

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

NADruk VERBODEN

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie

CFC en voorkoming dubbele belasting

*Een onderzoek naar de voorkoming van dubbele belasting als gevolg van
toepassing van de nieuwe CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969*

Naam: Sebastiaan Claessen

Studentnummer: 380725

Begeleider: drs. M.H.M. Smeets

Rotterdam, 12 december 2018

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen	4
1. Inleiding	5
1.1 Aanleiding.....	5
1.1.1 Belastingontwijking in perspectief	5
1.1.2 Bestrijding belastingontwijking met Europese CFC-regelgeving	8
1.1.3 Nederlandse implementatie CFC-regelgeving en dubbele belastingheffing	10
1.2 Probleemstelling en deelvragen	12
1.3 Toetsingskader	13
1.4 Afbakening	14
1.5 Opzet.....	14
2. Achtergrond CFC-maatregelen	16
2.1 Inleiding.....	16
2.2 Belastingontduiking, belastingontwijking en agressieve tax planning	16
2.3 Problematiek CFC's.....	18
2.3.1 Algemeen.....	18
2.3.2 De fictie van rechtspersoonlijkheid	20
2.3.3 Fiscale vestigingsplaats.....	21
2.3.4 Tweetrapssystematiek belastingstelsels.....	23
2.4 Context en doelstellingen van CFC-maatregelen.....	23
2.4.1 Inleiding.....	23
2.4.2 Territoriaal versus wereldwijd belastingstelsel en kapitaalexport- versus kapitaalimportneutraliteit	24
2.4.3 Voorkomen uitstel van heffing versus voorkomen winstverschuiving.....	26
2.4.4 Aanvulling verrekenprijsregels.....	27
2.5 Werking CFC-maatregelen	28
2.5.1 Algemeen.....	28
2.5.2 Verschillende vormen CFC-maatregelen.....	29
2.6 Deelconclusie	31
3. CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969	33
3.1 Inleiding.....	33
3.2 Context CFC-maatregel in ATAD.....	33
3.2.1 ATAD in het kort	33
3.2.2 Verhouding ATAD tot nationale wetgeving.....	34
3.2.3 Achtergrond CFC-maatregel ATAD: BEPS-Actiepunt 3	36
3.3 CFC-maatregel ATAD	37
3.3.1 Inleiding.....	37
3.3.2 Kwalificatie als CFC.....	38
3.3.3 Heffingsobject	41
3.3.4 Berekening inkomsten	44
3.4 CFC-maatregel in Wet Vpb 1969	45
3.4.1 Algemeen.....	45
3.4.2 Kwalificatie als CFC.....	47
3.4.3 Heffingsobject	52
3.4.4 Uitzonderingen	58
3.5 Deelconclusie	61
4. Voorkomingsmethodiek CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969	64

4.1 Inleiding.....	64
4.2 Gevolgen dubbele belastingheffing	64
4.3 Vormen dubbele belastingheffing.....	65
4.4 Voorkomingsvoorschriften CFC-maatregel ATAD	68
4.5 Voorkomingsmethodiek CFC-maatregel Nederland	69
4.5.1 Voorkomingsmethodiek in de Wet Vpb 1969	69
4.5.2 Verdragsaspecten	72
4.6 Analyse voorkoming dubbele belastingheffing CFC-maatregel Wet Vpb 1969.....	73
4.7 Deelconclusie	83
5. Toetsing voorkomingsmethodiek CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969.....	85
5.1 Inleiding.....	85
5.2 Doeltreffendheid.....	85
5.3 Doelmatigheid.....	87
5.4 Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid	89
5.5 Europeesrechtelijke verenigbaarheid.....	90
5.5.1 Inleiding.....	90
5.5.2 Primair EU-recht – vaststelling toepasselijke verdragsvrijheid.....	91
5.5.3 Vrijheid van vestiging	94
5.5.4 Vrij verkeer van kapitaal	95
5.5.5 Secundair EU-recht	98
5.6 Internationaalrechtelijke verenigbaarheid.....	101
5.6.1 Rechtsorde belastingverdragen	101
5.6.2 Toetsing voorkomingsmethodiek CFC-maatregel aan belastingverdragen	102
5.7 Deelconclusie	104
6. Alternatieven ter voorkoming van dubbele belastingheffing.....	106
6.1 Inleiding.....	106
6.2 Alternatief A: aanpassing implementatie model A	106
6.2.1 Voorgestelde aanpassingen.....	106
6.2.2 Evaluatie alternatief A	113
6.3 Alternatief B: richtlijnconforme implementatie model B	115
6.3.1. Voorgestelde vormgeving.....	115
6.3.2 Evaluatie alternatief B	121
6.4 Deelconclusie	121
7. Conclusies en aanbevelingen	123
7.1 Inleiding.....	123
7.2 Conclusies.....	124
7.3 Aanbevelingen	128
Literatuurlijst	130
Rechtspraakoverzicht.....	137
Bijlage 1 – Lijst laag-belastende jurisdicties 2019	139
Bijlage 2 – Substance-eisen art. 13ab lid 11 Wet Vpb 1969.....	140

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	advocaat-generaal
art.	artikel
ATAD	Anti-Tax Avoidance Directive
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BNB	Beslissingen in Nederlandse Belastingzaken
BV	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BvdB 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
CFC	controlled foreign company
CPB	Centraal Planbureau
EC	Europese Commissie
EU	Europese Unie
e.v.	en volgende
FED	Fiscaal Tijdschrift FED
FM	Fiscale Monografieën
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
jo.	juncto
Jur.	Jurisprudentie van het Hof van Justitie en van het Gerecht van eerste aanleg
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
MLI	Multilateraal Instrument
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
nr.	nummer
nrs.	nummers
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NTFR-A	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht – Artikelen
NTFR-B	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht – Beschouwingen
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
p.	pagina
par.	paragraaf
r.o.	rechtsoverweging
RvdW	Rechtspraak van de Week
Stcrt.	Staatscourant
t.a.p.	te aangehaalde plaatse
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
V-N	Vakstudie Nieuws
vgl.	vergelijk
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet Vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

1.1.1 Belastingontwikijing in perspectief

Sinds een aantal jaren is de aandacht voor belastingontwikijingspraktijken door multinationale ondernemingen sterk toegenomen. Op initiatief van de G20 en onder leiding van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: 'OESO') is in 2012 een uitgebreid project gestart ter bestrijding van *Base Erosion and Profit Shifting*.¹ De directe aanleiding voor dit BEPS-project waren de financiële crisis alsmede de agressieve belastingontwikijingsconstructies die door multinationals worden gehanteerd.² In de praktijk is het namelijk niet ongebruikelijk dat op kunstmatige wijze de belastinggrondslag wordt uitgehold (*base erosion*) en de resterende winst wordt verschoven naar landen met een lagere belastingdruk (*profit shifting*), hetgeen in de politiek en in de publieke opinie steeds meer als onwenselijk wordt beschouwd.³ Op 19 juli 2013 heeft de OESO haar actieplan gepubliceerd. Dit BEPS-Actieplan bestaat uit vijftien actiepunten met als gemeenschappelijk doel om op internationaal gecoördineerde wijze belastingontwikijing tegen te gaan.⁴ In navolging hierop heeft de OESO ten aanzien van alle actiepunten definitieve rapporten en *Explanatory Statements* geschreven welke op 5 oktober 2015 wereldkundig zijn gemaakt.⁵

Het BEPS-Actieplan en de publieke opinie betreffende belastingontwikijing zijn gestoeld op de visie dat multinationale ondernemingen hun *fair share* aan belastingen moeten betalen. Bedrijven moeten immers – zo is de opvatting – net als gewone mensen belasting betalen.⁶ Vanuit dit perspectief is het begrijpelijk dat ontwikijing van de plicht tot het betalen van deze *fair share* door multinationale ondernemingen leidt tot publieke verontwaardiging en met maatregelen moet worden aangepakt. Evenwel bestaat in de economische wetenschap een andersluidende visie op belastingheffing naar de winst van bedrijven (hierna: 'vennootschapsbelasting'). Deze zienswijze is in essentie ingegeven door de notie dat bedrijven de van hen geheven

¹ Onderdeel 48 van de slotverklaring van de G20-top van 18 en 19 juni 2012 in Los Cabos besluit met de intentie om *base erosion* en *profit shifting* te voorkomen en het werk van de OESO hierin te verwelkomen. Zie G20 Leaders Declaration, 19 juni 2012, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/131069.pdf.

² OECD, *Background Brief – Inclusive Framework on BEPS*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 9.

³ Zie bijvoorbeeld R. Giebels, 'Belastingwetten zijn lang niet streng genoeg, zegt commissie', *Volkskrant* 5 juli 2017 en C. Vos, 'Nederland moet meer doen tegen belastingontwikijing multinationals' *Volkskrant* 19 juni 2017 naar aanleiding van het rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Fiscale constructies (Kamerstukken II 2017/18, 34 566, nr. 4). In internationale context: BBC, 12 november 2012, 'Starbucks, Google and Amazon grilled over tax avoidance', <https://www.bbc.com/news/business-20288077>.

⁴ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Parijs: OECD Publishing 2013, p. 10.

⁵ OECD, 5 oktober 2015, <http://www.oecd.org/tax/oecd-presents-outputs-of-oecd-g20-beps-project-for-discussion-at-g20-finance-ministers-meeting.htm>.

