draagt niet bij aan een gelijk speelveld met nationaal opererende bedrijven.

5.3 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk stond het vestigingsklimaat van Nederland centraal. Meer specifiek is in het kader van dit onderzoek de fiscale aspecten van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat onder de loep genomen. Daar is naar voren gekomen dat het Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel een aantal regelingen hanteert waarmee voor multinationale ondernemingen BEPS tot stand komt. Die regelingen zorgen ervoor dat Nederland een belangrijke rol heeft gekregen op de internationale tax planningskaart.

In het volgende hoofdstuk wordt gekeken wat de invloed zal zijn van de richtlijnbevestigingen op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat.

²⁶⁸ Nota over de toestand van 's Rijks financiën in Tweede Kamer, vergaderjaar 2015-2016, 34 300, nr. 1. hoofdstuk 2.5.

Hoofdstuk 6 Invloed van de ATAD-bepalingen op het fiscale vestigingsklimaat van Nederland

6.1 Inleiding

Onlangs is een consultatiedocument met betrekking tot de implementatie van de ATAD-richtlijn in de Nederlandse wet- en regelgeving gepubliceerd.²⁶⁹ Belangrijk aan het consultatiedocument is dat deze in het algemeen is voorzien van minimumnormen. In het kader van de bestrijding van BEPS prevaleert een strengere implementatie boven de minimumnormen. Wanneer een EU-lidstaat besluit om de richtlijnbevestigingen strenger te implementeren heeft dat wel als gevolg dat het desbetreffende land aan aantrekkelijkheid verliest voor belastingplichtigen die zich in dat land willen vestigen of een investering via dat land willen organiseren. De keuzes die worden gemaakt bij de implementatie hebben dus een grote invloed op het nationale en internationale bedrijfsleven. De keuzes die daarbij worden gemaakt is uiteraard een politieke aangelegenheid.

In het kader van de implementatietermijn van de richtlijnen ATAD en ATAD 2 is het interessant om te kijken in hoeverre het fiscale vestigingsklimaat van Nederland beïnvloed wordt. Dit is met name van belang voor de vraag in hoeverre Nederland aan haar aantrekkelijkheid als fiscale vestigingsland zal verliezen dan wel om te kijken in hoeverre het verlies aan aantrekkelijkheid geminimaliseerd kan worden.

6.2 Invloed van de ATAD-bepalingen op het fiscale vestigingsklimaat van de EU

De aangenomen ATAD-richtlijn en ATAD 2 is alleen in de lidstaten van de EU van toepassing. De richtlijnen hebben een negatieve invloed op het fiscale vestigingsklimaat van de EU-lidstaten en daarmee van de EU als geheel. Hiermee bedoel ik dat het voor een investeerder minder aantrekkelijk wordt om een investering via een EU-lidstaat te laten verlopen. Dit, omdat de richtlijnbevestigingen in bepaalde gevallen een heffing verplichten dan wel aftrekrecht verbieden. Voor belastingplichtigen is dit uiteraard onwenselijk waardoor dergelijke bepalingen een negatieve invloed hebben op het fiscale vestigingsklimaat van een EU-lidstaat. Zo hebben de maatregelen ook gevolgen voor belastingplichtigen die niet aan (agressieve) tax planning doen. Zie de earningsstrippingregeling van de ATAD. Op basis van de fixed ratio-regel van de earningsstrippingregeling wordt de aftrek van rente beperkt ondanks er geen sprake hoeft te zijn van leningen binnen concernverhoudingen en dus kans op BEPS klein is. Deze richtlijnbevestiging zal investeerders met vreemd vermogen belemmeren om een investering via een EU-lidstaat te laten lopen, hetgeen dus schade aan de aantrekkelijkheid van het

²⁶⁹ Vakstudie Nieuws, 'Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD1', V-N 2017/39.14.

fiscale vestigingsklimaat van de EU en daarmee ook van Nederland tot gevolg heeft. Een verslechterend fiscaal vestigingsklimaat heeft tot gevolg dat zowel de EU en daarmee de lidstaten waaronder Nederland minder aantrekkelijk worden voor investeerders.

Potentiële investeerders zullen heroverwegen om zich te vestigen in een EU-lidstaat of om een investering via een EU-lidstaat te laten lopen. Huidige investeerders in de EU zullen in hun belastingbesparing er niet erop achteruit willen gaan. Om in hun belastingkosten te kunnen besparen dan wel de belastingkosten onder de toepassing van de ATAD-richtlijn te verminderen zullen zij op zoek gaan naar andere fiscale route's waarin wel kostenbesparende mogelijkheden zijn. Investeerders in de EU zullen heroverwegen om daar te blijven of om te vertrekken naar buiten de EU. Waarschijnlijk zal er een verschuiving van de fiscale structuren plaatsvinden van de EU naar derde landen, hetgeen betekent dat de concurrentiekracht van de EU als geheel afneemt. In dit kader past de opmerking dat de EU politieke druk moet zetten op de OESO. Hier kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de situatie waarin de lidstaten van de EU niet mee zullen werken aan de plannen van de OESO op een bepaald beleid totdat de fiscale maatregelen zoals de anti-BEPS-plannen afgedwongen worden bij de OESO-landen. Dit zorgt ervoor dat er op dat beleidsplan minder vooruitgang geboekt wordt. De OESO dient op haar beurt druk uit te oefenen op landen die niet meewerken aan de anti-BEPS-plannen van de OESO. Wanneer ook die landen meewerken aan de OESO anti-BEPS-plannen kan er op het internationaal niveau BEPS bestreden worden. Hiermee zal het fiscale vestigingsklimaat van de EU ten opzichte van de derde landen weer worden versterkt. Daar komt bij dat een internationale bestrijding van BEPS natuurlijk effectiever is dan enkel een Europese bestrijding, omdat BEPS een internationaal fenomeen is. Dit is ook de reden waarom onder andere Nederland pleit voor een internationale aanpak. Uit verschillende documenten van de EU blijkt dat Nederland EU-voorstellen heeft geweigerd door bijvoorbeeld te pleiten voor een wereldwijde richtlijn in plaats van een EU-richtlijn.²⁷⁰ Een voorbeeld hiervan is de wetgeving op het gebied van de digitale economie, beter bekend als de Googlebelasting. Onder andere Frankrijk en Duitsland willen een aparte "omzetbelasting" voor dergelijke internetbedrijven. Het Nederlandse kabinet geeft aan wel voorstander te zijn van een dergelijke wet, alleen indien de niet-EU-lidstaten ook meedoen met een dergelijke belasting.²⁷¹ De houding van het Nederlandse kabinet blokkeert hiermee een Europese aanpak, omdat voor Europese fiscale wetgeving unanimititeit is vereist. Ik begrijp de houding van het Nederlandse kabinet wel. Het is een internationaal probleem dat internationaal aanpak vereist. Wanneer alleen door de EU-lidstaten

²⁷⁰ Vakstudie Nieuws, 'Reactie staatssecretaris op bericht dat Nederland zou dwarsliggen bij EU-aanpak belastingontwijking', *V-N* 2017/62.16.

²⁷¹ *Kamerstukken II* 2017/18, 22112, nr. 2418. Fiche: Mededeling Een eerlijk en efficiënt belastingstelsel in de EU voor de digitale eengemaakte markt.

een maatregel wordt genomen om een bepaalde internationale vorm van belastingontwijking aan te pakken, dan gaat dat waarschijnlijk ten koste van het bedrijfsleven in de EU.

6.3 Invloed van de ATAD op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat

6.3.1 Invloed van de earningsstrippingregeling op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat

Een investering financieren met vreemd vermogen is aantrekkelijker in plaats van met eigen vermogen. Dit, omdat een geldlening in fiscaalrechtelijke zin tot gevolg heeft dat de betaalde vergoeding op die lening in aftrek van de winst gebracht kan worden. Op het internationaal niveau opererende ondernemingen is de aantrekkelijkheid van vreemd vermogen zelfs nog groter. Naast de rentelasten die in aftrek komen van de winst kunnen multinationale ondernemingen door middel van intra-groepsfinancieringen die rentelasten effectueren in hoog belaste landen en de corresponderende renteopbrengsten in laag belaste landen. Op deze manier realiseert de onderneming in zijn geheel een lagere belastingdruk voor de onderneming in zijn geheel. De wetgever acht situaties waarin belastingplichtigen door middel van intra-groepsfinancieringen hun effectieve belastingdruk proberen te drukken onwenselijk. Om de eigen grondslag te beschermen heeft de Nederlandse wetgever rente aftrekbeperkingsmaatregelen opgenomen in de fiscale wet. Voorbeelden van die maatregelen in de Nederlandse wet zijn de artikelen 10a, 10b, 13l en 15ad van de vennootschapsbelasting. Door de generieke aard van de earningsstrippingregeling van de ATAD-richtlijn kunnen de bestaande Nederlandse specifieke rente aftrekbeperkingsmaatregelen in beginsel gehandhaafd blijven. Dat heeft echter tot gevolg dat het belastingsysteem met betrekking tot de rente aftrekmogelijkheden in de vennootschapsbelasting complexer wordt. Ruijschop merkt op dat indien de bestaande rente aftrekbeperkingsmaatregelen in stand blijven dat het dan een goed advies is aan psychiatrische inrichtingen om in hun instituten een afdeling voor vennootschapsbelastingsspecialisten te openen die met dergelijke casussen zijn geconfronteerd. Een complexer systeem heeft dus een negatief invloed op het fiscale vestigingsklimaat van een land. Gezien de complexiteit is het dus van belang om gelijktijdig met de invoering van de richtlijnbevestiging de bestaande specifieke rente aftrekbeperkingsmaatregelen te schrappen. Het wel of niet schrappen van de bestaande maatregelen is in hoge mate afhankelijk van de uiteindelijke implementatiewijze van de richtlijnbevestiging. Om deze reden zal ik de bestaande Nederlandse specifieke renteaftrekbeperkingsmaatregelen niet verder behandelen en zal de nadruk meer komen liggen op de implementatievorm van de earningsstrippingregeling.

In hoofdstuk 4.3 is de earningsstrippingregeling uit de ATAD-richtlijn aan bod gekomen. Daarin is naar voren gekomen dat de rente aftrek van een belastingplichtige gekoppeld zal worden aan de winst van

de betreffende belastingplichtige. De regel van de EBITDA²⁷² staat daarbij centraal. Des te hoger de belastbare winst, des te hoger de rente kosten geëffectueerd kunnen worden tot aan de EBITDA-regel. Gezien het feit dat alleen belastbare inkomsten onder deze bepaling vallen heeft de deelnemingsvrijstelling, één van de kroonjuwelen van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat, geen verhogend effect op de EBITDA van belastingplichtigen.

Op grond van het bepaalde is het aftrekbare financieringskostensurplus gesteld op 30% van de EBITDA van de belastingplichtige. Het 30%-plafond beperkt de aantrekkelijkheid van tax planning, omdat een vermindering van de belastbare winst ook de aftrekruijnte vermindert. Het 30%-plafond is een minimumnorm, inhoudende dat lidstaten vrij zijn in het hanteren van een lager percentage.²⁷³ Een lager percentage brengt wel met zich mee dat het fiscale vestigingsklimaat verslechtert indien andere lidstaten een dergelijke verlaging niet zullen hanteren. In het consultatiedocument is eveneens uitgegaan van dit percentage.²⁷⁴

De toepassing van de fixed ratio-regel kan in bepaalde gevallen ongewenste resultaten met zich mee brengen, zoals dubbele belasting dat slecht verhoudt met de aantrekkelijkheid van een belastingsysteem. Om ongewenste resultaten te voorkomen kunnen EU-lidstaten verzachtende maatregelen opnemen waarmee afgeweken wordt van de fixed ratio-regel. Die verzachtende regelingen zijn mijns inziens belangrijke punten waar EU-lidstaten zich kunnen onderscheiden van andere EU-lidstaten om zo aan aantrekkelijkheid te winnen. Deze bepalingen kunnen er namelijk voor zorgen dat belastingplichtigen een hoger bedrag aan rente kunnen aftrekken dan hetgeen onder de hoofdregel is toegestaan. Die optionele regelingen kunnen dus van belang zijn bij de afweging om een bepaalde investering via een lidstaat van de EU te laten verlopen waarin deze regelingen van toepassing zijn. Het kan dus fiscaal interessant zijn voor belastingplichtigen wanneer EU-lidstaten gebruik maken van de scala aan verzachtingen. Dit betekent wel dat de mogelijkheid voor BEPS in de vorm van rente aftrek zeer afhankelijk is van de wijze van implementatie.

Een optionele regeling is dat Nederland de earningsstrippingregeling kan toe passen op het niveau van een groep zoals bepaald in het nationale belastingrecht.²⁷⁵ Vanuit eenvoud kan Nederland voor het begrip groep²⁷⁶ aansluiten bij de Nederlandse fiscale eenheid zoals opgenomen in artikel 15 Wet VPB 1969. Dit is mijns inziens wenselijk wanneer bedacht wordt dat er op basis van de fiscale eenheidsregeling vennootschapsbelasting wordt geheven alsof sprake is van één belastingplichtige.

²⁷² Om niet in herhaling te vallen zie hoofdstuk 4.3.1 van dit onderhavig onderzoek over de uitleg van de EBITDA.

²⁷³ Preambule van de ATAD-richtlijn. paragraaf 6, vierde volzin.

²⁷⁴ Artikel 15b, eerste lid, conceptwetsvoorstel ATAD 1.

²⁷⁵ Artikel 4, eerste lid, onderdeel a, ATAD-richtlijn.

²⁷⁶ Zie artikel 24b, Burgerlijk Wetboek Boek 2.

Het financieringskostensurplus zou daarmee slechts eenmaal te worden berekend te worden. Er kleeft wel een misbruiksituatie aan deze regeling waarmee de earningsstrippingregeling op het niveau van de groep toegepast wordt, namelijk wanneer een vennootschap in de fiscale eenheid veel eigen vermogen heeft waardoor de aftrekruijme hoger kan uitvallen. In het consultatiedocument is geen aandacht besteed om de werkingssfeer van de richtlijnbeoaling uit te breiden tot een groep zoals de fiscale eenheid. Als reden denk ik dat de Nederlandse fiscale eenheidsregime momenteel ter discussie staat als gevolg van de arresten van het HvJ EU.²⁷⁷ Wanneer Nederland de werkingssfeer zou uitbreiden tot fiscale groepen zou dat mijns inziens EU-rechtelijk tot problemen kunnen leiden wanneer de beooring op groepsniveau niet zou uitstrekken tot buitenlandse entiteiten die tot dezelfde groep behoren. Het HvJ EU heeft op 28 februari 2018 uitspraak gedaan over twee zaken die gingen over de verenigbaarheid van het Nederlandse fiscale eenheidsregime in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. In die twee zaken ging het om een gemeenschappelijke kernvraag, namelijk: kunnen belastingplichtingen ondanks dat zij geen fiscale eenheid kunnen aangaan met in de EU gevestigde buitenlandse dochters, in aanmerking komen voor de voordelen van afzonderlijke elementen van het fiscale eenheidsregime alsof wél sprake is van een fiscale eenheid met die in de EU gevestigde buitenlandse dochters, de zogenoemde per-elementbenadering.²⁷⁸ De Advocaat-Generaal heeft eerder op 25 oktober 2017 geconcludeerd dat Nederland binnenlandse groepen niet mag bevoordelen door fiscale bepalingen te neutraliseren door het aan kunnen gaan van een fiscale eenheid.²⁷⁹ Een voorbeeld is dat in binnenlandse verhoudingen een belastingplichtige aan de toepassing van de rente aftrekbeperking van artikel 10a Wet VPB 1969 kan ontkomen door een fiscale eenheid aan te gaan met de Nederlandse groepsmaatschappijen.²⁸⁰ Door het aangaan van een fiscale eenheid wordt de lening onzichtbaar waardoor de rente aftrekbeperking niet aan de orde kan zijn. Grensoverschrijdende situaties kunnen voor dit voordeel niet in aanmerking komen waardoor de rente aftrek voor buitenlandse situaties beperkt wordt. Dit betekent dat EU-buitenlandse situaties slechter behandeld worden dan binnenlandse situaties. In het arrest van 28 februari 2018 heeft het HvJ EU de conclusie van de Advocaat-Generaal gevolgd waardoor de toepassing van de per-elementbenadering in

²⁷⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, (*Groupe Steria*).