⁶ B. Jacobs, *De prijs van gelijkheid*, Amsterdam: Prometheus – Bert Bakker 2015, p. 255.

vennootschapsbelasting – hoewel zij deze de jure betalen – in economische zin niet dragen. De vennootschapsbelasting wordt namelijk volgens economen afgewenteld op en gedragen door mensen, zijnde de consumenten, werknemers en aandeelhouders.⁷ Evenwel is niet waarneembaar in welke mate elk van deze groepen de vennootschapsbelasting in werkelijkheid draagt.⁸ Derhalve is onduidelijk in hoeverre van de vennootschapsbelasting een herverdelend effect uitgaat, hetgeen vanuit economisch oogpunt in beginsel één van de primaire doelstellingen van een belastingheffing zou moeten zijn. Op basis van de theorie van de welvaartseconomie is herverdeling van middelen namelijk instrumenteel in het bereiken van de optimale sociale welvaart die door overheden nagestreefd zou moeten worden.⁹ Het gaat in dit verband om herverdeling van middelen van personen met een hoog inkomen naar personen met een laag inkomen.¹⁰

Het feit dat vennootschapsbelasting de facto wordt gedragen door natuurlijke personen is op zichzelf niet onwenselijk omdat ook dit tot herverdeling kan leiden. Evenwel is het vanwege het bestaan van economische verstoringen doelmatiger om direct van deze personen te heffen. De heffing van vennootschapsbelasting leidt namelijk tot gedragseffecten en beïnvloedt onder andere de plaats waar productie plaatsvindt en de wijze waarop de onderneming gefinancierd wordt.¹¹ Zo leidt ten eerste de ongelijke behandeling van betaalde rente en betaald dividend tot een prikkel om de onderneming zoveel mogelijk met vreemd vermogen te financieren. De daarover betaalde rentevergoeding is immers – in tegenstelling tot een dividendbetaling – fiscaal aftrekbaar en leidt tot een lagere vennootschapsbelastingdruk. Het gevolg is dat ondernemingen met meer vreemd vermogen worden gefinancierd dan bij afwezigheid van vennootschapsbelasting zou zijn gebeurd, hetgeen leidt tot een verstoring van een doelmatige allocatie van vermogen en risico.¹² Bovendien kan een (fiscaal geïndiceerde) excessieve schuldfinanciering leiden tot een hoger insolventie- en faillissementsrisico van de onderneming als gevolg van de toegenomen schuldgraad. Dit heeft tot gevolg dat de onderneming in de toekomst mogelijk wordt belemmerd bij het aantrekken van nieuw vermogen.¹³ Daarnaast vormt de

⁷ J.E. Stiglitz en J.K. Rosengard, *Economics of the public sector*, New York – Londen: W.W. Norton & Company, Inc. 2015 (vierde druk), p. 742.

⁸ Vgl. J.E. Stiglitz en J.K. Rosengard, t.a.p., p. 709. Zij stellen dat de vennootschapsbelasting onder (strikte) aannames niet wordt gedragen door de aandeelhouders, maar slechts door werknemers en consumenten. Jacobs schat dat in Nederland ruwweg 90% van de vennootschapsbelasting wordt afgewenteld op werknemers. Zie B. Jacobs, t.a.p., p. 257.

⁹ L. Kaplow en S. Shavell, 'Any non-welfarist method of policy assessment violates the Pareto principle', *Journal of Political Economy*, 109(2), 281-286, p. 284.

¹⁰ Hoewel overheden onderling kunnen verschillen in hun herverdelende voorkeuren is aangetoond dat zowel onder utilitaristische als Rawlsiaanse voorkeuren (de twee uitersten) herverdeling van inkomen van mensen met hoge naar lage inkomens een welvaartstoename kan behelzen. Zie onder meer: E. Saez, en S. Stantcheva, 'Generalized social marginal welfare weights for optimal tax theory', *American Economic Review*, 106(1), 24-45, p. 43.

¹¹ J.E. Stiglitz en J.K. Rosengard, t.a.p., p. 742.

¹² B. Jacobs, t.a.p., p. 257.

¹³ Denkbaar is dat investeerders terughoudend zijn in het verstrekken van vermogen aan een onderneming met een hoge schuldgraad. Daarnaast is niet uitgesloten dat investeerders alleen bereid zijn tegen strengere eisen vermogen aan de onderneming te verschaffen. Te denken valt

verschuldigde vennootschapsbelasting een verlaging van het rendement op investeringen van de onderneming. Dientengevolge nemen multinationale ondernemingen de vennootschapsbelastingdruk mee in de afweging (vanuit) waar zij zullen investeren.¹⁴ Door de verschillen in belastingstelsels bestaat de prikkel te kiezen voor een investering in een land met een relatief lage belastingdruk in plaats van in een land met een relatief hoge belastingdruk. Voorts leidt het bestaan van vennootschapsbelasting – bij afwezigheid van harmonisatie – tot arbitrage en belastingontwijking tussen verschillende jurisdicties. Daardoor moeten fiscale autoriteiten allerlei wetten vormgeven teneinde belastingontwijkingspraktijken te voorkomen.¹⁵ Bovendien leidt de afwezigheid van harmonisatie mijns inziens tot schadelijke belastingconcurrentie tussen verschillende landen, die op hun beurt worden geprikkeld om preferentiële regimes en andere fiscale voordelen tot stand te brengen teneinde (investeringen van) multinationale ondernemingen aan te trekken of te behouden.

Mede gelet op de verstorende werking van vennootschapsbelasting en het feit dat onduidelijk is wie deze in economisch opzicht betaalt, wordt door critici voorgesteld om de vennootschapsbelasting geheel af te schaffen.¹⁶ In plaats daarvan kan dan een minder verstorende belasting worden ingevoerd of verhoogd, zoals een belasting op bepaalde goederen of op consumptie.¹⁷ Desalniettemin zijn in de economische wetenschap ook enkele redenen uiteengezet op grond waarvan het behouden van vennootschapsbelasting economisch optimaal kan zijn, welke hierna kort zullen worden belicht.

De vennootschapsbelasting wordt geheven naar de winst van een onderneming na aftrek van onder meer het betalen van loonkosten, rentekosten en andere aftrekbare kosten. De facto wordt dus belasting geheven over de resterende winst en de daaruit te betalen vergoeding ter zake van geïnvesteerd kapitaal.¹⁸ Op de eerste plaats kan vennootschapsbelasting dus worden gezien als een heffing over de resterende winst, die bestaat uit het normale rendement en de zogenoemde overwinst. Overwinst kan worden gedefinieerd als inkomen waarvoor geen inspanning is verricht (ook wel onverdiend inkomen genoemd). Derhalve werkt een belasting op overwinst niet versturend en is het vanwege afwezigheid van een gedragseffect economisch efficiënt om dergelijke overwinsten volledig weg te belasten.¹⁹ Omdat de fiscus geen goed onderscheid kan maken tussen normale winsten en overwinsten, kan het daarom toch

aan het bedingen van een hogere rentevergoeding of het bedingen van een (omvangrijker) pandrecht.

¹⁴ B. Jacobs, t.a.p., p. 257.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ J.E. Stiglitz en J.K. Rosengard, t.a.p., p. 743.

¹⁷ Onder voorwaarden kunnen indirecte belastingen worden ingezet teneinde meer herverdeling te bereiken dan al mogelijk is met een optimale inkomstenbelasting. Zie W.J. Corlett en D.C. Hague, 'Complementarity and the Excess Burden of Taxation', *Review of Economic Studies*, 21(1), 21-30.

¹⁸ J.E. Stiglitz en J.K. Rosengard, t.a.p., p. 713.

¹⁹ B. Jacobs, t.a.p., p. 102 en J.E. Stiglitz en P. Dasgupta, 'Differential taxation, public goods, and economic efficiency', *Review of Economic Studies*, 38(2), 151-174, p. 151.

optimaal zijn om vennootschapsbelasting over de winst van ondernemingen te heffen.²⁰ Op de tweede plaats kan de vennootschapsbelasting worden beschouwd als een belastingheffing over de vergoeding ter zake van geïnvesteerd kapitaal.²¹ De vennootschapsbelasting wordt in deze visie gezien als voorheffing op het rendement van aandeelhouders en is wenselijk omdat het in voorkomende gevallen niet meer mogelijk is om die kapitaalinkomsten bij de aandeelhouder te belasten.²² Op de derde plaats moet vennootschapsbelasting worden geheven teneinde rechtsvormneutraliteit te waarborgen tussen vennootschappen en ondernemingen zonder rechtspersoonlijkheid.²³ Indien geen of een lagere vennootschapsbelasting wordt geheven, bestaat een sterke prikkel voor de ondernemer of werknemer om een vennootschap op te richten van waaruit hij als directeur zijn diensten verleent teneinde inkomstenbelasting te ontwijken. Tenslotte zou bij afwezigheid van vennootschapsbelasting geen belasting worden geheven over niet-uitgedeelde winsten, waardoor ter zake daarvan uitstel of zelfs afstel van belastingheffing zou kunnen plaatsvinden.²⁴ In dat geval zouden kapitaalinvesteringen onderworpenheid aan belastingheffing grotendeels kunnen ontlopen.

Mede ingegeven door de voorgenoemde argumenten en andere politieke beweegredenen²⁵ is in een groot aantal landen voorzien in een vennootschapsbelastingstelsel.²⁶ Gegeven het feit dat landen hiertoe op basis van hun soevereiniteit hebben gekozen, is het om redenen van doeltreffendheid van belang om de gesignaleerde verstoringen zoveel mogelijk weg te nemen en te voorkomen dat voorgenoemde soevereiniteit wordt ondermijnd. In dat kader komt het BEPS-Actieplan tot aanbevelingen voor aanpassingen van vennootschapsbelastingstelsels teneinde belastingontwijking door multinationale ondernemingen aan te pakken.

1.1.2 Bestrijding belastingontwijking met Europese CFC-regelgeving

Om invulling te geven aan het BEPS-Actieplan heeft de Europese Commissie (hierna: 'EC') op 28 januari 2016 een omvangrijk pakket gepubliceerd met hierin

²⁰ B. Jacobs, t.a.p., p. 258.

²¹ In een perfect werkende markt kan geen structurele overwinst worden behaald, zodat onder die aanname kan worden betoogd dat vennootschapsbelasting zelfs enkel wordt geheven over de vergoeding ter zake van geïnvesteerd kapitaal. Vgl. J.E. Stiglitz en J.K. Rosengard, t.a.p., p. 713.

²² Vgl. B. Jacobs, t.a.p., p. 258. Aangenomen mag worden dat wordt gedoeld op buitenlandse aandeelhouders die in de bronstaat niet kunnen worden belast ter zake van het inkomen uit hoofde van hun investering.

²³ B. Jacobs, t.a.p., p. 259. Opgemerkt moet worden dat rechtsvormneutraliteit beter bereikt zou kunnen worden met een ondernemingswinstbelasting, waaraan zowel IB-ondernemingen als Vpb-ondernemingen onderworpen zouden zijn. Op dit moment bestaat namelijk geen globaal evenwicht in dit opzicht. Vgl. J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 19, par. 2.2.

²⁴ J.E. Stiglitz en J.K. Rosengard, t.a.p., p. 743.

²⁵ In de literatuur wordt geconcludeerd dat er ook geen overtuigende juridische grondslagen zijn voor de heffing van de vennootschapsbelasting. Zie J.A.G. van der Geld, t.a.p., p. 24, par. 2.2. Aannemelijk is dat in de politiek vooral een rol is weggelegd voor het budgettaire argument.

²⁶ Vgl. K. Pomerleau en E. Potosky, 'Corporate Income Tax Rates around the World, 2016', <https://files.taxfoundation.org/legacy/docs/TaxFoundation-FF525.pdf>. Onder de honderdachtentachtig onderzochte jurisdicties bevinden zich slechts veertien jurisdicties die geen vennootschapsbelastingstelsel kennen.

onder andere opgenomen een conceptvoorstel voor een antibelastingontwijkingsrichtlijn op niveau van de Europese Unie (hierna: 'EU'). Dit heeft geleid tot de Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (ook wel *Anti-Tax Avoidance Directive*, hierna: 'ATAD1').²⁷ De voornaamste doelstelling van ATAD1 is om te beantwoorden aan de politieke vraag naar een eerlijkere belastingheffing, hetgeen volgens de Raad van de EU inhoudt dat belasting moet worden betaald waar waarde en winsten worden gegenereerd.²⁸ Onder de veronderstelling dat enkel een gezamenlijke en gecoördineerde aanpak tot het gewenste effect leidt, dienen lidstaten van de EU de bepalingen van ATAD1 uiterlijk op 31 december 2018 in de nationale wetgeving te hebben geïmplementeerd.²⁹ Uitzondering hierop vormt de bepaling inzake hybridemismatches die op grond van de Richtlijn (EU) 2017/952 (hierna: 'ATAD2') pas op 31 december 2019 in nationale wetgeving moet zijn omgezet.³⁰ Tenzij de context anders vereist, wordt in het hiernavolgende gesproken van ATAD, nu ATAD2 een wijziging van ATAD1 inhoudt hetgeen heeft geleid tot een geïntegreerde richtlijntekst.

Eén van de onderdelen van ATAD behelst de verplichting voor lidstaten om wetgeving op te nemen betreffende zogenoemde gecontroleerde buitenlandse lichamen ofwel *controlled foreign companies* (hierna: 'CFC'). De regelgeving hieromtrent is opgenomen in art. 7 en 8 ATAD en vindt haar oorsprong in BEPS-Actiepunt 3.³¹ Van een CFC in de zin van art. 7 lid 1 ATAD is kortgezegd sprake indien belastingplichtige een controlerend belang houdt in een laag-belaste buitenlandse entiteit. CFC's kunnen in internationale belastingstructuren worden gebruikt om op kunstmatige wijze de belastinggrondslag in de vestigings- of bronstaat uit te hollen door winst te verschuiven naar een jurisdictie met een lage(re) effectieve belastingdruk, met ontwijking dan wel – tenminste – uitstel van belastingheffing als gevolg.³² Te dien einde wordt een entiteit in een laag-belastende jurisdictie opgericht en worden daarin internationaal mobiele vermogensbestanddelen ondergebracht. Op deze manier worden de daaruit voortvloeiende – met name passieve – inkomensstromen verplaatst uit de jurisdictie waar deze in werkelijkheid worden gegenereerd met als gevolg dat de belastinggrondslag aldaar wordt uitgehold. Gelet op het passieve karakter van de CFC zal deze in de regel in de laag-belastende jurisdictie echter geen of slechts een geringe economische activiteit verrichten

²⁷ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden, PB EU, L 193/1.

²⁸ Overweging 1 preambule ATAD1.

²⁹ Overweging 16 preambule ATAD1 respectievelijk art. 11 lid 1 ATAD1.

³⁰ Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen, PB EU, L 144/1. De regelgeving omtrent zogenoemde omgekeerde hybridemismatches behoeft pas per 31 december 2021 te zijn geïmplementeerd.

³¹ OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015.

³² Ibid., p. 9.

en zal de oprichting van de CFC louter zijn ingegeven door fiscale doeleinden in plaats van valide bedrijfseconomische redenen.³³

Ter bestrijding van het gebruik van CFC's zijn verschillende landen overgegaan tot het opnemen van maatregelen in hun nationale belastingwetgeving. CFC-regelgeving bestaat in verschillende vormen, maar elk van hen beoogt de controlerende aandeelhouder te belasten over de winst van de CFC onafhankelijk van het moment van winstuitkering. In ATAD is gekozen voor een CFC-maatregel op grond waarvan (bepaalde) niet-uitgekeerde inkomsten van als CFC aangemerkte vennootschappen en vaste inrichtingen fictief worden toegerekend aan de in de EU gevestigde moedermaatschappij. Vervolgens worden deze inkomsten bij de moedermaatschappij belast conform de wetgeving van de lidstaat waar zij fiscaal inwoner is.³⁴ Doel en strekking van de CFC-maatregel is om te voorkomen dat passieve entiteiten of activiteiten – op kunstmatige wijze – worden ondergebracht in landen waar deze laag-belast of zelfs onbelast zijn, met ontwijking of uitstel van belastingheffing als gevolg.³⁵

ATAD biedt lidstaten de mogelijkheid om te kiezen tussen twee verschillende benaderingen ter verwezenlijking van de CFC-maatregel.³⁶ Onder de eerste benadering, model A, worden specifieke categorieën niet-uitgekeerde inkomsten van de CFC in de heffingsgrondslag van belastingplichtige betrokken. Zoals blijkt uit de limitatieve opsomming van inkomsten die door deze maatregel worden bestreken, gaat het hier om passieve inkomsten zoals rente, royalty's en dividenden. Deze benadering wordt in de literatuur ook wel aangeduid als de entiteitsbenadering.³⁷ Model B bestrijkt daarentegen enkel de niet-uitgekeerde inkomsten van de CFC voor zover deze toerekenbaar zijn aan door belastingplichtige verrichte sleutelfuncties. Het gaat in dit verband om de sleutelfuncties die betrekking hebben op de voornoemde activa en risico's, zoals het exploiteren en het beheren daarvan, en die een essentiële rol vervullen bij het genereren van de inkomsten van de CFC. Model B wordt ook wel de transactiebenadering genoemd en lijkt nauw aan te sluiten bij de functieanalyse ten behoeve van verrekenprijsregelgeving.

1.1.3 Nederlandse implementatie CFC-regelgeving en dubbele belastingheffing

Op 10 juli 2017 is een conceptwetsvoorstel ter consultatie aangeboden met daarin een uitwerking van een CFC-maatregel gebaseerd op model A.³⁸ Aan de voorkeur voor model A ligt de motie-Groot ten grondslag met als voornaamste

³³ OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 11, par. 1.

³⁴ Overweging 12 preambule ATAD1.

³⁵ Hoewel dit niet uit zoveel woorden blijkt in de richtlijn, kan dit worden afgeleid uit art. 7 ATAD. Vgl. P. Kavelaars, 'Earningsstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen', TFO 2016/147.1, par. 3.3.

³⁶ Overweging 12 preambule ATAD1. De twee modellen zijn uitgewerkt in art. 7 lid 2 ATAD punt a respectievelijk punt b.

³⁷ H. Lohuis, M.H.C. Ruijschop, G.I. van Eijk en J.J.H. Reijnen, 'Internetconsultatie implementatie richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken (ATAD1)', NTFR 2017/1902.