²⁷⁸ Brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer van 25 oktober 2017, 34 323, nr. 20, p. 2. Meijburg & Co, Memorandum, Europese Hof van Justitie past de per-elementbenadering ook toe voor Nederland, 2018.

²⁷⁹ Vakstudie Nieuws, 'Nederland handelt volgens A-G HvJ EU in strijd met EU-recht bij weigering aftrek rente', V-N 2017/52.12. De conclusie van de Advocaat-Generaal HvJ EU op de in 2016 gestelde prejudiciële vragen van de Nederlandse Hoge Raad na aanleiding van de per-elementbenadering uit het *Groupe Steria*-arrest van het HvJ EU.

²⁸⁰ Vakstudie Nieuws, 'Nederland handelt volgens A-G HvJ EU in strijd met EU-recht bij weigering aftrek rente', V-N 2017/52.12. De conclusie van de Advocaat-Generaal HvJ EU op de in 2016 gestelde prejudiciële vragen van de Nederlandse Hoge Raad na aanleiding van de per-elementbenadering uit het *Groupe Steria*-arrest van het HvJ EU.

Nederland op de fiscale-eenheidsregime is aanvaard. Als gevolg van dit arrest kunnen belastingplichtigen genieten van de voordelen van het fiscale eenheidsregime zonder geconfronteerd te worden met de nadelen van het fiscale eenheidsregime. Per wettelijke bepaling in de vennootschapsbelasting zal beoordeeld moeten worden of het aangaan van een fiscale eenheid consequenties heeft voor de toepassing van die bepaling. Al eerder is door het Ministerie van Financiën een pakket met spoedreparatiewetgeving met terugwerkende kracht naar 11:00 uur op 25 oktober 2017 aangekondigd indien het HvJ EU de conclusie van de Advocaat-Generaal zou volgen. De spoedreparatie komt erop neer dat bepaalde regelingen in de vennootschapsbelasting en de dividendbelasting toegepast moeten worden alsof geen sprake is van een fiscale eenheid. Voor de specifieke rente aftrekbeperking van artikel 10a Wet VPB 1969 betekent de spoedreparatie dat de fiscale eenheidsmaatschappijen als het ware weer zelfstandig belastingplichtig worden. Ik acht deze ontwikkeling dan ook begrijpelijk. Dit arrest heeft namelijk tot gevolg dat buitenlandse belastingplichtigen kunnen genieten van de voordelen van het fiscale eenheidsregime zonder geconfronteerd te worden met de nadelen van het fiscale eenheidsregime.²⁸¹

Het opnemen van een franchise heeft een verzachtende werking op de rente aftrekbeperking. Op grond van deze optionele regeling wordt belastingplichtigen het recht toegekend op aftrek van financieringskostensurplus tot € 3 miljoen.²⁸² In het kader van het fiscale vestigingsklimaat juich ik de opname van deze regeling toe, omdat belastingplichtigen met een laag risico voor BEPS hierdoor minder geconfronteerd worden met de rente aftrekbeperking. Wanneer de franchise in combinatie met de groepsregeling wordt geïmplementeerd is het bijkomend nadeel voor de groep dat zij slechts eenmaal gebruik kunnen maken van de franchise, omdat de fiscale eenheid als één belastingplichtige wordt aangemerkt voor de vennootschapsbelastingdoeleinden.

Een uitzondering op het financieringskostensurplus is dat de EU-lidstaten volledige aftrek van het financieringskostensurplus mogen toekennen indien de belastingplichtige een op zichzelf staande entiteit is.²⁸³ Deze regeling is mijns inziens noodzakelijk, omdat in een dergelijk geval sprake van BEPS door rente aftrek binnen concernverhoudingen niet aanwezig is. Hierdoor worden belastingplichtigen met een laag risico voor BEPS minder geconfronteerd met de rente aftrekbeperking.

Leningen die vóór 17 juni 2017 zijn gesloten en leningen die voor de financiering van een langlopend openbaar infrastructuurproject zijn aangegegaan met de voorwaarde dat de uitvoerder van het project, de financieringskosten, de activa en de inkomsten zich in de EU bevinden kan een overgangsregeling

²⁸¹ De bespreking van de Nederlandse fiscale eenheidsregime valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek waardoor de verdere bespreking buiten beschouwing wordt gelaten.

²⁸² Artikel 4, derde lid, onderdeel a, ATAD-richtlijn.

²⁸³ Artikel 4, derde lid, onderdeel b, ATAD-richtlijn.

toegepast worden.²⁸⁴ De overgangsregeling houdt in dat die leningen uitgesloten worden van het financieringskostensurplus van belastingplichtigen. In het consultatiedocument is afgezien van deze optionele regeling omwille van de uitvoerbaarheid.²⁸⁵ Jaarlijks zou dan bij iedere lening afzonderlijk vastgesteld moeten worden wanneer de lening is aangegaan en of dat die naderhand niet is gewijzigd. Bij belastingplichtigen met meerdere leningen zou dan op een deel het oude regime van toepassing zijn en voor het ander deel het nieuwe regime. In geval gebruik zou worden gemaakt van deze regeling dient opgemerkt te worden dat bij deze leningen die onder de overgangsregeling zullen vallen wellicht sprake kan zijn van BEPS en belastingplichtigen naar mijn mening geneigd zullen zijn om dit overgangsrecht oneindig te verlengen. Voor sommige belastingplichtigen kan de rente aftrekbeperking op basis van de oude regels leiden tot een hogere rente aftrekbeperking. Wanneer wordt gekozen om dit overgangsrecht niet te hanteren wordt de rechtszekerheid van het bedrijfsleven geschaad. Die belastingplichtigen worden dan geconfronteerd met minder aftrek door een wetswijziging. Het opnemen van een overgangsregeling heeft tot gevolg dat er problemen in de praktijk kunnen voorkomen die ontstaan als gevolg van eventuele terugwerkende kracht. Beide punten verhouden zich dus slecht met de aantrekkelijkheid van het fiscale vestigingsklimaat van een land. Als alternatief kan bedacht worden om de keuze van de overgangsregeling over te laten aan belastingplichtigen. Belastingplichtigen kunnen dan kiezen voor de overgangsregeling voor de reeds bestaande leningen waarbij een alternatieve berekening gemaakt moet worden op basis van de oude regels. Indien de alternatieve berekening leidt tot een hogere aftrek dan zou die alternatieve berekening toegepast mogen worden. Hiermee zorg je in ieder geval ervoor dat de rechtszekerheid van belastingplichtigen gewaarborgd wordt.

Op grond van de groepsescaperegelingen²⁸⁶ kan de hoogte van de rente aftrek in afwijking van de hoofdregel bepaald worden aan de hand twee alternatieven. Die alternatieven kunnen leiden tot een hogere rente aftrek. Een hogere rente aftrek is uiteraard wenselijk voor belastingplichtigen.

Uit een onderzoek van de De werkgroep Fiscaliteit blijkt dat het niet opnemen van een groepsregeling in combinatie met de verlaging van het franchisedrempel naar € 1 miljoen structureel Nederland € 420 miljoen meer oplevert dan wanneer de groepsregeling toegepast zou worden in combinatie met een franchisedrempel van € 3 miljoen. Een verklaring voor een hogere opbrengst voor de Nederlandse schatkist is bijvoorbeeld dat belastingplichtigen door de verlaging van de franchisedrempel eerder geconfronteerd worden met de beperking van rente aftrek. Overigens wijst uit hetzelfde onderzoek

²⁸⁴ Artikel 4, vierde lid, onderdeel a en b, ATAD-richtlijn

²⁸⁵ Consultatiedocument ATAD1, Internetconsultatie implementatie richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken (ATAD1), p. 15 en 16.

²⁸⁶ Artikel 4, vijfde lid, onderdeel a en b, ATAD-richtlijn.

uit dat het niet opnemen van de groepsregeling de uitvoerbaarheid van de regeling vergroot.²⁸⁷ Zie bijvoorbeeld 4.3.1 van dit onderzoek waarin kort is behandeld dat er onduidelijkheid is hoe bepaalde berekeningen gemaakt moeten worden. Wanneer de uitvoerbaarheid en de belastingopbrengsten in afwezigheid van de groepsescaperegelingen voor de belastingdienst en de onduidelijkheid voor belastingplichtigen afgezet worden tegen de wenselijkheid van deze regeling is deze regeling terecht niet opgenomen in het consultatiedocument.

In het consultatiedocument is tot slot aandacht geboden aan de verrekeningsmogelijkheid.²⁸⁸ Voorgesteld is om het niet-aftrekbare overschot aan rentelasten onbeperkt te verrekenen in opvolgende jaren waarin het financieringskostensurplus in dat jaar niet toereikend is om de aftrekbare ruimte te benutten, omdat deze variant in de uitvoeringssfeer de meest eenvoudige is.²⁸⁹ Eerder in dit onderzoek is aan bod gekomen dat de mogelijkheid voor verrekening gunstig is voor het fiscale vestigingsklimaat. Verder is in hoofdstuk 4.3.1 met betrekking tot de earningsstrippingregeling aan bod gekomen dat de earningsstrippingregeling een procyclische werking kan hebben en dat eenmalige omstandigheden een grote impact kan hebben op de EBITDA van de belastingplichtige. Om deze redenen ben ik van mening dat Nederland het goed doet om belastingplichtigen te voorzien in verrekening van het niet-aftrekbare overschot aan rentelasten.²⁹⁰ Het is mijns inziens redelijk en ten gunste van het fiscale vestigingsklimaat wanneer het overschot aan rentelasten in een bepaald jaar verrekend kan worden in opvolgende jaren waarin het financieringskostensurplus in dat jaar niet toereikend is om de aftrekbare ruimte te benutten. Vanuit de meest gunstige verrekeningsmogelijkheid voor het fiscale vestigingsklimaat zou ik echter voor de mogelijkheid gaan om het niet-aftrekbare overschot aan rentelasten onbeperkt voorwaarts te verrekenen te combineren met het voortwentelen van de onbenutte rentecapaciteit van vijf jaar. Deze combinatie is gunstig voor belastingplichtigen, omdat hiermee de volledige EBITDA-ruimte alsnog benut kan worden.

²⁸⁷ Rapport werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei, juli 2016, p. 89. Raadpleegbaar via de volgende website:

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/07/06/rapport-werkgroep-fiscaliteit>

²⁸⁸ Consultatiedocument ATAD1, Internetconsultatie implementatie richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken (ATAD1), De earningsstrippingregeling. Zie ook voorgestelde artikel 15b, achtste lid, Wet VPB 1969.

²⁸⁹ Consultatiedocument ATAD1, Internetconsultatie implementatie richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken (ATAD1), De earningsstrippingregeling. Zie ook voorgestelde artikel 15b, achtste lid, Wet VPB 1969.

²⁹⁰ Artikel 4, zesde lid, onderdeel a, ATAD-richtlijn.

6.3.2 Invloed van de exitheffing op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat

De exitheffingbepaling in de ATAD-richtlijn is in wezen een codificatie van de Europese exitheffingenjurisprudentie op het gebied van de directe belastingen.²⁹¹ De eindafrekeningssystematiek in de Nederlandse vennootschapsbelasting is in grote lijnen in overeenstemming met die exitheffingenjurisprudentie van het HvJ EU. Daarmee is de eindafrekeningssystematiek in de Nederlandse vennootschapsbelasting ook in grote lijnen in overeenstemming met de exitheffing in de ATAD-richtlijn.

De richtlijnbeepaling bepaalt dat de belastingclaim onmiddellijk of in vijf jaarlijkse termijnen dient te worden voldaan. In geval van heffing in termijnen is een EU-lidstaat toegestaan om rente over het uitstaande bedrag te berekenen. Wanneer we kijken naar de Nederlandse invorderingswet is te zien dat deze in grote lijnen gelijk is aan hetgeen de richtlijnbeepaling bepaalt. De invorderingswet voorziet belastingplichtigen in de mogelijkheid om onmiddellijk te betalen, rentedragend te betalen op het moment van winstrealisatie of te betalen in 10 jaarlijkse termijnen.²⁹² Bij rentedragend uitsel tot moment van winstrealisatie en betaling in termijnen wordt door de Nederlandse fiscus zekerheidsstelling verlangd van belastingplichtigen. Het verlenen van zekerheid is een verschil dat niet terug te zien is in de richtlijnbeepaling. De zekerheidsstelling is een algemene regel wanneer de belastingclaim niet onmiddellijk wordt voldaan. Het verlangen van zekerheid is niet verenigbaar met het EU-recht, meer specifiek zie bijvoorbeeld de zaak DMC van het HvJ EU waarin het verlangen van een zekerheidsstelling pas aan de orde komt wanneer sprake is van werkelijke en aantoonbare invorderingsrisico's.²⁹³ De richtlijnbeepaling volgt de lijn van het HvJ EU en schrijft voor dat zekerheidsstelling pas aan de orde komt als er sprake is van werkelijke en aantoonbare invorderingsrisico's.²⁹⁴ Nu de Nederlandse invorderingswet zekerheidsstelling als algemene regel hanteert is deze regeling op grond van hiervoor genoemde arrest van het HvJ EU en de richtlijnbeepaling niet verenigbaar met de vrijheid van vestiging van het EU-recht en de ATAD. Op dit punt dient de Nederlandse wetgeving in lijn gebracht te worden met de richtlijnbeepaling in de ATAD waarmee de exitheffing in de Nederlandse vennootschapsbelasting wat milder zal worden. Verder zal de Nederlandse wetgever de 10 jaarlijkse termijnen moeten wijzigen in vijf jaren. Dit is mijns inziens wenselijk voor de belastingdienst. Des te langer het termijn van invordering des te groter het risico wordt gelopen op niet-invordering. Door de 10 jaarlijkse termijnen te korten in vijf jaarlijkse termijnen

²⁹¹ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 29 november 2011, NR. C-371/10. (*National Grid Indus*) en HvJ EU 23 januari 2014, C-164/12. (*DMC*).

²⁹² Artikel 25a Invorderingswet 1990.

²⁹³ HvJ EU 23 januari 2014, C-164/12. r.o. 69. (*DMC*)

²⁹⁴ Artikel 5, derde lid, tweede alinea, ATAD.

wordt de heffing naar voren gehaald waarmee het risico op niet-invordering wordt verkleind. Voor belastingplichtigen is wellicht minder wenselijk vanwege mogelijk de liquiditeitspositie.

Omdat de Nederlandse exitheffing in grote lijnen overeenkomt met de richtlijnbeeping is in het consultatiedocument voorgesteld om alleen een nieuwe wetsartikel in de Invorderingswet 1990 op te nemen. Dat wetsartikel, artikel 25b Invorderingswet 1990, is in wezen een kopie van artikel 25a Invorderingswet 1990. Artikel 25a Invorderingswet 1990 is van toepassing op zowel de Inkomstenbelasting als op de vennootschapsbelasting. Omdat de richtlijnbeeping slechts van toepassing is op de vennootschapsbelasting wordt artikel 25a van de Invorderingswet 1990 in artikel 25b Invorderingswet 1990 in lijn gebracht met de richtlijnbeeping voor de vennootschapsbelasting. Artikel 25b van de Invorderingswet zal specifiek zien op uitstel van betaing van verschuldigde exitheffing in de vennootschapsbelasting.²⁹⁵ Het gaat om wijzigingen die zien op het uitstel van betaling voor de vennootschapsbelasting. Zo zal de termijn van uitstel worden gesteld op maximaal vijf jaar en de voorwaarden voor het verlangen van zekerheid worden aangepast. Artikel 25b van de Invorderingswet zal met ingang van 2020 van toepassing moeten zijn.