³⁸ Consultatiedocument implementatie ATAD1, 10 juli 2017, www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1.

reden dat deze benadering geacht wordt zeer effectief te zijn ter bestrijding van grondslaguitholling en kunstmatige winstverplaatsing, terwijl model B niet veel toe zou voegen aan de bestaande transfer-pricingregels.³⁹ Het consultatiedocument bevat evenwel het verzoek aan belangstellenden om gemotiveerd aan te geven welk model de voorkeur geniet.

In verschillende reacties op het conceptwetsvoorstel wordt nadrukkelijk gewezen op het risico op dubbele belastingheffing bij keuze voor model A en de negatieve invloed daarvan op het Nederlandse vestigingsklimaat.⁴⁰ Deze dubbele belastingheffing vindt zijn oorsprong in het feit dat model A zowel op directe als indirecte belangen ziet, waardoor het in houdsterstructuren mogelijk is dat de CFC-regelgeving van verschillende lidstaten toepassing vindt op dezelfde voordelen van de CFC.⁴¹ ATAD voorziet echter op dit punt niet in voorkomingsvoorschriften.⁴² Onder model B doen voorgenoemde problemen zich evenwel niet voor aangezien slechts op één positie sleutelfuncties worden vervuld en de CFC-inkomsten derhalve in theorie slechts bij één vennootschap in aanmerking moeten worden genomen.⁴³ In de reacties op het conceptwetsvoorstel is voorts opgemerkt dat model A zou leiden tot een inbreuk op de kapitaalimportneutraliteit en bovendien als gevolg zou hebben dat winst juist belast is waar deze niet wordt gerealiseerd.⁴⁴ Aangenomen mag worden dat hiermee wordt gedoeld op het feit dat ingevolge model A bepaalde buitenlandse inkomsten fictief aan de Nederlandse belastinggrondslag worden toegerekend, zonder dat een verband vereist is tussen in Nederland uitgeoefende functies en de inkomsten in kwestie. Mede gelet op het voorgaande bevat een aantal reacties de aanbeveling aan de regering om alsnog model B als uitgangspunt te nemen voor de definitieve CFC-wetgeving.

Zoals blijkt uit de Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking heeft de wetgever uiteindelijk gekozen voor een combinatie van model A en model B.⁴⁵ Het kabinet is de mening toegedaan dat het Nederlandse *arm's length*-

³⁹ Kamerstukken II 2016/17, 34 552, nr. 56.

⁴⁰ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD1', V-N 2017/39.14, p. 10 en 11 en Reactie op internetconsultatie implementatie ATAD1: Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, 21 augustus 2017, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1/reactie/0bfa6dfe-4af3-46f2-bbb8-fa18a7f7ee6e>, p. 8.

⁴¹ Zie ook OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 29, par. 48.

⁴² In gelijke zin: Redactie Vakstudie Nieuws, 'Anti-Tax Avoidance Directive', V-N 2016/37.3, p. 32. Slechts voor enkele andere situaties bevat art. 8 lid 5 e.v. ATAD specifieke voorkomingsbepalingen.

⁴³ E. Swaving Dijkstra, 'Alles went, behalve een fictief dividend: de CFC-regeling uit de ATAD en de gevolgen voor art. 13a Wet Vpb 1969', WFR 2017/117, p. 738, par. 3.

⁴⁴ Reactie op internetconsultatie implementatie ATAD1: Register Belastingadviseurs, 27 augustus 2017, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1/reactie/93b98415-66f8-4c56-8565-0ed087522a9d>, p. 7 en reactie op internetconsultatie implementatie ATAD1: Tax Committee American Chamber of Commerce, 8 september 2017, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1/reactie/cb10a69d-598a-4245-8e47-f9d600e29818>, p. 8.

⁴⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 2.

beginsel reeds een voldoende implementatie vormt van model B en dat het inkomen van de CFC derhalve al aan de Nederlandse controlerende aandeelhouder wordt toegerekend indien laatstgenoemde de daarmee samenhangende *significant people functions* uitvoert.⁴⁶ Desalniettemin is een aanvullende, op model A gebaseerde CFC-maatregel opgenomen in het wetsvoorstel specifiek gericht op CFC's in jurisdicties die een statutair belastingtarief van 9% hanteren dan wel op de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden staan.⁴⁷ Het kabinet gaat daarmee naar eigen zeggen verder dan strikt noodzakelijk teneinde te bewerkstelligen dat dergelijke belastingontwijkingsstructuren zich via Nederland niet meer voordoen.⁴⁸ Deze voorgestane prohibitieve werking heeft tevens haar weerslag gevonden in het ontbreken van een aanvullende regeling ter voorkoming van dubbele belasting naast de voorkomingsregelgeving van art. 8 ATAD. Meer in het bijzonder is expliciet opgemerkt dat om die reden niet wordt voorzien in voorkoming van dubbele belastingheffing die zich voordoet door samenloop van CFC-maatregelen in verschillende lidstaten.⁴⁹ Aan de geuite zorg betreffende het risico op cumulatie van belastingheffing onder model A is derhalve geen gehoor gegeven.

1.2 Probleemstelling en deelvragen

Gelet op de discussie omtrent de mogelijke cumulatie van belastingheffing onder model A en de gevolgen daarvan voor het Nederlandse vestigingsklimaat, is een adequate vormgeving van de voorkomingsmethodiek noodzakelijk. Gezien het feit dat ATAD dienaangaande geen nadere voorschriften bevat, is elke lidstaat namelijk bevoegd en gehouden tot het zelf vaststellen hiervan.⁵⁰ Het is daarom wenselijk om te onderzoeken of de CFC-maatregel en de daaraan verwante voorkomingsregelgeving op behoorlijke wijze worden geïmplementeerd in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: 'Wet Vpb 1969'). Dit heeft geleid tot de volgende probleemstelling:

Wordt dubbele belastingheffing als gevolg van de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 op adequate wijze voorkomen of is aanpassing van de regelgeving hieromtrent noodzakelijk?

Onder dubbele belastingheffing wordt in dit verband mede verstaan meervoudige belastingheffing, hetgeen inhoudt dat meer dan tweemaal belasting wordt geheven ten aanzien van een bepaald object. De probleemstelling zal aan de hand van de volgende deelvragen worden beantwoord:

- *Wat is de noodzaak voor invoering van CFC-maatregelen en op welke wijze kunnen deze worden vormgegeven (hoofdstuk 2)?*

⁴⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 11, par. 2.1.

⁴⁷ In het oorspronkelijke wetsvoorstel gold een tarief van 7%. Dit is echter naar aanleiding van een amendement aangepast naar 9% (Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 10).

⁴⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 11, par. 2.2.1.

⁴⁹ Ibid., p. 14, par. 2.1.2.4.

⁵⁰ Deze verplichting volgt uit overweging 5 preambule ATAD1.

- *Hoe is de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 vormgegeven en welke tekortkomingen kunnen daarbij worden onderkend (hoofdstuk 3)?*
- *Hoe wordt dubbele belastingheffing als gevolg van toepassing van de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 voorkomen (hoofdstuk 4)?*
- *Voldoet de methodiek ter voorkoming van dubbele belastingheffing van de CFC-maatregel aan de in het toetsingskader vermelde toetsingscriteria (hoofdstuk 5)?*
- *Welke alternatieven ter voorkoming van dubbele belastingheffing bestaan er en sluiten deze beter aan bij de in het toetsingskader vermelde toetsingscriteria (hoofdstuk 6)?*

1.3 Toetsingskader

Om te bepalen of de voorkomingsmethodiek op adequate wijze is vormgegeven, zijn vijf toetsingscriteria opgesteld:

- Doeltreffendheid;
- Doelmatigheid;
- Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid;
- Europeesrechtelijke verenigbaarheid; en
- Internationaalrechtelijke verenigbaarheid.

Allereerst zal zowel de doeltreffendheid als de doelmatigheid van de voorkomingsmethodiek nader worden gezien. Deze criteria zijn ontleend aan de Nota Zicht op Wetgeving en worden beschouwd als essentiële kwaliteitseisen voor een behoorlijke wetgeving.⁵¹ Een wettelijke bepaling is doeltreffend indien deze in belangrijke mate leidt tot verwezenlijking van de beoogde doelstelling van de wetgever. Het doelmatigheidscriterium vereist dat de werking van de wet niet mag leiden tot een te ongunstige verhouding tussen baten en lasten voor de samenleving of overheid.

Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is het voorts van groot belang dat wetten eenvoudig, duidelijk en toegankelijk zijn.⁵² De bedoeling van de wetgever moet namelijk helder zijn voor belastingplichtige enerzijds en bestuur en rechter anderzijds, zodat hen voor ogen staat wat zij mogen of moeten doen of nalaten. Het spreekt voor zich dat het vestigingsklimaat hiermee is gediend.

Daarnaast dient nationale wetgeving verenigbaar te zijn met Europese regelgeving. In het verleden is reeds door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (hierna: 'HvJ EG') geoordeeld dat CFC-wetgeving onder omstandigheden in strijd kan zijn met de vrijheid van vestiging.⁵³ Derhalve dient te worden onderzocht of de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel mogelijksterwijs onverenigbaar is met enige regel van EU-recht.⁵⁴

⁵¹ Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 25, par. 2.2.3.