Een punt dat in het kader van het fiscale vestigingsklimaat van Nederland aandacht verdient is de ‘hopperzuigersystematiek’. De hopperzuigersystematiek vloeit voort uit de jurisprudentie van de Hoge Raad.²⁹⁶ Onder toepassing van dit systematiek in combinatie met de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten worden ongerealiseerde winsten in vermogensbestanddelen die overgebracht worden van het Nederlandse hoofdhuis naar een buitenlandse vaste inrichting effectief in termijnen in de Nederlandse belastinggrondslag betrokken.²⁹⁷ Door middel van deze systematiek is de effectieve belastingheffing in de situatie waarin een belastingplichtige vermogensbestanddelen overbrengt van het ene binnenlandse filiaal naar een ander binnenlandse filiaal identiek in de situatie waarin vermogensbestanddelen overgebracht worden naar een buitenlandse vaste inrichting. In dat kader functioneert deze sytematiek non-discriminatoir in vergelijking tot binnenlandse equivalenten. Door de identieke situaties is de hopperzuigersystematiek mijns inziens een regeling die bijdraagt aan de gemeenschappelijke Unie-gedachte die uitgaat van gelijke belastingdruk in binnenlandse en in intra-EU-situaties. Deze systematiek in combinatie met de objectvrijstelling voor ondernemingswinsten draagt bij aan de aantrekkelijkheid van het fiscale vestigingsklimaat van Nederland vanwege haar voorkoming van dubbele belasting. In de literatuur heerst de vraag of Nederland als gevolg van de richtlijnbeeping wel of niet afscheid zou moeten nemen van deze

²⁹⁵ Consultatiedocument ATAD1 IAKvragen over consultatiedocument ATAD1. Brief van 10 juli 2017, nr. 2017-0000129355. par. ‘regeling voor exitheffingen’.

²⁹⁶ HR 12 februari 1964, *BNB* 1964/95. (*Hopperzuiger*).

²⁹⁷ M.F. de Wilde, ‘De exitheffing in de Anti-ontgaansrichtlijn en zijn invloed op het Nederlandse belastingstelsel’, *FED* 2016/109. pag. 6.

systematiek. Door Smit wordt verondersteld dat Nederland, in ieder geval in relaties met derde landen, waarschijnlijk afscheid moet nemen van het deze systematiek.²⁹⁸ Door De Wilde wordt het standpunt ingenomen dat deze systematiek waarschijnlijk in stand kan blijven.²⁹⁹ In het kader van de positieve bijdrage aan het fiscale vestigingsklimaat van Nederland zou een einde van de hopperzuigersystematiek een slechte ontwikkeling zijn. Mijns inziens hoeven we voor een afscheid niet te vrezen. De richtlijnbeplating is namelijk voorzien van de volgende passage; *‘een belastingplichtige brengt activa over van zijn hoofdkantoor naar zijn vaste inrichting in een andere lidstaat of in een derde land, voor zover de lidstaat van het hoofdkantoor vanwege de overbrenging niet langer het recht heeft de overgebrachte activa in de heffing te betrekken’*.³⁰⁰

Wanneer het vestigingsland van het hoofdhuis bevoegd blijft om het overgebrachte vermogensbestanddeel in haar belastinggrondslag te betrekken, dan valt overbenging in de zin van ‘de hopperzuiger’ niet onder de werkingssfeer van de richtlijnbeplating. Nederland hanteert in het algemeen in haar belastingverdragen grondslagvoorbehoud waardoor Nederland bevoegd blijft om over de winsten van bijvoorbeeld de vaste inrichting in haar belastinggrondslag te betrekken die op grond van de toewijzingsregels in de andere verdragsstaat belast mogen worden. Vervolgens biedt Nederland ter voorkoming van (juridisch) dubbele belasting objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten met betrekking tot vaste inrichtingen. Het uitgangspunt blijft daarbij de wereldwinst. Wanneer een vermogensbestanddeel waarop een stille reserve rust wordt overgebracht van het hoofdhuis naar de vaste inrichting zal geen onmiddellijke heffing plaatsvinden. De stille reserve die betrekking heeft op het overgebrachte vermogensbestanddeel wordt door verschillen in de afschrijvingsbasis voor de vaststelling van de wereldwinst en de vaste inrichtingswinst in de Nederlandse heffingsgrondslag betrokken. De conclusie kan dan getrokken worden dat het overbenging van vermogensbestanddelen van het Nederlandse hoofdhuis naar een vaste inrichting in het buitenland niet onder de werkingssfeer van de richtlijnbeplating inzake de exitheffing valt. In andere woorden raakt de richtlijnbeplating het Nederlandse hopperzuigersystematiek niet waardoor deze systematiek in stand kan blijven.

6.3.3 Invloed van de CFC-regeling op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat

Op grond van de CFC-regeling worden bepaalde inkomsten van een CFC-entiteit betrokken in de belastinggrondslag van de moedervenootschap die in een EU-lidstaat is gevestigd. In termen van het

²⁹⁸ Zie onder andere D.S. Smit, ‘BEPS en het Europese arm’s-Lengthbeginsel’, *WFR* 2016/162. par. 4.

²⁹⁹ M.F. de Wilde, ‘Politieke overeenstemming lidstaten over anti-ontgaansrichtlijn’, *NTFR* 2016/1691. onderdeel exitheffing.

³⁰⁰ Zie artikel 5, eerste lid, onderdeel a, ATAD.

fiscale vestigingsklimaat is dat negatief, omdat de toerekening zorgt voor een verhoging van de belastbare grondslag van de moedervernootschap. Om de negatieve invloed van de CFC-regeling op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat te minimaliseren is het van belang dat er door de Nederlandse overheid geen verdergaande maatregelen worden getroffen.

In de Nederlandse fiscale wet- en regelgeving zien we een regeling in artikel 13a Wet VPB 1969 die vergelijkbaar is met een CFC-regeling.³⁰¹ Op grond van dat artikel dienen vennootschapsbelastingplichtigen die een belang van tenminste 25% in een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming hebben jaarlijks dat belang te waarderen op de waarde in het economische verkeer. Voor de toepassing van de herwaarderingsverplichting van artikel 13a Wet VPB 1969 dient cumulatief sprake te zijn van een ter belegging gehouden deelneming van ten minste 25% die niet is onderworpen aan buitenlandse belastingheffing die naar Nederlandse maatstaven reëel is en de bezittingen van die deelneming dienen voor ten minste 90% te bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen. Dit artikel knoopt aan bij de aandelenbezit en grijpt aan bij een belang van ten minste 25%. De richtlijnbeeping knoopt aan bij winst en grijpt aan bij een belang van ten minste 50%. In het consultatiedocument is een nieuwe artikel met betrekking tot de CFC-regeling voorgesteld.³⁰² Ik acht het voor de hand liggend dat de staatssecretaris van Financiën onder andere om de hiervoor genoemde verschillen heeft gekozen voor een afzonderlijke nieuwe CFC-bepaling.

In het voorgestelde wetsartikel staat de inkomstenbenadering centraal. De keuze voor de inkomstenbenadering is gebaseerd op het voorstel van de motie-Groot waarin het kabinet is verzocht om bij de implementatie van de CFC-bepaling uit te gaan van deze benadering.³⁰³ Daarin wordt het standpunt ingenomen dat de inkomstenbenadering zeer effectief is ter bestrijding van BEPS en dat de transactiebenadering niet veel toevoegt aan de bestaande regels voor transfer pricing.³⁰⁴ Er is in het conceptwetsvoorstel geen uitwerking van een CFC-maatregel in de vorm van een transactiebenadering te vinden. Hiermee lijkt het erop dat de Staatssecretaris van Financiën zijn voorkeur al heeft uitgesproken voor de implementatie van de inkomstenbenadering.³⁰⁵ Belanghebbenden worden gevraagd zich uit te laten over beide varianten zodat dit meegenomen kan worden bij de afweging van de implementatiekeuze door het kabinet. Omdat enkel de inkomstenbenadering concreet is uitgewerkt maakt het voor belanghebbenden lastig om zijn voorkeur uit te spreken. Om mijn voorkeur in het kader van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat uit te spreken, bespreek ik hierna beide

³⁰¹ Minister – Financiën 2017-0000129355, 10-7-2017, Internetconsultatie. Internetconsultatie implementatie richtlijn ter bestrijding van belastingontwikningspraktijken (ATAD1). par. CFC-maatregel.

³⁰² Zie conceptwetsvoorstel ATAD1, artikel 15ba Wet VPB 1969.

³⁰³ *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 552, nr. 56.

³⁰⁴ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, nr. 56.

³⁰⁵ Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Eerste Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 34 785, F. pag. 6-8.

varianten. Bij de bespreking van de inkomstenbenadering neem ik het voorgestelde wetsartikel 15ba Wet VPB 1969 van het Consultatiedocument ATAD1 als leidraad³⁰⁶. Vervolgens doe ik een algemene bespreking van de transactiebenadering zoals de richtlijnbeeping dat voorschrijft.

Op grond van de inkomstenbenadering zoals neergelegd in het consultatiedocument wordt het positieve saldo van bepaalde niet-uitgekeerde inkomsten van een CFC uit besmette voordelen in een jaar bij de belastingplichtige die in een EU-lidstaat is gevestigd tot zijn belastbare winst gerekend. Onder besmette voordelen wordt conform het wetsvoorstel verstaan de passieve inkomsten zoals opgenomen in de ATAD-richtlijn ter zake van de CFC-regeling. Om de CFC-maatregel van toepassing te laten zijn dient de belastingplichtige te voldoen aan het bezitseis in een entiteit die in het buitenland is gevestigd en in het desbetreffende buitenland wordt over de besmette voordelen minder dan 50% van de naar Nederlandse maatstaven verschuldigde vennootschapswinstbelasting winstbelasting geheven. De CFC-regeling is van overeenkomstige toepassing wanneer een belastingplichtige een vaste inrichting heeft die naar Nederlandse maatstaven minder dan 50% belasting is verschuldigd in de vaste inrichtingstaat over die besmette voordelen. Met deze benadering wordt ongeacht de vraag of er überhaupt sprake is van BEPS bepaalde inkomensbestanddelen van de CFC-entiteit per definitie bestempeld als besmet en worden aldus in de belastinggrondslag van de belastingplichtige in Nederland betrokken. Hiermee trekt Nederland heffing naar zich toe over bepaalde inkomsten die in beginsel onder de heffingsbevoegdheid van de CFC-staat valt. Dit betekent dat de Europese Unie en daarmee Nederland eenzijdig heffingsrecht creëert waardoor sprake kan zijn van dubbele belasting.

Volgens het consultatiedocument blijft de CFC-heffing achterwege wanneer de CFC met betrekking tot de besmette voordelen een wezenlijke economische activiteit uitoefent die wordt ondersteund door personeel, uitrusting, activa en gebouwen. Het voorgestelde vereiste om de CFC-heffing te ontlopen moet voor elk van het type besmette voordeel afzonderlijk bepaald worden of er een wezenlijke economische activiteit is uitgeoefend die ondersteund is door personeel, uitrusting, activa en gebouwen. In het consultatiedocument wordt hierover opgemerkt dat bijvoorbeeld het aantal personen in dienstbetrekking tot de CFC, hun bevoegdheden en verantwoordelijkheden, de beschikbare uitrusting, de gebruikte activa en de ter beschikking staande gebouwen in overeenstemming moeten zijn met de aard en functie van de door de desbetreffende CFC uitgeoefende activiteiten waarmee de besmette voordelen worden behaald.³⁰⁷ Deze uitzonderingssituatie is strenger dan de richtlijnbeeping. Op grond van de richtlijnbeeping kan afgezien worden van heffing indien op het niveau van de CFC een wezenlijke economische activiteit

³⁰⁶ Het consultatiedocument is raadpleegbaar via de volgende website:

<https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1>

³⁰⁷ Zie conceptwetsvoorstel ATAD1, pagina 34.

wordt uitgeoefend Toetsing op het niveau van de besmette voordelen zorgt voor meer administratieve lasten en een complexere boekhouden dan een toetsing op het niveau van de CFC. Wel dient opgemerkt te worden dat de toetsing op het niveau van het type inkomensbestanddeel doelgerichter BEPS wordt bestreden. Wanneer gekozen zou worden voor een toetsing op het niveau van de de CFC is de bestrijding van BEPS minder effectief, maar wordt de administratieplicht ook lichter. Een verlichting van de administratieplicht betekent voor belastingplichtigen een toegankelijker belastingstelsel en daarmee wordt het belastingstelsel aantrekkelijker. Wanneer verondersteld wordt dat alle andere EU-lidstaten zich houden aan de toetsing op het niveau van de CFC is het voorgestelde in het kader van het fiscale vestigingsklimaat geen goede ontwikkeling. In het kader van het vestigingsklimaat zal een toetsing op het niveau van de CFC de voorkeur verdienen. In het consultatiedocument is verder gekozen voor een wereldwijde werking van deze afwijkingsmogelijkheid. Hierdoor is de afwijkingsmogelijkheid ook van toepassing in situaties met landen die geen partij zijn bij de EER-overeenkomst. Dit maakt het dat de richtlijnbevestiging niet strenger wordt geïmplementeerd en Nederland aan aantrekkelijkheid minder verliest voor Nederlandse belastingplichtigen met een CFC in die landen.

Het is voorgesteld om de CFC-maatregel niet van toepassing te laten zijn op financiële ondernemingen. Voor financiële ondernemingen is in het consultatiedocument voorgesteld om deze uit te zonderen van de CFC-maatregel wanneer de besmette voordelen hoofdzakelijk afkomstig zijn van anderen dan de belastingplichtige of een met hem gelieerd lichaam of gelieerde natuurlijke persoon.³⁰⁸

Voorgesteld is verder dat het negatief saldo dat niet in aanmerking komt in het jaar van het behalen van dat saldo voorwaarts in negen jaar verrekend kan worden met positieve besmette voordelen. Dit verrekeningsmogelijkheid wordt in het kader van het vestigingsklimaat toegejuicht.

In het consultatiedocument is opgenomen om dubbele belasting in situaties conform de richtlijnbevestiging te voorkomen. Kans op dubbele belastingheffing verslechtert het vestigingsklimaat van een land. Maatregelen ter voorkoming van dubbele belastingheffing vergroten daarmee de aantrekkelijkheid van het belastingstelsel. De voorgestelde situaties waarin dubbele belastingheffing wordt voorkomen zijn als volgt:

1. Dubbele belasting die het gevolg kan zijn van een latere uitkering van de winst door de CFC aan de belastingplichtige;³⁰⁹

³⁰⁸ Zie conceptwetsvoorstel ATAD1, artikel 15ba, derde lid, onderdeel a & b, Wet VPB 1969.

³⁰⁹ Zie conceptwetsvoorstel ATAD1: artikel 13, negentiende lid, Wet VPB 1969.

2. Dubbele belasting door een latere verkoop van de aandelen in de CFC door de belastingplichtige;³¹⁰
3. Dubbele belasting als gevolg van samenloop met de herwaarderingsverplichting van artikel 13a Wet VPB 1969 met betrekking tot de CFC, waarbij een waardestijging in de zin van artikel 13a, eerste lid, Wet VPB 1969 in aanmerking wordt genomen voorzover deze de CFC-sanctie overschrijdt.³¹¹
4. Dubbele heffing die ontstaat als gevolg van de overdracht van de onderneming van een vaste inrichting die CFC is, waarbij dubbele belasting wordt voorkomen door de in aanmerking te nemen winst te verminderen met de besmette voordelen die in dat jaar of het voorafgaande jaar reeds in aanmerking zijn genomen.³¹²
5. Dubbele belasting die het gevolg is van in het buitenland daadwerkelijk betaalde winstbelasting.³¹³ Hierbij wordt aansluiting gezocht bij de systematiek die reeds geldt voor deelnemingsverrekening en verrekening bij laagbelaste beleggingsondernemingen.