⁵² Ibid., p. 30, par. 2.2.7.

⁵³ HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), BNB 2007/54. De regelgeving inzake de vrijheid van vestiging is opgenomen in art. 43 EG (thans in art. 49 VwEU).

⁵⁴ Overigens is de term Europeesrechtelijke verenigbaarheid in dit opzicht onzuiver, omdat het strikt genomen gaat om het recht van de EU.

Tenslotte is vereist dat de nationale wet niet in strijd komt met enige andere regel van internationaal belastingrecht. Met name door Nederland gesloten verdragen ter voorkoming van dubbele belasting zijn in dit kader relevant. Op grond van art. 26 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht mag de goede verdragstrouw jegens verdragspartners namelijk niet geschonden worden. Hiervan is mogelijk sprake ingeval Nederland met de CFC-maatregel posterieur heffingsbevoegdheid naar zich toe trekt.

1.4 Afbakening

Zoals reeds aan bod is gekomen in paragraaf 1.1, is het vanuit economisch perspectief mogelijk efficiënter om de vennootschapsbelasting af te schaffen en te vervangen door andere, minder verstorende belastingen. Daarmee zou het treffen van maatregelen gericht op het wegnemen van de verstoringen binnen de vennootschapsbelasting zinledig zijn. In dit onderzoek wordt deze economische theorie niet nader onderzocht als alternatief ter bestrijding van belastingontwijking vanwege het feit dat wereldwijde afschaffing van vennootschapsbelastingstelsels (op korte termijn) niet voor de hand ligt. In plaats daarvan wordt het bestaan van vennootschapsbelastingstelsels als een gegeven beschouwd en staat de aanpak van belastingontwijking daarbinnen centraal. Meer in het bijzonder is dit onderzoek gericht op de CFC-regelgeving in de Wet Vpb 1969. Omdat deze maatregel deel uitmaakt van de implementatie van ATAD in de Nederlandse wetgeving, zullen de relevante aspecten van deze richtlijn tevens worden belicht. Daarbij zal – voor zover mogelijk – BEPS-Actiepunt 3 slechts op hoofdlijnen worden besproken. Het onderzoek naar de verenigbaarheid met het EU-recht wordt beperkt tot toetsing aan de verdragsvrijheden en richtlijnen. Tot slot is het onderzoek naar de verenigbaarheid met internationaalrechtelijke regelgeving toegespitst op belastingverdragen.

1.5 Opzet

In dit onderzoek staat de implementatie van de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 alsmede de voorkoming van daarmee verband houdende dubbele belastingheffing centraal. In hoofdstuk twee wordt het probleem van het gebruik van CFC's uiteengezet alsmede de verschillende wijzen waarop dienaangaande kan worden ingegrepen. Vervolgens wordt in het derde hoofdstuk eerst de relevante achtergrond van de CFC-regelgeving in de Wet Vpb 1969 besproken en komt daarna aan bod hoe Nederland invulling geeft aan de richtlijnverplichtingen tot invoering van een CFC-maatregel. Bijzondere aandacht wordt besteed aan eventuele tekortkomingen van de Nederlandse maatregel, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen algemene tekortkomingen en tekortkomingen ten opzichte van ATAD.⁵⁵ In hoofdstuk vier wordt uiteengezet op welke manier dubbele belastingheffing ten gevolge van de CFC-maatregel wordt vermeden, alvorens deze voorkomingsregels in hoofdstuk

⁵⁵ Onder een algemene tekortkoming wordt in dit onderzoek verstaan een onvolkomenheid of onduidelijkheid in de Nederlandse CFC-maatregel die potentieel afbreuk doet aan zijn effectiviteit. Met een tekortkoming ten opzichte van ATAD wordt bedoeld op afwijkingen in de Nederlandse CFC-maatregel van hetgeen in ATAD is voorgeschreven.

vijf worden getoetst aan de toetsingscriteria. In het daaropvolgende hoofdstuk wordt onderzocht of alternatieve voorkomingsregelingen beschikbaar zijn die beter recht doen aan de uitgangspunten van het toetsingskader.⁵⁶ Het slotstuk van dit onderzoek wordt gevormd door een antwoord op de probleemstelling enerzijds en de daaruit voortvloeiende aanbevelingen anderzijds.

⁵⁶ In eerste instantie is overwogen om hier een rechtsvergelijking aan toe te voegen met betrekking tot de implementatie van regelgeving ter voorkoming van dubbele belasting als gevolg van CFC-regelgeving door andere EU-lidstaten. Gebleken is echter dat op het moment van schrijven niet genoeg informatie beschikbaar is om deze rechtsvergelijking uit te voeren.

2. Achtergrond CFC-maatregelen

2.1 Inleiding

Door de toenemende globalisering van de economie en de integratie van nationale markten is het sinds een aantal decennia steeds gemakkelijker geworden voor bedrijven om grensoverschrijdende activiteiten te ontplooiën. In het streven naar winstmaximalisatie⁵⁷ is het daarbij inmiddels bijna gangbaar om deze internationale werkzaamheden juridisch zodanig vorm te geven dat de belastingdruk wordt geminimaliseerd. Eén van de instrumenten om de verschuldigde belasting te verminderen is het gebruik van CFC-structuren. Deze worden opgezet om winst te verschuiven naar laag-belastende jurisdicties en op die manier belasting te ontwijken. In dit hoofdstuk wordt de achtergrond van CFC-regelgeving onderzocht teneinde een antwoord te geven op de deelvraag: *Wat is de noodzaak voor invoering van CFC-maatregelen en op welke wijze kunnen deze worden vormgegeven?* Daartoe wordt allereerst in meer algemene zin ingegaan op het begrip belastingontwijking en het onderscheid met belastingontduiking en agressieve *tax planning*. Vervolgens wordt de kern van het probleem omtrent CFC's besproken. Daarbij wordt uiteengezet welke gemeenschappelijke kenmerken van belastingstelsels de mogelijkheid hebben gecreëerd tot het gebruik van CFC's. Tenslotte passeren de doelstellingen alsmede de verschillende vormen van CFC-maatregelen de revue.

2.2 Belastingontduiking, belastingontwijking en agressieve tax planning

Hoewel belastingontduiking en belastingontwijking in zowel media als politiek regelmatig onder dezelfde noemer worden geschaard, kunnen deze begrippen niet met elkaar worden vereenzelvigd. Om te bepalen op welke wijze het gebruik van CFC's dient te worden bestreden, is het dienstig om een duidelijk onderscheid aan te brengen tussen de termen belastingontduiking en belastingontwijking alsmede een definitie te formuleren van agressieve *tax planning*.

Belastingontduiking of belastingfraude kan worden gedefinieerd als het moedwillig verschaffen van onjuiste informatie of achterhouden van juiste informatie om onder de wettelijke verplichting tot het betalen van belasting uit te komen.⁵⁸ Te denken valt aan het verzwijgen van een deel van het inkomen of het opzettelijk ten onrechte claimen van een aftrekpost. Van belang is om op te merken dat per definitie in strijd met de wet wordt gehandeld en dat belastingfraude wettelijk strafbaar is.⁵⁹ Ter bestrijding van dit soort praktijken is derhalve een belangrijke rol weggelegd voor een adequate (kans op) controle alsmede de mogelijkheid tot het opleggen van een boete of straf met een

⁵⁷ Onder winst wordt in dit verband verstaan: winst na belasting.

⁵⁸ F. Cachia, 'Aggressive Tax Planning: An Analysis from an EU Perspective', EC Tax Review 2017-5, p. 258, par. 2.

⁵⁹ Zie art. 69 AWR. Belastingfraude valt onder de definitie van strafbaar feit zoals bedoeld in art.

51 Wetboek van Strafrecht.

voldoende afschrikwekkende werking.⁶⁰ Mijns inziens is reputatieschade als gevolg van belastingfraude voor multinationale ondernemingen in dit kader tevens een belangrijke factor (*naming and shaming*).

Onder belastingontwijking wordt verstaan het verminderen van de verschuldigde belasting waarbij belastingplichtige handelt naar de letter van de wet. In tegenstelling tot hetgeen het geval is bij belastingontduiking, is dus in beginsel geen sprake van een illegale rechtshandeling. Het is in voorkomende gevallen van ontwijkingsconstructies echter de vraag of de juridische vormgeving strookt met de economische realiteit.⁶¹ Hoe groter de afwijking hiertussen is, hoe kunstmatiger de constructie kan worden geacht. De economische realiteit kan mijns inziens worden gedefinieerd als de bedrijfsvoering binnen de groep die is ingegeven door valide bedrijfseconomische redenen en aansluit bij daadwerkelijke economische aanwezigheid, dat wil zeggen waar de onderneming, de activa en het personeel van de groep zich bevinden.

In Nederland is door de Hoge Raad (hierna: 'HR') aanvaard dat belastingplichtigen binnen de grenzen van de wet in principe de fiscaal voordeligste weg mogen kiezen.⁶² Deze vrijheid vindt echter haar grens waar activiteiten of transacties zodanig worden gestructureerd dat sprake is van wetsontduiking oftewel *fraus legis*. Dat is kortgezegd het geval indien met de constructie belastingverijdeling wordt beoogd (motiefvereiste) en strijdigheid ontstaat met doel en strekking van de wet (normvereiste). Derhalve komen bepaalde, gekunstelde vormen van belastingontwijking op grond van een teleologische wetsuitleg mogelijk alsnog in strijd met de (geest van de) wet.