Mijns inziens ontbreekt aan deze voorkomingsmaatregelen de voorkoming in de situatie waarin meerdere EU-lidstaten over dezelfde CFC-inkomsten willen heffen. Dit is al eerder aan de orde gekomen in hoofdstuk 4.6.2. van dit onderzoek. Meerdere heffing betekent hogere kosten en daarmee worden meerdere ketens van een multinationale onderneming geconfronteerd met de CFC-maatregel. De onduidelijkheid op dit punt komt niet ten goede aan het vestigingsklimaat van zowel de EU als Nederland, met inachtneming dat andere EU-lidstaten ook geen voorkoming bieden in geval van meerdere heffing. In dit kader zou een 'voorzover'-benadering opgenomen kunnen worden wanneer elders in de EU de CFC-regeling van toepassing is. Nederland zou dan de dubbele belastingheffing kunnen voorkomen voorzover in een ander EU-lidstaat de desbetreffende CFC-inkomsten in de heffing zijn betrokken. Waarschijnlijk zal in Nederland het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 de Nederlandse belastingplichtigen voorkoming bieden. Een wettelijke implementatie verdient echter de voorkeur, omdat hiermee de zekerheid wordt vergroot.

Zoals eerder hierboven is vermeld is de transactiebenadering niet opgenomen in het consultatiedocument. Op grond van de transactiebenadering worden CFC-inkomens aan het land van de moedermaatschappij toegerekend indien en voor zover de sleutelfuncties (significant people functions) die betrekking hebben op het CFC-inkomen zich in die lidstaat bevinden.³¹⁴ Bij deze

³¹⁰ Zie conceptwetsvoorstel ATAD1: artikel 13, negentiende lid, Wet VPB 1969.

³¹¹ Zie conceptwetsvoorstel ATAD1: artikel 13a, vierde lid, Wet VPB 1969.

³¹² Zie conceptwetsvoorstel ATAD1: artikel 15e, elfde lid, Wet VPB 1969.

³¹³ Zie conceptwetsvoorstel ATAD1: artikel 15ba, vijfde lid, Wet VPB 1969 jo. artikel 15^e, tiende lid, Wet VPB 1969 jo. artikel 23^e Wet VPB 1969.

³¹⁴ R. Gielen en C. Huisman, 'Verslag van het tweede grote NOB Anti-BEPS-richtlijn congres van 3 april 2017', *WFR* 2017/142, onderdeel 3, onderdeel 3.

benadering wordt uitgegaan van het zakelijkheidsbeginsel. Deze benadering is meer in lijn met het internationaal aanvaarde uitgangspunt dat winst belast wordt daar waar deze tot stand komt door de inkomsten aan landen toe te rekenen aan de hand van sleutelfuncties. Door de toerekening aan de hand van sleutelfuncties is er sprake van een beperkter risico op meerdere heffing over dezelfde CFC-inkomsten. Wanneer alle EU-lidstaten de transactiebenadering bij een uniforme sleutelfunctie hanteren dan zou meerdere heffing helemaal niet ter sprake zijn, omdat de toerekening plaats zal vinden aan de hand van die sleutelfuncties. Dus in andere woorden wordt de Nederlandse heffing over het CFC-inkomen afhankelijk van de vraag in hoeverre de sleutelfuncties die betrekking hebben op dat CFC-inkomen zich in Nederland bevinden. Bij de inkomstenbenadering is geen sprake van toerekening aan de hand van een gekwalificeerd en worden deze in de Nederlandse heffing betrokken, met inachtneming dat wordt voldaan aan de overige voorwaarden. Wanneer naar Nederlandse maatstaven nagenoeg geen inkomen aan de desbetreffende dochtermaatschappij zonder substance wordt toegerekend, valt er ook weinig CFC-inkomen in Nederland te belasten, hetgeen dus effectiever is in de bestrijding van BEPS. CFC-inkomen dat niet toegerekend kan worden aan sleutelfuncties in Nederland worden hiermee dan ook niet in de belastingheffing van de Nederlandse belastingplichtige betrokken. Deze benadering is dus meer in lijn met het internationaal aanvaarde uitgangspunt dat winst belast moet worden daar waar die is gegeneerd.

Vanuit een effectieve belastingheffing en BEPS-bestrijding gaat mijn voorkeur uit naar de transactiebenadering. Dit, omdat deze benadering meer in lijn is met het internationaal aanvaarde uitgangspunt door de inkomsten te koppelen aan sleutelfuncties die onmiskenbaar zijn bij het genereren van die winsten en deze benadering minder gevoelig is voor meerdere heffing over dezelfde CFC-inkomsten bij twee of meer EU-lidstaten. Bij de inkomstenbenadering speelt de vraag geen rol of de CFC-inkomsten überhaupt betrekking hebben op Nederland. Echter kent het Nederlandse belastingstelsel al het zakelijkheidsbeginsel door middel van het arm's lengthbeginsel waardoor de transactiebenadering weinig zal toevoegen aan het Nederlandse belastingstelsel. Ook de meermalige heffing over dezelfde CFC-inkomsten door twee of meer EU-lidstaten kan voorkomen worden door bijvoorbeeld een 'voorzover-benadering' op te nemen. **Weliswaar biedt het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 voor dergelijke situaties met Nederland al voorkoming**, echter is het de vraag in hoeverre andere EU-lidstaten een dergelijke voorkoming zullen bieden waardoor een concern alsnog geconfronteerd kan worden met dubbele heffing. Indien andere EU-lidstaten ook een dergelijke voorkoming zal bieden prevaleert de inkomstenbenadering boven de transactiebenadering.

6.3.4 De invloed van de GAAR op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat

Een algemene anti-misbruikregeling is niet iets nieuws in de Nederlandse belastingssysteem. Nederland hanteert al een vergelijkbare nationale algemene anti-misbruikregeling in de fiscale wet, namelijk het *fraus legis*-leerstuk. *Fraus legis* is in de misbruikjurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkeld. Meer specifiek is het *fraus legis* leerstuk voor het eerst geïntroduceerd in het ‘drie dagen arrest’ van de Hoge Raad.³¹⁵ Dit leerstuk is een algemene anti-misbruikregeling die van toepassing is binnen het hele fiscale rechtsgebied. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt afgeleid dat dit leerstuk ook ingeroepen kan worden indien een specifieke anti-misbruikregeling in de wet is.³¹⁶ Dit leerstuk fungeert dus als een vangnet voor bepaalde gevallen van misbruik die niet door specifieke anti-misbruikregelingen bestreden kunnen worden. Voor Nederland zal de implementatie van de GAAR dan ook mijns inziens in vergelijking tot andere lidstaten die geen vergelijkbare regeling in hun nationale wet kennen minder impact hebben op het fiscale vestigingsklimaat. Inzoverre zorgt de introductie van een algemene anti-misbruikregeling in die lidstaten ervoor dat hun fiscale positie ten opzichte van Nederland verslechtert.

Het Nederlandse kabinet heeft aangegeven dat met het *fraus legis*-leerstuk de GAAR uit de ATAD-richtlijn reeds in het Nederlandse belastingrecht is geïmplementeerd.³¹⁷ Het kabinet neemt het standpunt in dat op grond van de jurisprudentie van het HvJ EU een algemeen rechtskader in overeenstemming met een richtlijnbevestiging uitgelegd kan worden.³¹⁸ Volgens het kabinet kan voor de omzetting van de GAAR in de Nederlandse wet volstaan worden met dat algemene rechtskader van het *fraus legis*-leerstuk. Om deze reden is in het consultatiedocument voorgesteld om aan GAAR geen wettelijke implementatie te geven. Eerder in het onderhavige onderzoek is genoemd dat EU-lidstaten in beginsel vrij zijn de vorm en middelen te kiezen voor de implementatie van een Europese richtlijn en dat voor de omzetting van een richtlijnbevestiging in het nationale recht niet noodzakelijk is dat de wetgever de richtlijnbevestiging overneemt in een nationale wettelijke bepaling. Wanneer aan een richtlijnbevestiging dus voldaan kan worden met een al bestaande nationale bepaling vereist dat geen nadere implementatie van die richtlijnbevestiging. Wanneer het *fraus legis* in zijn huidige interpretatie in bepaalde omstandigheden minder streng is dan de GAAR zal dat wel Europeesrechtelijk gevolgen hebben. Gezien de de-minimis-benadering van de ATAD-richtlijn levert een strengere ‘*fraus legis*’ geen strijdigheid met de richtlijn, maar als het *fraus legis* minder streng is betekent dit dat de Nederlandse wetgever de richtlijn niet juist heeft geïmplementeerd. Het gevolg hiervan is dat de Nederlandse staat

³¹⁵ HR 26 mei 1926, NJ 1927,723. (*Drie dagen arrest*).

³¹⁶ Zie bijvoorbeeld de arresten van de Hoge Raad in de zaken *BNB* 2008/266, *BNB* 2012/213, *BNB* 2014/171, 172, 173, 176 en 178.

³¹⁷ Kamerstukken II 2015/16, 22 112, nr. 2071, blz. 8 en Kamerstukken II 2015/16, 22 112, nr. 2126, blz. 21.

³¹⁸ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 5 juli 2007, C-321/05. (*Kofoed*). r.o. 41 t/m 45.

geen rechtsstreekse beroep kan doen op de ATAD-richtlijn. Op grond van de jurisprudentie van het HvJ EU is slechts rechtstreekse werking mogelijk ten gunste van belastingplichtigen.³¹⁹ De EC zal in dat geval waarschijnlijk een infractieprocedure starten tegen Nederland.

In hoofdstuk 4.5 is de GAAR uit de ATAD-richtlijn uitgebreid behandeld. Om niet in herhaling te vallen volgen nu enkel de vereisten voor de toepassing van de GAAR. Uit de gekozen bewoordingen van de GAAR blijkt dat er voldaan moet worden aan een motiefverieste, normvereiste en kunstmatigheidsvereiste. Een kunstmatige constructie of reeks van constructies blijven buiten beschouwing van de belastingheffing wanneer zij zijn opgezet met als hoofddoel of één van de hoofddoelen het verkrijgen van een belastingvoordeel (motiefvereiste) dat het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht ondermijnt (normvereiste). Een constructie of een reeks van constructies wordt daarbij als kunstmatig beschouwd wanneer aan de desbetreffende constructie of constructies geen zakelijke redenen ten grondslag liggen (kunstmatigheidsvereiste).

Een beroep op het *fraus legis* slaagt wanneer voldaan wordt aan het motief- en normvereiste respectievelijk het subjectieve en objectieve vereiste.³²⁰ Aan het motiefvereiste wordt voldaan wanneer sprake is van een gekozen rechtshandeling door een belastingplichtige om belastingheffing te verijdelen. Daar is sprake van wanneer de gekozen rechtshandeling geen reële praktische betekenis heeft zodat de enige beweegreden voor die rechtshandeling het verkrijgen van een fiscaal voordeel in de vorm van belastingverijdeling is. Aan dit vereiste wordt niet voldaan wanneer naast het fiscale motief ook zakelijke (niet-fiscale) motieven ten grondslag liggen aan de rechtshandeling.³²¹ Aan het normvereiste wordt voldaan wanneer het fiscale gevolg van de gekozen rechtshandeling strijdig is met de doel en strekking van de geldende wet. Uit feiten en omstandigheden probeert de Hoge Raad te achterhalen of dat met een bepaalde rechtshandeling of een samenstel daarvan wordt gehandeld tegen de geldende wet in. Daarvoor gebruikt de Hoge Raad de wetshistorische en wetssystematische methode. Bij de eerste methode wordt gekeken naar de bedoeling van de wetgever met een bepaalde wetsbepaling. De andere methode wordt geraadpleegd om te achterhalen wat de plaats en de functie van een wettelijke bepaling is zodat inzicht wordt verkregen in de strekking van die wettelijke bepaling. Indien aan beide vereisten wordt voldaan is er sprake van misbruik dat succesvol bestreden kan worden met het *fraus legis*. Bij de toepassing van *fraus legis* wordt de wet opzij gezet en vindt er substitutie of eliminatie plaats.³²² In geval van substitutie wordt de rechtshandeling of een samenstel daarvan vervangen door een vergelijkbare rechtshandeling die geen strijdigheid levert met doel en

³¹⁹ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 5 juli 2007, C-321/05. (*Kofoed*). NTFR 2007/1300.

³²⁰ HR 26 mei 1984, nr. 22094, BNB 1985/32.

³²¹ HR 24 januari 2001, nr. 36 033, BNB 2001/129.

³²² W.R. Kooiman, 'De toetsing van *fraus legis* naar omstandigheden', TFB 2012/06.

strekking van de wet en niet leidt tot het beoogde fiscale voordeel. Deze in de plaats komende vergelijkbare rechtshandeling(en) leidt in dat geval wel tot heffing zodat het resultaat binnen de doel en strekking van de wet past. Bij eliminatie wordt de rechtshandeling of een samenstel daarvan buiten beschouwing gelaten. Het gekozen rechtshandeling(en) wordt in dit geval genegeerd en is het resultaat noch fiscaal voordeel noch heffing.

Zowel bij het *fraus legis* leerstuk als bij de GAAR dient er voldaan te worden aan de motief- en normvereiste. Inzoverre is de combinatie van de motiefvereiste en de kunstmatigheidsvereiste van de GAAR in essentie gelijklopend aan de motiefvereiste van *fraus legis*. Ook het normvereiste van beide misbruikbepalingen zijn mijns inziens gelijklopend. Zowel bij *fraus legis* als bij de GAAR dient getoetst te worden of het verkrijgen van het beoogde belastingvoordeel in strijd is met doel en strekking van de geldende wet of bepaling.

Beide misbruikbepalingen zijn van toepassing naast specifieke anti-misbruikbepalingen. *Fraus legis* is de facto een nationale anti-misbruikregeling die op nationaal niveau bestrijdt. Het oneigenlijke gebruik van internationale mismatches wordt niet bestreden met dit leerstuk. Bij de GAAR gaat het in de kern om de bestrijding van handelingen die haaks staan op het oneigenlijke oogmerk van de wet waarin mismatches tussen de belastingstelsels van verschillende landen centraal staan. Daarbij zal derhalve getoetst worden of dat de kunstmatige constructie een nationale wet wel of niet ondermijnt. Op dit punt ontstaat er mijns inziens geen materieel verschil tussen beide anti-misbruikbepalingen.

In hoofdstuk 4.5.2 is aan bod gekomen dat het gevolg van een constructie die als misbruik in de zin van de GAAR kwalificeert de desbetreffende constructie of een onderdeel daarvan buiten beschouwing wordt gelaten. Er vindt dus eliminatie van de constructie(s) plaats, inhoudende dat de betreffende constructie(s) genegeerd wordt. Vervolgens wordt de verschuldigde belasting berekend naar de economische werkelijkheid conform het nationale recht. Bij de toepassing van *fraus legis* wordt het beoogde fiscale voordeel weggenomen door eliminatie of substitutie. Wanneer substitutie plaats vindt wordt er door middel van vergelijkbare constructies heffing gecreëerd. In de regel heeft het gevolg van de toepassing van *fraus legis* dus eenzelfde effect als onder de GAAR. Resumerend omvat het *fraus legis* leerstuk de GAAR uit de ATAD-richtlijn. Ik deel het standpunt van het kabinet dat met dit leerstuk de GAAR reeds is geïmplementeerd in het Nederlandse belastingrecht en behoeft de richtlijnbeepaling geen nadere implementatie in de Nederlandse wet. Er wordt met dit leerstuk hetzelfde beoogde doel bereikt als de GAAR. Na de inwerkingtreding van de richtlijnbeepaling zal de betekenis en de reikwijdte van het *fraus legis* leerstuk richtlijnconform uitgelegd moeten worden. De invulling zal vanaf dat moment bepaald worden door het HvJ EU waardoor *fraus legis* een communautair leerstuk wordt. De

Hoge Raad dient dan aan *fraus legis* een richtlijnconforme uitleg te geven en kan voorzover nodig prejudiciële vragen stellen aan het HvJ EU.