Het onderscheid tussen belastingontwijking en agressieve *tax planning* is minder eenvoudig te duiden. Naar mijn mening is dat het geval omdat deze begrippen elkaar gedeeltelijk overlappen. Agressieve *tax planning* kan worden beschreven als het inspelen op weeffouten van een belastingstelsel dan wel *mismatches* tussen twee of meer belastingstelsels met als doel om de verschuldigde belasting te verminderen.⁶³ Deze definitie ziet derhalve niet enkel op ontwijkingsstructuren maar ook op het bereiken van een lage belastingdruk door belastingarbitrage zonder dat per definitie sprake is van misbruik.⁶⁴ Mijns inziens impliceert het voorgaande dat agressieve *tax planning* kan worden gezien als een species van het begrip belastingontwijking, waarbij het verminderen van de belastingdruk expliciet wordt opgezocht door in te spelen op onvolkomenheden in het (internationale) belastingrecht. Deze vorm van

⁶⁰ Zoals theoretisch onderbouwd in het Allingham-Sandmo model, gebaseerd op M.G. Allingham en A. Sandmo, 'Income tax evasion: A theoretical analysis', *Journal of Public Economics* (1) 1972, 323-338.

⁶¹ J. Kruithof, 'Strategieën tegen belastingontwijking van multinationals', *WFR* 2013/1418, par. 2.

⁶² Zie in dit verband bijvoorbeeld HR 19 januari 1994, nr. 28 646, *BNB* 1994/87, r.o. 3.5.

⁶³ Commissie Economische en Monetaire Zaken (ECON) van het Europees Parlement, *Rapport inzake Strijd tegen belastingfraude, belastingontwijking en belastingparadijzen*, (2013/2060(INI)), 2 mei 2013, p.4.

⁶⁴ A. Cordewener, 'Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards under Treaty Freedoms and EU Directives?', *EC Tax Review* 2017-2, p. 61, par. 2.

belastingontwijking is zodanig artificieel dat de economische realiteit kan worden geacht uit het oog te zijn verloren. Kunstmatige winstverschuiving naar een laag-belastende jurisdictie door gebruik van CFC-constructies kan mijns inziens worden aangemerkt als een vorm van agressieve *tax planning*.

Agressieve *tax planning* door multinationale ondernemingen wordt in het huidige tijdsgewricht steeds meer als maatschappelijk onwenselijk beschouwd. Het breed gedragen standpunt in dezen is namelijk dat elk bedrijf zijn *fair share* aan belastingen dient te betalen alwaar waarde wordt gecreëerd. Dit heeft ertoe geleid dat in ATAD zowel generieke als specifieke antimisbruikmaatregelen zijn opgenomen teneinde bepaalde vormen van agressieve *tax planning* op gecoördineerde wijze te verhinderen.⁶⁵

2.3 Problematiek CFC's

2.3.1 Algemeen

CFC's kunnen door groepen worden gebruikt om op kunstmatige wijze winsten te verschuiven naar laag-belastende jurisdicties.⁶⁶ Te dien einde wordt ter plaatse een dochtermaatschappij opgericht waarin de groep een controlerend belang houdt (de CFC). Aan deze CFC worden vervolgens gemakkelijk verplaatsbare vermogensbestanddelen – zoals financiële of immateriële activa – overgedragen waarmee passief inkomen (rente, royalty's et cetera) wordt gegenereerd.⁶⁷ Deze overdracht kan op verschillende manieren worden vormgegeven, zoals door middel van een verkoop of storting, en moet plaatsvinden tegen de waarde in het economisch verkeer.⁶⁸ De waardeverhoging van de vermogensbestanddelen is na overdracht in de laag-belastende jurisdictie in de regel niet of nauwelijks belast. Met de overdracht van voornoemde vermogensbestanddelen worden bovendien de daarmee samenhangende inkomensstromen verlegd. Enerzijds leiden de betalingen uit hoofde van het gebruik van deze vermogensbestanddelen tot een aftrekpost bij de betalende groepsmaatschappij tegen een – in de regel – hoog tarief, terwijl de daarmee corresponderende opbrengst bij de CFC niet of nauwelijks belast is. Deze grondslaguitholling brengt met zich dat de jurisdictie waarin de betalende maatschappij is gevestigd belastinginkomsten misloopt en wordt belemmerd in de uitoefening van haar fiscale soevereiniteit. Dientengevolge zal deze jurisdictie

⁶⁵ Gelet op het feit dat het gebruik van CFC's onder zowel de categorie belastingontwijking als agressieve *tax planning* kan worden geschaard, wordt hierna enkel de meer generieke term belastingontwijking gehanteerd.

⁶⁶ B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012, p. 546-547, par. 20.5.

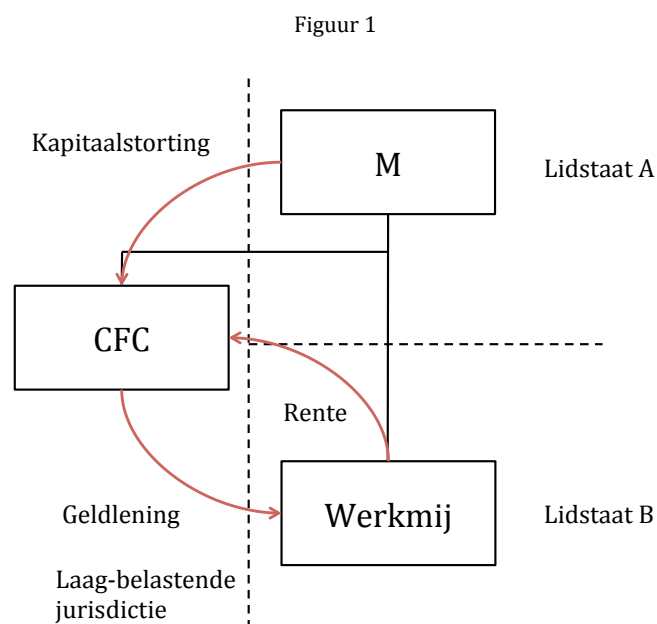
⁶⁷ Actief inkomen is in de regel minder mobiel. Verschuiving daarvan vereist immers tevens verplaatsing van personeel, uitrusting en werkruimte. Dit ligt uiteraard minder voor de hand, gegeven het doel van (belasting)kostenbesparing.

⁶⁸ Een correcte totaalwinstbepaling brengt met zich dat de overdracht geschiedt tegen de waarde in het economisch verkeer (art. 3.8 Wet IB 2001). Ingeval het vermogensbestanddeel wordt overgedragen tegen een (lagere) waarde die niet *at arm's length* is, vindt een verrekenprijscorrectie plaats. Afgevraagd kan worden of dit in de praktijk altijd gebeurt. In ieder geval heeft belastingplichtige in dit verband een sterke prikkel om de verrekenprijs zo laag mogelijk vast te stellen – mogelijk onderbouwd met documentatie – hetgeen niet altijd effectief door de Belastingdienst zal (kunnen) worden bestreden.

mogelijk zelfs genoodzaakt zijn belastingen te verhogen op minder mobiel inkomen of de overheidsuitgaven te verminderen.⁶⁹

Gelet op het feit dat voornamelijk passief inkomen en geen operationele activiteiten worden ondergebracht in de CFC, beschikt deze in de regel ter plekke over (nagenoeg) geen reële economische aanwezigheid. Derhalve kan een CFC-constructie vaak als kunstmatig worden beschouwd: meestal vervult de CFC geen enkele economische functie en is deze enkel opgericht met als doel belastingontwijking.

Belastingontwijking door het gebruik van CFC's kan worden geïllustreerd met het volgende, gestileerd weergegeven voorbeeld, zoals schematisch afgebeeld in figuur 1:⁷⁰



Een in EU-lidstaat A gevestigde moedermaatschappij wenst een omvangrijke financiering te verstrekken aan haar in EU-lidstaat B gevestigde winstgevende werkmaatschappij. In plaats van een rechtstreekse verschaffing van eigen dan wel vreemd vermogen aan de werkmaatschappij wordt een CFC in een laag-belastende jurisdictie opgericht. Gefinancierd met een kapitaalstorting van de moedermaatschappij verschaft de CFC vreemd vermogen aan de werkmaatschappij, hetgeen bij laatstgenoemde entiteit in een aftrekbare rentelast resulteert.⁷¹ De corresponderende rentebaten zijn daarentegen bij de CFC niet dan wel zeer beperkt belast. Verondersteld wordt bovendien dat de lidstaat B geen bronheffing ter zake van rentebetalingen kent. Bij afwezigheid

⁶⁹ A. Rust, 'CFC Legislation and EC Law', Intertax 2008, Volume 36, Issue 11, p. 493, par. 2.

⁷⁰ Dit voorbeeld betreft een vereenvoudigde vorm van een modelstructuur beschreven in F. Cachia, t.a.p., p. 260, par. 3.2.1.