In het kader van het fiscale vestigingsklimaat brengt een algemene anti-misbruikregeling in het algemeen rechtsonzekerheid met zich mee. Belastingplichtigen weten voorafgaand aan een bepaalde fiscale structuur niet zeker of de betreffende structuur verenigbaar is met de geldende toepasselijke wet. Deze onzekerheid geldt ook voor de belastingautoriteiten. Door die onzekerheid kunnen belastingplichtigen afzien van een bepaalde investering. Door die rechtsonzekerheid verhoudt een algemene anti-misbruikregeling slecht met het vestigingsklimaat van een land. Nederland hanteert al een algemene anti-misbruikregeling die vergelijkbaar is met de te implementeren GAAR. Voor Nederland zal de implementatie van de GAAR dan ook mijns inziens in vergelijking tot andere lidstaten die geen vergelijkbare regeling in hun nationale wet kennen minder impact hebben op het fiscale vestigingsklimaat. Inzoverre zorgt de introductie van een algemene anti-misbruikregeling in die lidstaten ervoor dat hun fiscale positie ten opzichte van Nederland verslechtert.

6.3.5 Invloed van de kwalificatieconflicten op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat

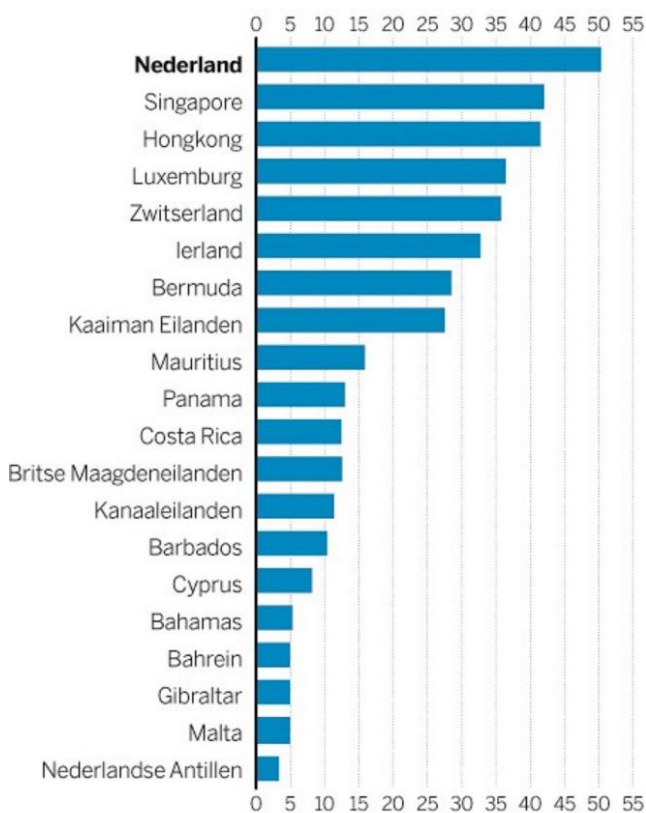
De richtlijnbeeping inzake de kwalificatieconflicten is de enige bepaling in de ATAD die is uitgebreid tot derde landen. Multinationals met hybride mismatches die door een EU-lidstaat lopen zullen op zoek gaan naar derde landen waar zij een structuur kunnen opzetten met als gevolg dat de aftrek of geen heffing gewaarborgd blijft. Een voorbeeld hiervan is de winst of de aftrek in een ander land te laten neerslaan. De invloed van deze richtlijnbeeping op het fiscale vestigingsklimaat van Nederland zal waarschijnlijk meest kenbaar zijn tussen alle andere richtlijnbeelingen. Zie bijvoorbeeld de reverse hybride entity bepaling. Dergelijke entiteiten zijn hybride, omdat zij in de ene belastingjurisdictie als transparant worden aangemerkt en door het andere betrokken land als niet-transparant.

Mijns inziens is de reverse hybride bepaling een belangrijk onderdeel voor Nederland in het kader van het fiscale vestigingsklimaat. Nederland zal door de werking van deze bepaling haar populariteit onder Amerikaanse multinationals verliezen. Deze specifieke bepaling zorgt ervoor dat een reverse hybride entiteit, meer specifiek een CV/BV-structuur, in het vestigingsland in de belastingheffing wordt betrokken. Hier wordt dus een verplichte heffing gecreëerd door de richtlijn, waarmee de fiscale voordelen van CV/BV-structuren tussen Nederland en de VS bestreden worden. Zie de volgende tabel:³²³

³²³ Rapport Offshore Shell Games 2017. De Volkskrant.

BELASTINGPARADIJZEN

Hoeveel procent van de 500 grootste Amerikaanse ondernemingen heeft dochterondernemingen in Nederland, en andere fiscale toevluchtsoorden?



2010/17 © de Volkskrant - ib. Bron: Rapport Offshore Shell Games 2017, De Volkskrant

Uit het onderzoek van het instituut voor fiscaal beleid ITEP en de burgerorganisatie voor fiscale rechtvaardigheid CTJ blijkt dat van de 500 grootste Amerikaanse bedrijven meer dan de helft één of meerdere dochterondernemingen heeft in Nederland, aldus in de Volkskrant op 20 oktober 2017.³²⁴ Volgens ITEP en CTJ worden de dochterondernemingen in Nederland gebruikt voor belastingontwijking.

Uit het tabel is af te lezen dat Nederland erg populair is onder Amerikaanse bedrijven. Populariteit heeft Nederland te danken aan onder andere de besproken Nederlandse open CV's. Met de CV/BV-structuren wordt de belastingheffing eindeloos uitgesteld door Amerikaanse multinationals waardoor Nederland in dit kader een belangrijke rol heeft. Door de werking van de ATAD zullen transparante CV's in dergelijke situaties belastingplichtig worden in Nederland. Het geld dat gespaard wordt in de 'spaarpot' zal in de Nederlandse belastingheffing worden betrokken. Dit betekent wellicht een einde van de fiscale voordelen van CV/BV-structuren die via Nederland lopen. Een bijkomend gevolg hiervan is waarschijnlijk het verdwijnen van banen in Nederland. Uit een kamerstuk blijkt dat Amerikaanse bedrijven met een CV/BV-structuur met Nederland zorgen voor 77.600 banen in Nederland.³²⁵ Het wegvallen van de fiscale voordelen van een CV/BV-structuur zal er voor zorgen dat de Amerikaanse bedrijven op zoek gaan naar andere landen waarmee wel een fiscaal voordeel gewaarborgd kan blijven. Dus voor zowel de huidige Amerikaanse bedrijven in Nederland als voor Amerikaanse bedrijven

³²⁴ Raadpleegbaar via de volgende website: <https://www.volkskrant.nl/buitenland/belastingparadijs-in-de-polder-amerikaanse-multinationals-zijn-dol-op-nederland~a4522601/>

³²⁵ Kamerstukken II, 2016-2017, 34604, nr. 3, p. 8.

die nog niet in Nederland zitten wordt Nederland minder aantrekkelijk als fiscaal vestigingsland. Wanneer de Amerikaanse bedrijven in Nederland besluiten om bijvoorbeeld hun hoofdkantoren te verplaatsen naar andere landen gaat dit waarschijnlijk ook ten koste van banen in Nederland en zullen hierdoor de maatschappelijke lasten toenemen. Wel dient opgemerkt te worden dat de Amerikaanse overheid maatregelen heeft genomen die ertoe moeten leiden dat bedrijven winst maken en over die winst belasting betalen in de Verenigde Staten.³²⁶ Door deze maatregelen zou reverse hybride entiteiten onder Amerikaanse bedrijven al aan aantrekkelijkheid verliezen. Een maatregel is bijvoorbeeld de verlaging van het Amerikaanse vennootschapsbelastingtarief. De verlaging maakt het sparen overzee minder aantrekkelijk. Een ander maatregel dat investeren in de Verenigde Staten aantrekkelijk maakt is dat over winst die is geherinvesteerd een veel lager vennootschapsbelastingtarief geldt. Deze maatregelen zorgen er dus voor dat het belang van de reverse hybride bepaling met betrekking tot de Amerikaanse bedrijven minder wordt.

In hoofdstuk 4.7.2 is een mogelijke marktobstakel geconstateerd. Dit marktobstakel zit in de vorm van dubbele heffing. De dubbele heffing doet zich voor wanneer de richtlijnbeepaling in combinatie met een algemene rente aftrekbeperkingsmaatregel van toepassing is. Het is de vraag of de rente die in het land van de betaler in de regel aftrekbaar is maar feitelijk wordt beperkt door de werking van een algemene rente aftrekbeperkingsmaatregel onder de defensive rule valt.³²⁷ Het is onduidelijk wat het antwoord is op de hiervoor gestelde vraag, de ATAD biedt namelijk geen nadere toelichting. In het rapport van de OESO, onderdeel 9.2, is de hiervoor gestelde vraag onder omstandigheden bevestigend beantwoord. Dat doet zich voor wanneer de rente op een hybride lening in het land van de betaler per saldo in aftrek wordt beperkt door bijvoorbeeld een thin capitalisation regeling. In dat geval treedt de defensive rule in werking en wordt de bate volledig in het land van de ontvanger belast. Dus indien Nederland de OESO-benadering zou volgen dan zou de ontvangststaat de volledige ontvangst moeten belasten. Het volgen van de OESO-benadering brengt dubbele belastingheffing met zich mee wanneer een deel van de betaling dat niet in aftrek gebracht kan worden door bijvoorbeeld de earnings stripping regeling in het land van ontvangst in de belastinggrondslag wordt opgenomen. Een dergelijke dubbele heffing verzwakt de aantrekkelijkheid van het fiscale vestigingsklimaat van een land. Een mogelijke oplossing hiervoor is het opnemen van een voorzover-benadering.

Tot slot dient voor de volledigheid opgemerkt te worden dat deze richtlijnbeepaling op een onderdeel bijdraagt aan het versterken van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat ten opzichte van andere

³²⁶ Zie bijvoorbeeld het artikel 'Nederland verliest fiscale glans door belastinghervorming VS' in het Financieel Dagblad van 21 december 2017. raadpleegbaar via de volgende website: <https://fd.nl/economie-politiek/1233405/nederland-verliest-fiscale-glans-door-belastinghervorming-vs>

³²⁷ Vakstudie Nieuws, 'Antibelastingontwikkelingsrichtlijn 2 (ATAD 2)', V-N 2017/36.3.pagina 8.

EU-lidstaten. In hoofdstuk 4.7.2 is aan bod gekomen dat hybride instrumenten waarmee in de EU aftrek zonder corresponderende heffing in het andere land wordt gerealiseerd al deels is geneutraliseerd door de wijziging van de Moeder-Dochterrichtlijn.³²⁸ Op grond van die wijziging dient de lidstaat waarin de moedermaatschappij is gevestigd de door de dochtermaatschappij of vaste inrichting uitgekeerde winst in de heffing te betrekken in geval die winst in de lidstaat van die dochtermaatschappij of vaste inrichting in aftrek gebracht kan worden. Indien de EU-lidstaat waarin de moedermaatschappij is gevestigd, niet corrigeert dan mag de lidstaat van de dochtermaatschappij of vaste inrichting de aftrek weigeren. De aanpassing is van toepassing op alle deelnemingsverhoudingen waar sprake is van aftrek die betrekking heeft op een geldverstrekking zonder een corresponderende heffing. Voor Nederland betekent deze wijziging het terugnemen van het voordeel van de deelnemingsvrijstelling, inhoudende dat de belastingplichtige belast wordt over de verkegen voordelen van de deelneming. De deelnemingsvrijstelling is één van de fiscale kroonjuwelen van het fiscale vestigingsklimaat van Nederland. Een beperking van deze regeling zorgt voor een verzwakking van het vestigingsklimaat van Nederland. De Moeder-Dochterrichtlijn heeft alleen binnen de EU rechtskracht. De EU-lidstaten zijn dan ook verplicht om in EU-situaties deze richtlijn toe te passen. Bij de implementatie heeft Nederland niet gekozen voor een EU-brede implementatie maar voor een wereldwijde werking. Zie het 17^e lid van de deelnemingsvrijstelling in artikel 13 van de Nederlandse vennootschapsbelasting. Nederland neutraliseert hiermee wereldwijd de mismatch in een deelnemingsverhouding. Door deze wereldwijde werking worden dus desbetreffende mismatches ook met derde landen geneutraliseerd door de Nederlandse wet- en regelgeving. Andere EU-lidstaten die een EU-brede implementatie hebben gekozen zagen hiermee hun fiscale positie versterken ten op zichte van Nederland. Nu de ATAD verplicht de fiscale gevolgen van een dergelijke mismatch met derde landen te neutraliseren ziet Nederland haar fiscale vestigingsklimaat versterken ten opzichte van de EU-lidstaten die bij de wijziging van de Moeder-Dochterrichtlijn voor een EU-brede implementatie hebben gekozen.

6.4 Persoonlijke mening aangaande BEPS-bestrijding en het fiscale vestigingsklimaat van Nederland

Op grond van hetgeen is besproken in dit hoofdstuk kan geconcludeerd worden dat de richtlijnbevestigingen een negatieve invloed hebben op het fiscale vestigingsklimaat van een EU-lidstaat. Verder kan geconcludeerd worden dat die invloed enigszins afhankelijk is van de implementatie van de ATAD-richtlijnbevestigingen. De schade aan het vestigingsklimaat kan beperkt worden door

³²⁸ Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2014, L 219).

verzachtende regelingen op te nemen bij de implementatie van de richtlijnbepalingen. De richtlijnbepalingen kennen optionele regelingen die een verzachtende werking hebben. Hoe meer de verzachtende regelingen worden geïmplementeerd des te minder schade ontstaat aan de aantrekkelijkheid van het fiscale vestigingsklimaat. De optionele regelingen zorgen wel voor planningsmogelijkheden. Ook bieden de richtlijnen de EU-lidstaten de gelegenheid om de richtlijnbepalingen strenger te implementeren. Hoe strenger de richtlijnen worden geïmplementeerd des te zwakker het vestigingsklimaat wordt in vergelijking tot de EU-lidstaten die hier geen gebruik van maken. Een strengere implementatie betekent dat BEPS effectiever bestreden wordt. Wel schrikt dat belastingplichtigen af, omdat de belastingdruk zal toenemen. De focus komt dus te liggen op de wens van de wetgever: uitsluitend BEPS bestrijden of een milde bestrijding van BEPS met behoud van een sterkere fiscale vestigingsklimaat.

In het geval van Nederland dient het Nederlandse overheid mijns inziens te gaan voor de tweede optie. Dit, omdat de bestrijding van BEPS op internationaal niveau dient plaats te vinden waarbij de maatregelen op een gelijk tijdstip moeten ingaan. BEPS-fenomeen is immers een internationale aangelegenheid. Nu doet de situatie zich voor waarin de EU en daarmee Nederland bepaalde internationale BEPS-structuren gaat bestrijden met als gevolg dat dit ten koste gaat van het bedrijfsleven in zowel de EU als in Nederland. Derde landen zijn niet verplicht om dergelijke maatregelen te nemen waardoor zij hun fiscale vestigingsklimaat zien versterken. Ook het bedrijfsleven in die derde landen zien hun concurrentiepositie versterken, omdat zij niet geconfronteerd worden met de BEPS maatregelen die een kostenverhogende werking hebben. Om deze redenen beveel ik de Nederlandse overheid in ieder geval aan om bij de implementatie van de ATAD-richtlijnbepalingen de verzachtende maatregelen op te nemen die de negatieve invloed van de richtlijnbepalingen op het fiscale vestigingsklimaat van Nederland beperken.

Om de negatieve invloed van de ATAD-richtlijnbepalingen enigszins verder te beperken juich ik het voornemen van de Nederlandse overheid om de dividendbelasting af te schaffen en het vennootschapsbelastingtarief te verlagen toe. De afschaffing van de dividendbelasting zal voor buitenlandse investeerders een verlaging van de Nederlandse ondernemingskosten betekenen. Wat betreft het vennootschapsbelastingtarief kan het gezegd worden dat de ontwikkelingen waarin de vennootschapbelastinggrondslagen van de EU-lidstaten naar elkaar toe groeien dat er met name binnen de EU waarschijnlijk een verschuiving zal plaatsvinden van grondslagconcurrentie naar tariefsconcurrentie. Hiermee bedoel ik te zeggen dat door de werking van zowel EU-regelingen waaronder de minimumstandaard van de ATAD-richtlijn als samenwerking op het internationaal niveau om BEPS te bestrijden de fiscale opties om bedrijvigheid aan te trekken beperkter worden en de focus op statutaire tarieven komt te liggen om zich fiscaal te onderscheiden van andere landen.

6.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is ingezoomd op de invloed van de richtlijnbepalingen op het fiscale vestigingsklimaat van Nederland. Het Nederlandse belastingstelsel heeft een aantal kenmerken die Nederland op de internationale tax planningskaart voor het bedrijfsleven een sterke positie biedt. Het gaat om regelingen die dubbele belasting voorkomen, rechtszekerheid bieden en de belastingdruk verlagen. Door middel van die regelingen is het voor multinationale ondernemingen aantrekkelijk om hun onderneming via Nederland te organiseren. In het algemeen hebben de richtlijnbepalingen een negatieve invloed op het fiscale vestigingsklimaat van Nederland. De te implementeren richtlijnbepalingen verhogen de belastingdruk voor de ondernemingen in zijn geheel. Hierdoor zullen bepaalde BEPS-structuren via Nederland aan aantrekkelijkheid verliezen. Gezien de ATAD-richtlijn en ATAD 2 slechts in de EU-lidstaten van toepassing is, zal de fiscale positie van Nederland op de internationale taxplanningskaart onder druk komen te staan. De richtlijnbepalingen bevatten optionele regelingen waarmee de negatieve invloed enigszins verzacht kan worden. In het kader van de aantrekkelijkheid van het fiscale vestigingsklimaat van Nederland wordt het opnemen van die verzachtende maatregelen dan ook toegejuicht. Ook andere maatregelen zoals de verlaging van het vennootschapsbelastingtarief en de afschaffing van de dividendbelasting zal de invloed van de ATAD-richtlijn en ATAD 2 op het fiscale vestigingsklimaat van Nederland beperken.

Hoofdstuk 7 Eindconclusie

In deze scriptie is een onderzoek gedaan naar de effectiviteit van de ATAD-richtlijn en ATAD 2 in de bestrijding van agressieve tax planning binnen de EU en wat de invloed van deze richtlijnen zal zijn op het fiscale vestigingsklimaat van Nederland. Centraal stond daarbij de volgende onderzoeksvraag:

“In hoeverre zijn de richtlijnen ATAD en ATAD 2 effectief in de bestrijding van agressieve tax planning binnen de EU en in hoeverre wordt het fiscale vestigingsklimaat van Nederland door deze richtlijnen beïnvloed?”

Om tot een antwoord op deze onderzoeksvraag te komen is als eerst onderzocht wat verstaan wordt onder agressieve tax planning. Hieruit is gebleken dat onder tax planning verstaan moet worden het systematisch in kaart brengen van de fiscale gevolgen van handelingen om zo de meest fiscaal voordelige route te volgen. Dit met het oog om de ondernemingskosten te beperken zodat de bedrijfswinsten geoptimaliseerd kunnen worden. Hierbij wordt gehandeld binnen de kaders van de geldende wetgeving. Wanneer belastingplichtigen echter actief op zoek gaan naar mazen in internationale wetgeving en naar dispariteiten tussen de belastingstelsels van landen met het doel om een lagere dan wel helemaal geen belastingheffing te realiseren vertoont het gedrag een agressief karakter.

Meestal gaat het om gevallen waarin de belastbare grondslag (deels) wordt losgekoppeld van een belastingjurisdictie waar de economische activiteiten zijn. De losgekoppelde grondslag wordt vervolgens verplaatst naar een (andere) belastingjurisdictie die in verhouding tot de eerstgenoemde jurisdictie lager of helemaal niet belast. Hiermee wordt de belastbare winst verplaatst naar een belastingjurisdictie waarmee een lagere of geen heffing wordt gerealiseerd. Daarnaast worden dispariteitsituaties opgezocht waarmee dubbele non-heffing wordt gerealiseerd.

Grondslaguitholling en winstverschuiving staan internationaal bekend als BEPS (Base Erosion and Profit Shifting). Bij het agressieve karakter worden dus in het algemeen fiscale constructies opgezet met het doel een lagere of geen belastingheffing voor de onderneming in zijn geheel te creëren. Bedrijven die in meerdere landen actief zijn verlagen hiermee hun wereldwijde belastingheffing. Het opzetten van fiscale strategieën waarmee een voordeliger fiscale positie wordt gecreëerd is mogelijk doordat de huidige belastingstelsels en de internationale belastingregelingen als het ware verouderd zijn. Zij lijken achtergebleven te zijn bij de gevolgen van globalisering en digitalisering waardoor er steeds meer belastingverminderende structuren zijn ontstaan. In Europees verband kan opgemerkt worden dat de werking van verschillende Europese regelingen het nog eenvoudiger hebben gemaakt om binnen de Unie een gunstiger grensoverschrijdende fiscale constructie op te zetten. In al

deze gevallen wordt er juridisch niet in strijd gehandeld met de geldende belastingwet- en regelgeving. Dergelijke fiscale structuren worden steeds minder 'ethisch' aanvaardbaar binnen de samenleving. Wanneer een multinationale onderneming met behulp van een dergelijke constructie haar belastingdruk in een bepaald land vermindert wordt er als gevolg daarvan een beperktere bijdrage geleverd aan die maatschappij. Wel maken die ondernemingen gebruik van de verschillende faciliteiten geboden door het land waar die ondernemingen actief zijn. Dit betekent een oneerlijke verdeling van de belastingdruk, immers de sterkste schouders dragen niet langer meer de zwaarste lasten. De burgers zullen als gevolg hiervan een hogere bijdrage moeten leveren aan de maatschappij. Om deze reden wordt het opzetten van bepaalde fiscale constructies als niet etisch beschouwd. Het is een ethische norm die stelt dat een ieder van een samenleving zijn deel dient bij te dragen aan die samenleving, de zogenoemde fair share-plicht met betrekking tot het algemeen belang van die samenleving. Hierdoor impliceert fair share een fiscaal brede ethische verantwoordelijkheid die veel waarde hecht aan het algemeen belang in de vorm van een rechtvaardige bijdrage aan de schatkist. Wanneer een multinationale onderneming zijn fair share niet bijdraagt aan de maatschappij vanwege zijn eigen belang ontstaan er spanningen. Fair share is dus meer dan het afdragen van de belastingschuld die volgt uit de belastingwetgeving die gebaseerd is op de verschillende fiscale constructies. Nu de fair share-plicht niet wettelijk is vastgelegd is er discussie over hoe multinationale ondernemingen om moeten gaan met de belastingheffing.

In een democratische staat is de belastingwetgever degene die bepaalt wat belastingplichtigen moeten bijdragen. De belastingwet verdeelt daarbij de belastingdruk over een ieder in de samenleving. Zolang fair share niet wettelijk is vastgelegd is de wettelijke verdeling van de belastingdruk de fiscale fair share en de wettelijke leidraad voor het handelen van belastingplichtigen. Zolang belastingplichtigen met hun handelingen binnen de kaders van de wet blijven is er juridisch niets op tegen. Hierdoor is de bestrijding van agressief tax planningsgedrag van multinationale ondernemingen zeer complex en niet eenvoudig. Wel kunnen er maatregelen worden getroffen tegen constructies die BEPS als gevolg hebben. Dit zal de aantrekkelijkheid van die constructies doen verminderen waardoor tegelijkertijd ook agressieve tax planning aan aantrekkelijkheid zal verliezen.

Vervolgens is een onderzoek gedaan naar de recente ontwikkelingen op het gebied van de bestrijding van constructies die BEPS als gevolg hebben. Op het internationaal niveau heeft de OESO actiepunten uitgevaardigd waarmee beoogd wordt BEPS internationaal aan te pakken. De OESO is enkel een internationale politieke verbintenis waardoor de actiepunten niet dwingend van aard zijn. Op het Europees niveau heeft de EC een anti-belastingontwijkingspakket ontwikkeld om deels tegemoet te komen aan de plannen van de OESO, genaamd het Anti Tax Avoidance Package. Het doel van dit pakket is om de belastingwetgevingen van EU-lidstaten op elkaar af te stemmen zodat krachtadiger en

gecoördineerder kan worden opgetreden tegen bedrijven die proberen een eerlijke bijdrage aan belastingen te ontlopen. Daarna is in dit onderzoek ingezoomd op de aangenomen anti-belastingontwijkingsrichtlijn van de EC, de Anti Tax Avoidance Directive. Deze richtlijn is een onderdeel van het anti-belastingontwijkingspakket. Met behulp van deze richtlijn wordt er gemeenschappelijk opgetreden tegen de bestrijding van BEPS, omdat BEPS mogelijk is doordat er verschillen zijn in de belastingstelsels van de verschillende landen. De EU-lidstaten moeten samenwerken, anders zouden er door eenzijdige maatregelen andere BEPS-mogelijkheden ontstaan. Door middel van deze richtlijn worden de EU-lidstaten verplicht om de bepalingen uit deze richtlijn te implementeren in hun nationale wetgeving. Het hoofddoel van de ATAD-richtlijn is het beter bewapenen van de interne markt tegen grensoverschrijdende belastingontwijkingspraktijken door middel van regels om het gemiddelde niveau van bescherming tegen agressieve tax planning binnen de interne markt te verhogen. Meer specifiek, er worden maatregelen getroffen tegen bepaalde vormen van bestaande BEPS-structuren. Dit betekent dat het opzoeken en opzetten, lees plannen, van die bestaande BEPS-structuren via EU minder aantrekkelijk worden.

De ATAD-richtlijn bevat vijf maatregelen, namelijk een rente aftrekbeperkingsmaatregel, een exitheffing over latente belastingsschuld bij een grensoverschrijdende verplaatsing van activa of woonplaats, een algemene anti-misbruikmaatregel tegen kunstmatige constructies, een CFC-regelgeving die ziet op gecontroleerde buitenlandse vennootschappen en een maatregel die ziet op de neutralisering van hybride mismatches. De rente aftrekbeperkingsmaatregel, de CFC-regelgeving en de neutralisering van de hybride mismatches zien we ook terug in de anti-BEPS-plannen van de OESO.

- Met de rente aftrekbeperkingsmaatregel wordt grondslaguitholling voorkomen die plaatsvindt met behulp van excessieve rentebetalingen binnen concernverhoudingen. De rente aftrekbeperkingsmaatregel zit in de vorm van een earningsstrippingregeling waarbij de netto rente kosten slechts aftrekbaar zijn tot 30% van de EBITDA van de belastingplichtige. Daarbij mogen de EU-lidstaten een drempelbedrag van maximaal € 3 miljoen en een verrekeningsmogelijkheid hanteren. Door het opnemen van een franchise kunnen belastingplichtigen ondanks de fiscale EBITDA rente tot het franchisebedrag in aftrek brengen. De mogelijkheid voor BEPS in de vorm van rente aftrek blijft bijvoorbeeld bestaan tot het bedrag van de franchise. Ook mogen de EU-lidstaten een groepsregeling en een uitzonderingsbepaling voor een op zichzelf staande entiteiten hanteren. De toepassing van de groepsregeling kan tot gevolg hebben dat de entiteit die is onderworpen aan deze regeling een grotere ruimte kan krijgen om zijn rente in aftrek te brengen. De uitzonderingsregeling voor een op zichzelf staande entiteit vergroot de doeltreffendheid van deze bepaling, omdat kortweg gericht wordt bestreden tegen grondslaguitholling die plaatsvindt binnen

concernverhoudingen. Aan deze richtlijnbe­paling ontbreekt echter een tegenbewijsmogelijkheid voor leningen in niet-gelieerde verhoudingen. Door de afwezigheid van een tegenbewijsmogelijkheid worden nu ook leningen bij niet-gelieerde vennootschappen zoals bij banken getroffen. Door het ontbreken van een tegenbewijsmogelijkheid gaat deze richtlijnbe­paling verder dan zijn doel. Het doel van deze richtlijnbe­paling is de bestrijding van grondslaguitholling binnen concernverhoudingen, terwijl door de richtlijnbe­paling ook leningen buiten concernverhoudingen getroffen worden.

- De exitheffing ziet op situaties waarin activa met stille reserves vanuit een EU-lidstaat worden overgedragen naar een vaste inrichting of een dochtermaatschappij in een andere lidstaat van de EU/EER en in het geval de feitelijke leiding vanuit een EU-lidstaat verplaatst wordt naar een lidstaat van de EU/EER. Indien er tussen EU-lidstaten geen nadere regels zijn vastgelegd ziet de EU-lidstaat van vertrek haar heffingsrecht over de winstreserves die zijn voortgebracht in haar belastingjurisdictie verloren gaan. Om te voorkomen dat de heffingsrechten van het vertrekland verloren gaan schrijft de richtlijnbe­paling voor dat het land van vertrek de onbelaste waarde­aangroei van vermogensbestanddelen die worden onttrokken van de heffingsjurisdictie van de betrokken vertrek­lidstaat in de heffing dient te betrekken. Op deze manier vindt er eindheffing plaats binnen de grenzen van de EU en in het bijzonder in de lidstaat van de waarde­aangroei. Om liquiditeitsproblemen te voorkomen kunnen belastingplichtigen in intra EU/EER-situaties uitstel van heffing krijgen (betalen in vijf jaarlijkse termijnen). Buiten EU/EER situaties geldt geen uitstel­mogelijkheid. Te allen tijde is er dus sprake van belastingheffing waardoor in de regel het heffingsrecht door het land waarin de waarde­aangroei is ontstaan niet verloren gaat.
- De GAAR (General Anti Abuse-Rule) heeft tot doel het dichten van mazen in de wetgeving die niet aangepakt kunnen worden met de huidige bestrijdingsmiddelen. Deze maatregel moet ervoor zorgen dat belastingdiensten bepaalde structuren mogen negeren als deze structuren zijn opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen het verkrijgen van een belastingvoordeel dat niet verenigbaar is met het doel van de geldende belastingwet en de opgezette structuur geen economische realiteit weerspiegelt. Deze maatregel is een effectieve bestrijdingsmaatregel tegen belastingontwikingsgedrag en dient beschouwd te worden als een extra slot op de deur. Dit, omdat grensoverschrijdende misbruiksituaties die niet bestreden kunnen worden met een bestaande specifieke anti-misbruikbe­paling of een andere regeling wel bestreden kunnen worden met deze richtlijnbe­paling. Wel kleeft aan de GAAR een zware bewijslast voor de inspecteur wil de inspecteur de GAAR in het leven roepen. Bij elke transactie is het namelijk mogelijk een zakelijke reden te bedenken waardoor niet voldaan wordt aan de voorwaarden voor de toepassing van de GAAR.