⁷¹ De CFC draagt in de praktijk in principe niet het risico ter zake van de financiering (bijvoorbeeld van insolventie van de debiteur). Ingeval verrekenprijsregelgeving van toepassing is, zal daarom conform het *arm's length*-beginsel een risicovrije rente in rekening worden gebracht.

van antimisbruikmaatregelen⁷² wordt aldus per saldo een aftrekbare rentelast gecreëerd met als gevolg dat de winst en daarmee de verschuldigde vennootschapsbelasting in lidstaat B wordt verminderd. Bovendien vindt geen heffing plaats bij de moedermaatschappij zolang een winstuitkering door de CFC achterwege blijft. Pas bij daadwerkelijke uitkering van dividenden door de CFC zal belastingheffing plaatsvinden op niveau van de moedermaatschappij, mits bij haar geen vrijstelling ter zake van de dividenden toepassing vindt.⁷³ Het voorgaande geldt eveneens indien de moedermaatschappij geen kapitaal maar bijvoorbeeld intellectueel eigendom verkoopt aan of stort in de CFC, die vervolgens een gebruikslicentie uitgeeft aan de operationele dochtermaatschappij ter zake waarvan royalty's verschuldigd zijn.⁷⁴ Hoewel de tot uitdrukking komende verkoopwinst ter zake van het intellectueel eigendom bij de moedermaatschappij wordt belast, zijn de royaltybetalingen alsmede waardeinstijgingen van het intellectueel eigendom na overdracht laag-belast of onbelast in de CFC-staat.

Bij afwezigheid van CFC-regelgeving kan een groep dus gemakkelijk de belastingdruk verminderen door vermogensbestanddelen over te brengen naar een laag-belastende jurisdictie. Zolang het inkomen door de CFC niet wordt uitgedeeld zal dit onbelast blijven op aandeelhoudersniveau en laag-belast of onbelast op CFC-niveau. Het gevolg is dat de winst na belasting van een investering in de CFC wordt verhoogd, waarbij het resultaat exponentieel is: hoe langer de uiteindelijke aandeelhouder het inkomen van de CFC herinvesteert zonder dit uit te keren, hoe hoger het uiteindelijke rendement is op de investering.⁷⁵

Om belastingontwijking door middel van CFC's op adequate wijze te bestrijden, is het noodzakelijk om eerst het onderliggende probleem te identificeren. In de hiernavolgende paragrafen worden drie kenmerken van belastingstelsels beschreven die tezamen het gebruik van CFC's mogelijk maken.

2.3.2 De fictie van rechtspersoonlijkheid

De eerste component van het onderliggende probleem van CFC's kan worden gevonden in het vennootschapsrecht: het betreft de wettelijke fictie dat juridische entiteiten als afzonderlijke en onafhankelijke (rechts)personen worden erkend.⁷⁶ Dit wordt ook wel de *corporate veil* genoemd en heeft onder meer tot gevolg dat rechtspersonen zelfstandig rechtshandelingen kunnen

⁷² Zoals CFC-regelgeving, maar ook denkbaar is een (specifieke) renteaftrekbeperking zoals art. 10a Wet Vpb 1969.

⁷³ Dergelijke dividenden zullen in Nederland in de regel uitgezonderd zijn van de deelnemingsvrijstelling op grond van art. 13 lid 9 e.v. Wet Vpb 1969, met als gevolg dat de deelnemingsverrekening van toepassing zal zijn.

⁷⁴ Hierbij dient te worden opgemerkt dat de verkoop van het intellectueel eigendom tegen een prijs dient te geschieden die in overeenstemming is met het *at arm's length*-principe. Indien dat niet het geval is, moet een verrekenprijscorrectie plaatsvinden in lidstaat A.

⁷⁵ A. Rust, t.a.p., p. 492, par. 2.

⁷⁶ D.W. Blum, 'Controlled Foreign Companies: Selected Policy Issues – or the Missing Elements of BEPS Action 3 and the Anti-Tax Avoidance Directive', Intertax 2018, Volume 46, Issue 4., p. 298-299, par. 3.1.

aangaan en juridisch onafhankelijk zijn van hun aandeelhouders. Fiscaalrechtelijk wordt hierbij over het algemeen aangesloten waardoor rechtspersonen als afzonderlijke belastingplichtigen worden beschouwd. Dit principe impliceert niet alleen dat elke entiteit in beginsel is onderworpen aan de regels van het in haar jurisdictie van vestiging geldende belastingstelsel, maar bovendien dat transacties tussen entiteiten binnen de groep worden erkend en dat aldus inkomen aan elk van hen kan worden toegerekend.

De erkenning van rechtspersoonlijkheid van entiteiten leidt ertoe dat groepen over de mogelijkheid beschikken om relatief eenvoudig verbonden lichamen te creëren in het buitenland terwijl deze geheel of gedeeltelijk worden opgezet voor belastingredenen in plaats van valide bedrijfseconomische redenen.⁷⁷ Voor het oprichten van een entiteit is namelijk niet vereist dat deze ook daadwerkelijk ter plaatse economische activiteiten zal verrichten. Daar een dergelijk lichaam in principe binnenlands belastingplichtig is in de jurisdictie waar het gevestigd is, verkeert een groep in de positie om inkomen min of meer vrijelijk te alloceren aan de jurisdictie waar de effectieve belastingdruk het laagst is.⁷⁸ In dit verband wordt ook wel gesproken van belastingarbitrage.

2.3.3 Fiscale vestigingsplaats

De tweede component die ten grondslag ligt aan het gebruik van CFC's betreft de wijze waarop de fiscale vestigingsplaats van een entiteit wordt bepaald.⁷⁹ Deze is van belang omdat de meeste jurisdicties een *residence-based* belastingstelsel kennen: binnenlands belastingplichtigen worden belast over hun wereldinkomen en buitenlands belastingplichtigen voor hun broninkomen.⁸⁰ De vaststelling van de fiscale vestigingsplaats is in beginsel een nationaalrechtelijke aangelegenheid en jurisdicties zijn dan ook vrij in het bepalen van aangrijpingspunten voor belastingheffing. Enkele van de meest gangbare aangrijpingspunten zijn de plaats van de statutaire zetel, de plaats van feitelijke leiding of de plaats van oprichting of registratie.⁸¹

Ter vaststelling van de statutaire zetel kan in dit verband onderscheid worden gemaakt tussen de incorporatieleer en werkelijke zetelleer. Onder de incorporatieleer wordt de statutaire vestigingsplaats van een entiteit vastgesteld alwaar deze is geïncorporeerd of formeel is ingeschreven.⁸² Op grond van de werkelijke zetelleer wordt de statutaire vestigingsplaats daarentegen vastgesteld op basis van feiten en omstandigheden. Deze benadering is gestoeld

⁷⁷ OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 11, par. 1.

⁷⁸ In gelijke zin: D.W. Blum, t.a.p., p. 299, par. 3.1.

⁷⁹ In gelijke zin: M.A. Kane, 'The Role of Controlled Foreign Company Legislation in the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project', *Bulletin for International Taxation* June/July 2014, p. 323, par. 3.

⁸⁰ A. Tokola, 'The Implementation of the Controlled Foreign Company Rules in the EU Anti-Tax Avoidance Directive in Finland, Luxembourg and the Netherlands – The Effects on the Holding Company Structures of Finnish Groups', *Bulletin for International Taxation* March 2018, p. 173, par. 2.2.

⁸¹ Zie onder meer par. 21 van het commentaar op art. 4 van het OESO-modelverdrag.

⁸² A. Tokola, t.a.p., p. 174, par. 2.2.

op de aanname dat de zetel is gelegen in de staat waarmee de economische band het sterkst is. Aangenomen mag worden dat het hierbij met name gaat om de plaats van feitelijke leiding. Ingeval voor belastingdoeleinden wordt aangesloten bij de statutaire zetel, wordt de fiscale vestigingsplaats dienovereenkomstig vastgesteld.

Naast de statutaire zetel is de plaats van feitelijke leiding een gangbaar aangrijpingspunt dat door jurisdicties wordt gehanteerd ter vaststelling van de fiscale vestigingsplaats. Zo wordt in Nederland de vestigingsplaats van een lichaam op grond van art. 4 lid 1 Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: 'AWR') naar omstandigheden beoordeeld, waarbij blijkens jurisprudentie doorslaggevende betekenis toekomt aan de plaats van feitelijke leiding.⁸³ Met name de plaats van het dagelijks bestuur is in dit verband doorslaggevend. Voor vennootschappen zonder ondernemingsactiviteiten (zoals houdster- en doorstroomvennootschappen) komt dit neer op de plaats waar de bestuursbesluiten worden genomen en de aandeelhoudersvergaderingen plaats vinden.⁸⁴ Eveneens denkbaar is dat waarde wordt toegekend aan de woonplaats van de directeuren of de locatie van de activa van de onderneming.⁸⁵

Tenslotte is in verschillende jurisdicties een rol weggelegd voor de plaats van oprichting of registratie. Zo is in art. 2 lid 4 Wet Vpb 1969 een vestigingsplaatsfictie opgenomen op grond waarvan naar Nederlands recht opgerichte lichamen geacht worden in Nederland te zijn gevestigd.⁸⁶

De kern van het probleem kan worden gevonden in het feit dat de fiscale vestigingsplaats en daarmee de (binnenlandse) belastingplicht van een lichaam makkelijk te manipuleren is.⁸⁷ Zelfs bij afwezigheid van een vestigingsplaatsfictie kunnen groepen mijns inziens betrekkelijk eenvoudig voldoen aan de ter plaatse geldende criteria ter vaststelling van de binnenlandse belastingplicht van de op te richten CFC. Afgevraagd kan echter worden of de fiscale vestigingsplaats van de CFC niet zou moeten liggen in het vestigingsland van de moedermaatschappij, gelet op de controle en supervisie die laatstgenoemde over de CFC uitoefent.⁸⁸ Aannemelijk is dat de fiscus in de praktijk dan ook in voorkomende gevallen vestigingsplaatsonderzoeken verricht om te bepalen of de feitelijke leiding van de CFC op grond van feiten en omstandigheden effectief vanuit de aandeelhoudersjurisdictie plaatsvindt.⁸⁹

⁸³ HR 11 maart 1926, B. 3788 en HR 23 september 1993, nr. 27 293, BNB 1993/193.