- Multinationals maken wereldwijd gebruik van CFC-entiteiten (Controlled foreign company) om BEPS te realiseren. Van een CFC-entiteit is sprake wanneer de betaalde winstbelasting in het land van de CFC-entiteit minder is dan het verschil tussen de winstbelasting die in de EU-lidstaat van de belastingplichtige, dat wil zeggen het hoofdhuis c.q. de meerderheidsaandeelhouder, verschuldigd zou zijn en de betaalde winstbelasting in het land van de CFC-entiteit. Het doel van de CFC-regelgeving is het wegnemen van het voordeel van deze laag belaste CFC-entiteiten. Deze bepaling is effectief in de bestrijding van BEPS, omdat deze bepaling ervoor zorgt dat het voordeel van CFC-entiteiten wordt weggenomen door (niet uitgekeerde) inkomsten van de CFC rechtstreeks bij de moedermaatschappij die in een EU-lidstaat is gevestigd in de belastinggrondslag te betrekken. De toerekening van de CFC-inkomsten vindt daarbij plaats aan de hand van de inkomsten- of transactiebenadering. Op grond van de inkomstenbenadering neemt de lidstaat van de belastingplichtige als inkomen van de CFC op in de belastinggrondslag van de belastingplichtige specifiek genoemde niet-uitgekeerde inkomsten van die CFC. Indien uit feiten en omstandigheden blijkt dat de CFC een wezenlijke economische activiteit uitoefent die ondersteund wordt door personeel, uitrusting, activa en lokalen worden de specifieke CFC-inkomsten niet door de EU-lidstaat van de belastingplichtige in de heffing betrokken. Deze ontsnappingsmogelijkheid kan achterwege blijven wanneer de CFC is gevestigd of gelegen in een derde land. Op grond van de transactiebenadering worden de niet-uitgekeerde inkomsten van een CFC, voorzover die inkomsten zijn voortgekomen uit kunstmatige constructies die opgezet zijn met als wezenlijk doel het behalen van een belastingvoordeel, in de belastinggrondslag van de belastingplichtige betrokken. Bij de toerekening aan de hand van de transactiebenadering staat het zakelijkheidsbeginsel centraal. Er dient opgemerkt te worden dat de CFC-regeling dubbele belasting tot gevolg heeft in de situatie waarin meerdere EU-lidstaten de CFC-heffing willen toepassen op dezelfde CFC. Ook dient opgemerkt te worden dat er een misbruiksituatie kan ontstaan wanneer EU-lidstaten de minimum grens aan winst van € 750.000 hanteren. Deze optionele regeling verzwakt de regeling wanneer belastingplichtigen de CFC-entiteiten gaan opsplitsen in meerdere entiteiten zodat de grens van € 750.000 niet wordt overschreden en dus de CFC-heffing achterwege blijft. Hier zou een extra anti-misbruikbepaling ingevoerd kunnen worden bijvoorbeeld luidend: “alles wat in de vestigingsstaat van de CFC tot stand komt wordt toegerekend aan de betreffende CFC”. Het ontbreken van een dergelijke anti-misbruikbepaling verzwakt de effectiviteit van de regeling.
- Hybride structuren waarin sprake zijn van mismatchsituaties kunnen BEPS tot gevolg hebben. Mismatch is de algemene benaming voor kwalificatieconflicten en in de zin van de ATAD-richtlijn is sprake van mismatch wanneer de wettelijke kwalificatie van bijvoorbeeld een

betaling dubbele aftrek of een aftrek zonder corresponderende heffing van de ontvangst tot gevolg heeft. Dit doet zich voor in de interactie tussen de wettelijke stelsels van twee of meer landen. Met betrekking tot hybride mismatches is een tweede ATAD richtlijn aangenomen. De eerste richtlijn bepaling die in de ATAD-richtlijn is opgenomen ziet enkel op kwalificatieconflicten door hybride entiteiten en financiële instrumenten. De tweede richtlijn, genaamd ATAD 2, is op verzoek van de EU-lidstaten aangenomen en is erop gericht kwalificatieconflicten met derde landen te bestrijden. Ook worden met behulp van ATAD 2 mismatches tegengegaan in interne verhoudingen tussen hoofdhuis-vaste inrichtingen en tussen vaste inrichtingen onderling. ATAD 2 is dus een uitbreiding van de hybride mismatchbepaling in de ATAD-richtlijn. Het doel van de mismatchbepaling is het neutraliseren van de fiscale effecten van hybride structuren, dat wil zeggen het opheffen van het fiscale voordeel (dubbele aftrek of aftrek zonder (betrekking in) de belastingheffing over de ontvangst) van een dergelijke hybride structuur. De mismatchbepaling haalt zijn doel waardoor de regeling effectief is in de bestrijding van BEPS. In de situatie van dubbele aftrek wordt de situatie geneutraliseerd door de EU-lidstaat waarin de investeerder is gevestigd. De desbetreffende EU-lidstaat weigert in dat geval aftrek. Wanneer de investeerder echter buiten de EU is gevestigd weigert de betrokken EU-lidstaat waarin de ontvanger is gevestigd de aftrek pas als het land van de investeerder de aftrek niet weigert. In de situatie waarin sprake is van aftrek zonder betrekking in de heffing van de ontvangst wordt de behandeling van de mismatch afhankelijk van de fiscale behandeling in het land van de betaler. In geval het land van de betaler een EU-lidstaat is wordt aftrek geweigerd door die lidstaat. Wanneer het land van de betaler geen EU-lidstaat is en in dat land is er sprake van aftrek, dan corrigeert de betrokken ontvangende EU-lidstaat door een corresponderende heffing toe te passen. Er wordt dus een aansluiting gezocht met de betrokken belastingjurisdicties. Door deze aansluiting op te zoeken wordt mismatch effectief geëlimineerd en loopt de belastingheffing glad.

Door deze richtlijn bepalingen dragen dus bij aan het beter bewapenen van de interne markt tegen grensoverschrijdende belastingontwijkingspraktijken. De richtlijn bepalingen verhogen het gemiddelde niveau van bescherming tegen agressieve tax planning binnen de interne markt. Bepaalde tax planningsmogelijkheden worden door middel van deze richtlijn bepalingen bestreden. De conclusie kan worden getrokken dat de ATAD-richtlijn en ATAD 2 een einde maakt aan bepaalde BEPS-praktijken binnen de EU. Hiermee kan echter niet gezegd worden dat er een einde zal komen aan agressieve tax planning. Mogelijk zullen multinationale ondernemingen op zoek gaan naar andere fiscale mogelijkheden om hun wereldwijde belastingdruk te verlagen. Zo valt het aan deze richtlijn bepalingen

op dat een aantal onderwerpen vrijblijvend is. De EU-lidstaten zijn niet verplicht om bepaalde onderdelen uit de richtlijnen in hun nationale wetgeving te implementeren of kunnen zij keuzes maken in de wijze van implementatie. Dit is nieuw in een Europese (fiscale) richtlijn. De maatregelen tegen BEPS moeten gecoördineerd plaatsvinden, wil men de interne markt als geheel verbeteren bij de bestrijding van agressieve tax planningspraktijken. Een gemeenschappelijke aanpak maakt maatregelen uit de ATAD-richtlijn zelf effectiever. Door in de gehele EU eenzelfde wetgeving te hanteren wordt de mogelijkheid voor BEPS binnen de EU beperkt. Door de optionele regelingen en de minimumnormen kunnen er verschillen ontstaan tussen de diverse EU-lidstaten. Dit kan ertoe leiden dat belastingplichtigen gebruik gaan maken van deze verschillen om een belastingvoordeel te behalen. Een voorbeeld hiervan is de optionele regeling waarin EU-lidstaten zelf kunnen bepalen of zij in situaties met derde landen van de toepassing van de CFC-maatregel kunnen afzien wanneer er sprake is van reële economische activiteiten. Dit is dus geen verplichting waardoor binnen de EU een vergelijkbare situatie anders beoordeeld kan worden. Dit heeft uiteindelijk een negatieve invloed op de effectiviteit van de ATAD-richtlijn, omdat er alsnog planningsmogelijkheden voor belastingplichtigen ontstaan. Dit is juist het tegenovergestelde van hetgeen de richtlijn beoogt. Weliswaar worden in het algemeen bepaalde BEPS-structuren bestreden, kan een verschil beslissend zijn voor een belastingplichtige om zijn fiscale structuur door dat ene EU-lidstaat wel of niet te laten lopen. De optionele regelingen en de minimumnormen maken de ATAD-richtlijn dus minder effectief in de bestrijding van BEPS binnen de EU.

Verder kan zich het geval voordoen dat een richtlijnbevestiging wordt geblokkeerd in geval een bilaterale verdragsbepaling zich verzet tegen die richtlijnbevestiging. De richtlijnbevestiging heeft in dat geval geen toegevoegde waarde in de bestrijding van BEPS. Om dergelijke gevallen te voorkomen kan het multilateraal instrument gebruikt worden. Het multilateraal instrument is een aanvulling op bestaande belastingverdragen. Het is een zelfstandig verdrag dat de werking van bestaande belastingverdragen op bindende wijze aanpast en zou bijvoorbeeld de GAAR in het bestaande verdragen-netwerk kunnen implementeren. De toepassing van de richtlijnbevestiging kan dan alleen ongedaan worden door een verdragsbepaling die is gesloten tussen een EU-lidstaat en een niet-EU-lidstaat waarbij de niet-EU-lidstaat geen deel uitmaakt van de landen die hebben ingestemd met het multilateraal instrument. Tot slot roept de uitvoerbaarheid van de richtlijnbevestigingen enkele vraagtekens op. Het is bijvoorbeeld de vraag hoe EU-lidstaten gaan controleren of een betaling vanuit een EU-lidstaat naar een derde land in dat land in de heffing wordt betrokken. Voor de uitvoerbaarheid van dit praktische probleem zie ik een mogelijke oplossing in de country-by-country reporting. In dit rapport die door multinationale ondernemingen moeten worden opgesteld worden onder andere gegevens opgenomen die betrekking hebben op de wereldwijde verdeling van de fiscale winsten en de betaalde belasting in de

betrokken landen. Hiermee vergaren de belastingdiensten van de landen waarin een multinationale onderneming actief is fiscale informatie die van belang kan zijn bij de bepaling van de belastingschuld in dat land.

Tot slot is een onderzoek gedaan naar het fiscale vestigingsklimaat van Nederland om een antwoord te vinden op het tweede deel van de onderzoeksvraag. Hieruit is gebleken dat Nederland in het algemeen een aantrekkelijk vestigingsklimaat heeft voor bedrijven. Een aantrekkelijk vestigingsklimaat is van belang voor de stimulering van de economie, zoals het creëren van werkgelegenheid. Het geheel van aspecten die van belang zijn bij de keuze voor een bepaald gebied of land wordt omschreven als de vestigingsplaatsfactoren. Meer specifiek is in dit onderzoek ingegaan op de fiscale (vennootschapsbelasting) aspecten van het Nederlandse vestigingsklimaat. Daaruit is gebleken dat bepaalde onderdelen van het Nederlandse belastingstelsel ervoor zorgen dat multinationale ondernemingen BEPS kunnen realiseren. Daarmee is Nederland als fiscaal vestigingsland aantrekkelijk voor multinationale ondernemingen. De aantrekkelijkheid heeft Nederland te danken aan regelingen die voorkoming van dubbele belasting bieden, vooraf zekerheid bieden en de belastingdruk voor de onderneming in zijn geheel doen verlagen. Voorbeelden hiervan zijn de deelnemingsvrijstelling, een uitgebreid netwerk aan belastingverdragen, geen bronheffing op uitgaande rente en royalty's en rulingsmogelijkheden. Al deze regelingen zorgen ervoor dat Nederland een belangrijke rol heeft gekregen op de internationale tax planningskaart. Nederland fungeert in dat kader als een doorstroomland, dat wil zeggen dat multinationale ondernemingen hun activiteiten via Nederland fiscaal structureren om hun wereldwijde belastingdruk te verminderen. De positie van Nederland op de internationale tax planningskaart komt echter onder druk te staan door de richtlijnbevestigingen uit de ATAD-richtlijn en ATAD 2. De te implementeren richtlijnbevestigingen hebben namelijk een verhogende werking van de belastingdruk voor de onderneming in zijn geheel tot gevolg. Zo wordt de aftrek van rente beperkt, de aftrek van een hybride financiering wordt geweigerd, er vindt CFC-heffing plaats in Nederland over inkomsten die überhaupt niet uitgekeerd zijn aan de moedermaatschappij gevestigd in Nederland en worden hybride entiteiten vennootschapsbelastingplichtig gemaakt in de EU-lidstaat van vestiging. Hierdoor komt een einde aan bepaalde BEPS-structuren die Nederland fiscaal aantrekkelijk maakt voor multinationale ondernemingen. Vooral CV/BV-structuren, ook wel spaarpot op zee-structuur genoemd, met Amerikaanse multinationals worden getroffen door de richtlijn. Doordat bepaalde BEPS-structuren via Nederland niet langer meer fiscaal voordeel zullen opleveren zal Nederland als fiscaal vestigingsland minder interessant worden voor multinationals met als gevolg dat die multinationals zullen overwegen om zich te vestigen landen waarin wel fiscaal voordeel behaald kan worden.

Om enigszins de fiscale positie op de internationale tax planningskaart te verstevigen dient Nederland gebruik te maken van de optionele regelingen in de ATAD richtlijn en doet het er goed aan om de richtlijnbepalingen niet strenger te implementeren dan hetgeen is voorgeschreven. Een voorbeeld hiervan is het opnemen van een franchiseregeling bij de implementatie van de earningsstrippingregeling. Daarnaast dient Nederland andere fiscale maatregelen te nemen wil men de fiscale positie op de internationale taxplannings kaart verstevigen. In dit kader is de verlaging van het Nederlandse vennootschapsbelastingtarief en de afschaffing van de dividendbelasting in het zicht van het fiscale vestigingsklimaat een belangrijke stap om zich als fiscaal vestigingsland aantrekkelijker te maken in vergelijking tot andere EU-lidstaten en derde landen. Ook andere EU-lidstaten zullen overwegen om hun statutaire winstbelastingtarieven te verlagen wil men bedrijvigheid blijven aantrekken. Door de grondslagharmenisatie binnen de EU was al te verwachten dat er een verschuiving zou plaatsvinden van grondslagconcurrentie naar tariefconcurrentie. Wanneer ook de tarieven binnen de EU naar elkaar zijn gegroeid zie ik niets anders in dan een voorstel voor de eerder voorgestelde CCCTB!

Literatuurlijst

Europese & Nationale Jurisprudentie

- HvJ EU 5 februari 1963, Zaak 26/62, (*Het Van Gend & Loos*)
- HvJ EU 21 februari 2006, C-255/02 (*Halifax*)
- HvJ EU 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*).
- HvJ EU 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*), V-N 2007/34.12.
- HvJ EU 10 november 2011, C-126/10 (*Foggia*).
- HvJ EU 29 november 2011, C-371/10 (*National Grid Indus*).
- HvJ EU 23 januari 2014, C-164/12 (*DMC*).
- HvJ EU 13 maart 2014, C-155/13 (*Sices*).
- HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, (*Groupe Steria*).
- HvJ EU 28 februari 2018, C-398-16 en 399/16.
- Conclusie van A-G Geelhoed van 29 juni 2006 voor HvJ 13 maart 2007, C-524/04, *NTFR* 2007/470.
- HR 26 mei 1926, *NJ* 1927,723. (*Drie dagen arrest*).
- HR 12 februari 1964, *BNB* 1964/95. (*Hopperzuiger*).
- HR 26 mei 1984, nr. 22094, *BNB* 1985/32.
- HR 15 december 1993, *BNB* 1994/259.
- HR 29 juni 1994, *BNB* 1994/294.
- HR 24 januari 2001, nr. 36 033, *BNB* 2001/129.
- HR 6 december 2002, *BNB* 2003/285.
- HR 11 juli 2008, *BNB* 2008/266.
- HR 28 augustus 2012, *BNB* 2012/213.
- HR 31 januari 2014, *BNB* 2014/171, 172, 173, 176 en 178.

Kamerstukken & beleid

- Besluit van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3099.
- Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken van 18 november 2016. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 34 604, nr. 3.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, nr. 2016-00001486.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 december 2017, nr. 2017-0000237466.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 22 februari 2018, nr. 2018-0000023737.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Eerste Kamer, vergaderjaar 2012-2013, 33 402, M.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 25 oktober 2017, vergaderjaar 2017–2018, 34 323, nr. 20.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Eerste Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 34 785, F.
- *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1999/00, 26 727, nr. 7.
- *Kamerstukken II* 2015/16, 22 112, nr. 2071.
- *Kamerstukken II* 2015/16, 22 112, nr. 2126.
- *Kamerstukken II* 2015/16, 34 302, nr. 98.
- *Kamerstukken II* 2015/16, 34 552, nr. 56.
- *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, nr. 56
- *Kamerstukken II* 2016/17, 34 604, nr. 3.

- *Kamerstukken II* 2017/18, 22 112, nr. 2418.
- Ministerie van Financiën voor de vennootschapsbelastingtarieven van de EU-lidstaten: <https://www.expatax.nl/Documents/corporate%20tax%20rates%20EU.pdf>
- Nota over de toestand van 's Rijks Financiën van 15 september 2015. Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 300, nr. 1.
- Notitie fiscaal verdragsbeleid 2011, Ministerie van Financiën, 2011.
- Rapport werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame groei, juli 2016. Radpleegbaar via de volgende website: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/07/06/advies-studiegroep-duurzame-groei>
- Consultatiedocument wetsvoorstel ATAD1, Woord vooraf, werkhypothese: ruimte voor volgend kabinet.
- Wet implementatie wijzigingen Moederdochterrichtlijn 2015.

EU-Publicaties

- Aanbeveling van de Europese commissie van 6 december 2012 over agressieve tax planning, C(2012) 8806 final overweging (2).
- Besluit van de Europese Commissie van 21.10.2015 betreffende steunmaatregel SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) die Nederland ten gunste van Starbucks ten uitvoer heeft gelegd. Brussel. C(2015) 7143 final.
- Europese Commissie 28 januari 2016, COM(2016) 23 final. Toelichting van de Europese Commissie aan Europees Parlement en Raad, 28-01-2016.
- Persbericht van de Europese Commissie van 3 februari 2015, IP/15/4080.
- Persbericht van de Europese Commissie van 28 januari 2016, “Billijke belastingheffing: Commissie presenteert nieuwe maatregelen tegen ontwijking van belasting door bedrijven.”
- Resolutie van het Europees Parlement met aanbevelingen aan de Commissie betreffende meer transparantie, coördinatie en convergentie van het vennootschapsbelastingbeleid in de Unie, 16 december 2015 (2015/2010(INL)).
- Richtlijn 2010/24/EU van de Raad van 16 maart 2010 betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen.
- Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.
- Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2014, L 219).
- Richtlijn tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen, COM(2016)687.
- Verdrag betreffende de Europese Unie.
- Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

OESO-Publicaties van de OESO

- Eurostat, IMF, OECD, UN, UNCTAD, WTO. (2002). Manual on statistics of international trade in services. *Department of economic and social affairs, statistics division*. <https://www.oecd.org/trade/its/2404428.pdf>
- OECD, G20, (2015), *Base Erosion and Profit Shifting Project, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*, punt 18.

- OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
- OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.
- OECD (2013), *Co-operative Compliance: A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, OECD Publishing.
- OECD (2013), *Declaration on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

Artikels

- A.C.G.A.C. de Graaf, 'Noodzaak van internationaal fiscaal beleid als tegenwicht voor excessieve gedragingen', *MBB* 2013/1.
- De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, Commentaar op Anti-Beps richtlijn, artikelsgewijs commentaar, 17 februari 2016.
- D.M. Broekhuijsen, 'Naar een multilateral fiscaal raamwerkverdrag', *WFR* 2013/1443.
- D.S. Smit, 'BEPS en het Europese arm's-Lengthbeginsel', *WFR* 2016/162
- F.A. Engelen, 'De lotgevallen van Starbucks, Amazon en Google', *NTFR* 2013/158.
- F.A. Engelen, A.F. Gunn, 'Het BEPS-project: een inleiding', *WFR* 2013/1413.
- F.J. Elswier, J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182.
- G.K. Fibbe, 'Hybride mismatches onder de ATAD; symptoombestrijding is geen oplossing', *WFR* 2016/186.
- H. Vording en J.P. Boer, 'Fair share': naar een alternatieve minimumbelasting in de VPB?, *WFR* 2013/1435, 26 november 2013.
- J. Hoogendoorn, 'Het 'ne bis in idem'-beginsel en de deelnemingsvrijstelling', *FED* 1986/1316.
- J.L.M. Gribnau, 'Fair share en tax planning: Een moeilijk maar noodzakelijk debat', in P. Kavelaars (editor), *Ongewenste belastingontwijking? De jacht naar een fair share*. p. 38.
- J.L.M. Gribnau, 'Ethische aspecten van tax planning', *Ars Aequi* vol.63(3), maart 2014. Paragraaf 3.
- J. van Strien en M.G.H. Kroon, 'Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?', *NTFR* 2011/614,
- J. Vleggeert, 'De implementatie van de BEPS-acties door Nederland: Kroonjuwelen versus "aggressive tax planning indicators"', *WFR* 2016/47. p. 3.
- K.P. Goudswaard, 'Promotie mr. C.A. de Kam', *WFR* 1988/5845, p. 1496, 1498.
- L.G.C. Sahin, 'Agressieve taxplanning', *JutD* 2013/10 en R.A. de Boer & M.F. Nouwen, 'Europees geschut tegen belastingparadijzen en agressieve fiscale planning. Het vizier staat nog niet scherp', *WFR* 2013/34.
- Lowell & Herrington, 'BEPS: current reality and planning in anticipation', *International transfer pricing journal* maart/april 2014.
- M.F. de Wilde, 'Anti Tax Avoidance Package Europese Commissie', *NTFR* 2016/574.
- M.F. de Wilde, 'Belastingconcurrentie binnen de EU – is de CCCTB de oplossing?', *Maandblad belastingbeschouwingen* 83(2).
- M.F. de Wilde, 'De exitheffing in de Anti-ontgaansrichtlijn en zijn invloed op het Nederlands belastingstelsel', *FED* 2016/109.
- M.F. de Wilde, 'Politieke overeenstemming lidstaten over anti-ontgaansrichtlijn', *NTFR* 2016/1691.
- N.G.H. Speet, 'Multinationals en agressieve tax planning', *NTFR* 2011/1072.
- O.C.R. Marres, 'De anti-ontgaansrichtlijn', *NTFR-B* 2017/18. paragraaf 5.
- P.F.E.M. Merks, 'Belastingontduiking, -ontwijking en planning (deel 1)', *MBB* 2006/09.
- P. Hoogterp MiF, 'Voorkomen buitensporige renteaftrek in Action 4 en art. 4 ATAD', *WFR* 2017/147.
- P. Kavelaars, 'Afbouw van belastingontwijking', *TFO* 2014/131.3.

- R.A. Bosman, 'Formele aspecten van het multilaterale instrument', *MBB* april 2017, nummer 4.
- R.E.C.M. Niessen, 'Wat is er mis met fiscale grensverkenning', *WFR* 2005/1473.
- R. Gielen en C. Huisman, 'Verslag van het tweede grote NOB Anti-BEPS-richtlijn congres van 3 april 2017', *WFR* 2017/142.
- R. Luja, 'Fiscale rulings en staatssteun', *NJB* aflevering 14.
- R. Snoeijs, J.H.A.M., van Velvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)', *FED* 2016/108.
- Vakstudie Nieuws, 'Antibelastingontwikplingsrichtlijn 2 (ATAD 2)', *V-N* 2017/36.3.
- Vakstudie Nieuws, 'Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)', *V-N* 2016/37.3.
- Vakstudie Nieuws, 'BNC-Fische 2: Richtlijn hybride mismatches met derde landen', *V-N* 2016/65.9.
- Vakstudie Nieuws, 'BNC-Fiche pakket anti-belastingontwikplingsmaatregelen van de Europese Commissie', 30 maart 2016, *V-N* 2016/18.5.
- Vakstudie Nieuws, 'Fiscale plannen nieuw kabinet, Regeerakkoord 2017-2021', *V-N* 2017/50.3.
- Vakstudie Nieuws, 'Nederland handelt volgens A-G HvJ EU in strijd met EU-recht bij weigering aftrek rente', *V-N* 2017/52.12.
- Vakstudie nieuws, 'OESO-rapport "Action plan on Base Erosion and Profit Shifting" BEPS', *V-N* 2013/35.15.
- Vakstudie Nieuws, 'Reactie staatssecretaris op bericht dat Nederland zou dwarsliggen bij EU-aanpak belastingontwikpling', *V-N* 2017/62.16.
- V.T.P. van der Lans & M. Verhoog, 'De CFC-maatregel (art. 7 en 8 Anti-ontgaansrichtlijn)', *FED* 2016/111.
- W.R. Kooiman, 'De toetsing van fraus legis naar omstandigheden', *TFB* 2012/06.

Boeken & publicaties

- A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, 2013, Internationaal belastingrecht, Fiscale studiereeks, Deventer: Kluwer.
- B. Kiekebeld, 2004, Harmful Tax Competition in the European Union, Kluwer.
- D.B. Bijl, J.A.G. van der Geld, 2009, Overkill in fiscale wet- en regelgeving (Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 237), Deventer: Kluwer.
- H.K.C. Bakker, 2013, Fair share: wat moet ik er mee?, in Met oog voor detail (liber amicorum mr. J.W. van den Berge), Den Haag: Sdu Uitgevers.
- J.A.G. van der Geld, 2011, Ethiek en multinationale ondernemingen, in J.L.M. Gribnau e.a., Principieel belastingrecht, Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- R.H. Happé, 2011, Belastingethiek: een kwestie van fair share (pre advies), in R.H. Happé, hotm
- J.L.M. Gribnau, Belastingen en ethiek, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, No. 243, Deventer: Kluwer.
- R.H. Happé, 2011, Belastingrecht en de geest van de wet. Een pleidooi voor een beginselbenadering in de wetgeving, Tilburg: Prismaprint, Tilburg University.

Onderzoeken

- Ernst & Young. Barometer Nederlands vestigingsklimaat 2016. Van investeren naar blijvend vertrouwen. *EY's attractiveness survey*.
- Het onderzoek van de Europese Commissie 'In hoeverre maken lidstaten 'agressieve belastingplanning' (lees: belastingontwikpling) mogelijk?'. 2015. Raadpleegbaar via de volgende website:

http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/gen_info/economic_analysis/tax_papers/taxation_paper_61.pdf

- Het onderzoek van Oxfam Novib in Nederland Belastingparadijs. 2016. Raadpleegbaar via de volgende website: <http://www.oxfamnovib.nl/Redactie/Downloads/Rapporten/Leuker%20kunnen%20we%20het%20niet%20maken%20wel%20eerlijker%20-%20Nederland%20kampioen%20faciliteren%20belastingontwijking.pdf>
- Het onderzoek van OXFAM Novib in samenwerking met SOMO naar de invloed van belastingadvieskantoren op het Nederlandse belastingbeleid. 2016. Raadpleegbaar via de volgende website: http://www.taxjustice.nl/assets/wbb-publications/358/Nederland_belastingparadijs.pdf

Krantenartikels & uitzendingen

- Berentsen, L. (29 september 2016). Hoog tijd voor Europese winstbelasting. *Financieel Dagblad*. <https://fd.nl/economie-politiek/1169477/hoog-tijd-voor-europese-winstbelasting>
- Eerenbeemt, van den M. & Giebels, R. (20 oktober 2017). Belastingparadijs in de polder: Amerikaanse multinationals zijn dol op Nederland. *Volkskrant*.
- Eikelenboom, S. & Groot, de G. (12 september 2011). Nederland in trek bij multinationals. *Financieel Dagblad*.
- Kleinnijenhuis, J. & Kuipers, K. (2017, 6 november). Waar je je Nike's ook koopt, de kassa rinkelt in Holland. *Trouw*. Raadpleegbaar via de volgende website: <https://www.trouw.nl/home/waar-je-je-nike-s-ook-koopt-de-kassa-rinkelt-in-holland~a0167497/>
- "Enron, Worldcom en nu ook Ahold?" (25 februari 2003). *Trouw*.
- "Nederland verliest fiscale glans door belastinghervorming VS." (21 december 2017). *Financieel Dagblad*.
- Meijburg & Co, Memorandum, Europese Hof van Justitie past de per-elementbenadering ook toe voor Nederland, 2018: <https://meijburg.nl/nieuws/europese-hof-van-justitie-past-de-per-elementbenadering-ook-toe-voor-nederland>
- VARA's Zembla van 18 oktober 2009: raadpleegbaar via de volgende website: www.zembla.vara.nl/dossier/uitzending/nederland-belastingparadijs
- VPRO's Tegenlicht van 25 maart 2013: raadpleegbaar via de volgende website: www.uitzendinggemist.nl/afleveringen/1333415

Bijlage Franchiseregeling

Voorbeeld a) Het financieringskostensurplus van een belastingplichtige bedraagt € 2 miljoen. De aftrekkapaciteit overeenkomstig de EBITDA-regel bedraagt € 1,5 miljoen. Artikel 4 van de ATAD-richtlijn beperkt de aftrek van het totale financieringskostensurplus dan niet in geval de desbetreffende lidstaat een franchise van € 3 miljoen hanteert.

Voorbeeld b) Het financieringskostensurplus van een belastingplichtige bedraagt € 3,5 miljoen. De aftrekkapaciteit overeenkomstig de EBITDA-regel bedraagt € 1,5 miljoen. Artikel 4 van de ATAD-richtlijn beperkt dan de aftrek van het financieringskostensurplus voor het deel dat de franchise van € 3 miljoen wordt overschreden, in casu betekent dit dat € 0,5 miljoen niet in aftrek komt.

Voorbeeld c) Het financieringskostensurplus van een belastingplichtige bedraagt € 3,5 miljoen. De aftrekkapaciteit overeenkomstig de EBITDA-regel bedraagt € 4,5 miljoen. Artikel 4 van de ATAD-richtlijn beperkt de aftrek van het totale financieringskostensurplus ten bedrage van € 3,5 miljoen dan niet, waarbij de hoogte van de franchise ook geen rol speelt.

Bijlage CFC-regeling

Voorbeeld 1

Moedermaatschappij X heeft Nederland als haar fiscale vestigingsstaat. Zij is in Nederland aan belastingheffing onderworpen tegen een tarief van 25%. De CFC is in haar vestigingsstaat onderworpen aan een tarief van 15%. De winst van de CFC bedraagt € 100.000,- waarbij de berekening van de heffingsgrondslag in beide landen gelijk is. De daadwerkelijk betaalde belasting over de winst in de CFC-staat is € 15.000,-. In Nederland zou over die winst € 25.000,- aan belasting verschuldigd zijn, hetgeen tot gevolg zou hebben dat de CFC-maatregel in dit geval niet van toepassing is. Dit, omdat de daadwerkelijk betaalde belasting in de CFC-staat (€ 15.000,-) niet lager is dan het verschil (€ 25.000 -/- € 15.000 = € 10.000,-).

Voorbeeld 2

Moedermaatschappij X heeft Nederland als haar fiscale vestigingsstaat. Zij is in Nederland aan belastingheffing onderworpen tegen een tarief van 25%. De CFC is in haar vestigingsstaat onderworpen tegen een tarief van 15%. De winst van de CFC bedraagt € 100.000,- waarbij de berekening van de heffingsgrondslag in beide landen niet gelijk is. De belastinggrondslag in de CFC-staat wordt door toepassing van bepaalde regels verminderd tot 50% van de belastbare inkomsten. Als gevolg van die grondslagversmallers wordt in de CFC-staat een bedrag van € 7.500,- aan belasting verschuldigd ($€100.000 \times 50\% \times 15\% = €7.500,-$). In Nederland zou € 25.000,- aan belasting worden geheven. Het verschil in belastingheffing is € 17.500,-, hetgeen tot gevolg zou hebben dat de CFC-maatregel van toepassing is. De daadwerkelijk verschuldigde belasting in de CFC-staat is namelijk lager (€ 7.500,-) dan het verschil in belastingheffing tussen de betrokken landen (€ 25.000,- -/- € 7.500,- = € 17.500).

Het tweede voorbeeld heeft tot gevolg dat de CFC-maatregel van toepassing is. De inkomsten van de CFC dienen te worden toegerekend aan de moedermaatschappij, dat vervolgens over die inkomsten in beginsel belast wordt in de EU-lidstaat waar zij fiscaal inwoner van is. Wanneer in de CFC-staat belastingheffing plaatsvindt over de toegerekende CFC-inkomsten, dan wordt de werkelijk betaalde belasting in de CFC-staat afgetrokken van de verschuldigde belasting in de EU-lidstaat waarin de belastingplichtige is gevestigd.³²⁹

³²⁹ Artikel 8, zevende lid, ATAD-richtlijn.