⁸⁴ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 22, par. 1.4.3.

⁸⁵ G. Maisto, 'Controlled Foreign Company Legislation, Corporate Residence and Anti-Hybrid Arrangement Rules', *Bulletin for International Taxation* June/July 2014, p. 327, par. 1.

⁸⁶ Zelfs bij grensoverschrijdende omzetting in een andere rechtsvorm lijkt het erop dat deze vestigingsplaatsfictie van toepassing blijft op een oorspronkelijk naar Nederlands recht opgericht lichaam. Zie in dit verband J.J. van den Broek, 'Grensoverschrijdende omzettingen van vennootschappen', *WFR* 2018/114, p. 781, par. 4.3.4.

⁸⁷ D.W. Blum, t.a.p., p. 299, par. 3.1.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Dit gebeurt onder meer in Nederland. Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 12, par. 2.1.2.

Hoewel het aannemelijk is dat de meeste jurisdicties onderling gelijksoortige aangrijpingspunten hanteren,⁹⁰ is het nog maar de vraag of deze op vergelijkbare wijze worden ingevuld. Zo wordt de plaats van feitelijke leiding naar omstandigheden bepaald hetgeen ertoe leidt dat de doorslaggevende factoren variëren tussen staten. Harmonisatie van criteria omtrent de nationaalrechtelijke vaststelling van de fiscale vestigingsplaats, waarbij een CFC bij gebrek aan *substance* geacht zou kunnen worden te zijn gevestigd in de staat van de controlerende aandeelhouder, zou de noodzaak van CFC-regelgeving uiteraard beperken. Alsdan wordt namelijk het probleem zelf in plaats van de symptomen ervan bestreden.⁹¹ Dit ligt echter niet voor de hand. De nationale regelgeving hieromtrent raakt namelijk aan het basisrecht voor een jurisdictie om belasting te heffen.⁹² Vooralsnog lijken staten hun soevereiniteit dienaangaande niet op te willen geven.

2.3.4 Tweetrapssystematiek belastingstelsels

De derde en laatste component van het onderliggende probleem van CFC's is de tweetrapssystematiek die wordt gehanteerd in zowel klassieke als in veel geïntegreerde belastingstelsels. Dit houdt in dat de dochtermaatschappij als zelfstandig belastingplichtige over haar winst wordt belast (eerste trap) en haar aandeelhouder ter zake pas wordt belast op het moment van uitkering (tweede trap).⁹³ In geïntegreerde stelsels wordt vervolgens ter vermindering van de dubbele belastingdruk een tegemoetkoming geboden aan de aandeelhouder: vaak wordt voorzien in een vrijstelling, verrekening van de onderliggende vennootschapsbelasting of vermindering van de inkomstenbelasting.⁹⁴ In klassieke stelsels daarentegen wordt zowel de vennootschapsbelasting als de inkomstenbelasting volledig afzonderlijk van elkaar geheven.

De tweetrapssystematiek heeft tot gevolg dat op aandeelhoudersniveau pas wordt geheven over de winst van de dochtermaatschappij op het moment dat deze wordt uitgekeerd. Indien de aandeelhouder ter zake van de winstuitdeling van de CFC geen voorkoming, dan wel voorkoming in de vorm van belastingverrekening wordt geboden, ligt het derhalve voor de hand dat deze winstuitdeling (langdurig) wordt uitgesteld. Het gevolg is dat het CFC-inkomen in de tussentijd laag-belast of onbelast blijft.

2.4 Context en doelstellingen van CFC-maatregelen

2.4.1 Inleiding

CFC-regelgeving kan in algemene zin worden beschreven als een instrument om de belastinggrondslag van een jurisdictie te beschermen.⁹⁵ Niet alleen wordt de belastinggrondslag verbreed ingeval een CFC-maatregel toepassing vindt, maar ook het aan de maatregel inherente afschrikwekkende effect ontmoedigt reeds op voorhand winstverschuiving naar laag-belastende jurisdicties. De primaire

⁹⁰ Vgl. G. Maisto, t.a.p., p. 327, par. 1.

⁹¹ D.W. Blum, t.a.p., p. 300, par. 3.2.2.

⁹² A. Tokola, t.a.p., p. 173, par. 2.2.

⁹³ D.W. Blum, t.a.p., p. 299, par. 3.1.

⁹⁴ J.A.G. van der Geld, t.a.p., p. 9, par. 2.1.3.

⁹⁵ Zie par. 23 van het commentaar op art. 1 van het OESO-modelverdrag.

rol van CFC-regelgeving binnen een belastingstelsel is echter afhankelijk van de kenmerken van dat stelsel alsmede de beginselen die daaraan ten grondslag liggen. Zo is voor de Verenigde Staten de *Subpart F*-regelgeving van oudsher bedoeld om uitstel van heffing ter zake van buitenlandse dividenden te voorkomen.⁹⁶ Voor andere landen – en zoals met name ook uit BEPS-Actiepunt 3 blijkt – is een CFC-maatregel daarentegen bedoeld om winstverschuiving tegen te gaan naar laag-belastende jurisdicties waar de groep geen economische activiteiten verricht.⁹⁷ Dit verschil in doelstelling laat zich verklaren door de beleidskeuze van een lidstaat tussen een territoriaal en wereldwijd belastingstelsel alsmede tussen het principe van kapitaalexport- en kapitaalimportneutraliteit. In de hiernavolgende paragrafen worden derhalve allereerst deze begrippen toegelicht alvorens uiteen wordt gezet welke verschillende doelstellingen met CFC-maatregelen kunnen worden nagestreefd.

2.4.2 Territoriaal versus wereldwijd belastingstelsel en kapitaalexport- versus kapitaalimportneutraliteit

Jurisdicties zijn in beginsel vrij in de vormgeving van nationale wetgeving inzake de wijze waarop zij binnenlands (en overigens ook buitenlands) belastingplichtigen in de heffing betrekken. Grosso modo kan in dit verband onderscheid worden gemaakt tussen wereldwijde en territoriale belastingstelsels. Dit zijn mijns inziens twee uitersten van het spectrum waartussen de meeste belastingstelsels zich bevinden. Onder een strikt territoriaal belastingstelsel wordt een binnenlands belastingplichtige enkel belast over de winst die zijn oorsprong vindt binnen de grenzen van het betreffende land.⁹⁸ In een wereldwijd systeem worden binnenlands belastingplichtigen daarentegen belast over hun wereldwinst, dat wil zeggen de winst waar ook ter wereld behaald. De wereldwinst omvat dus onder meer de winst uit een buitenlandse onderneming en buitenlandse dividenden.

In een wereldwijd belastingstelsel wordt door de vestigingsstaat in de regel voorkoming van dubbele belasting gegeven voor in het buitenland verschuldigde belasting ter zake van de winst of winstuitkering. Vaak geschiedt dit in de vorm van een belastingverrekening: kortgezegd wordt de in het buitenland betaalde belasting verrekend met de verschuldigde binnenlandse belasting. Anderzijds kan dubbele heffing worden voorkomen door een belastingvrijstelling: de vestigingsstaat betreft de buitenlandse winst of dito dividenden niet in de heffing. In dat geval wordt ook wel gesproken van een (quasi-)territoriaal belastingstelsel, omdat de facto enkel de binnenlandse inkomsten belast worden door de vestigingsstaat.

De keuze van een jurisdictie voor de vrijstellingsmethode dan wel de verrekeningsmethode ter voorkoming van internationale dubbele belasting is

⁹⁶ D. Canè, 'Controlled Foreign Corporations as Fiscally Transparent Entities. The Application of CFC Rules in Tax Treaties', *World Tax Journal* November 2017, p. 525, par. 2.

⁹⁷ G. van Hulle, 'Current Challenges for EU Controlled Foreign Company Rules', *Bulletin for International Taxation* December 2017, p. 719, par. 1.

⁹⁸ Hierbij worden bijzondere vormen van territoriale systemen buiten beschouwing gelaten zoals het *remittance-based* stelsel dat wordt gehanteerd door bijvoorbeeld Singapore.

ingegeven door haar beleidsdoelstellingen voor wat betreft de internationale concurrentiepositie van haar onderdanen. Belastingverrekening leidt ertoe dat de belastingdruk per saldo wordt bepaald op ten minste het niveau van de vestigingsstaat, ongeacht het belastingtarief in de bronstaat.⁹⁹ Dit wordt ook wel het principe van kapitaalexportneutraliteit genoemd, hetgeen is gegrond op de overweging dat belastingen niet van invloed mogen zijn op de plaats van investering.¹⁰⁰ Zowel binnenlandse als buitenlandse investeringen leiden in dat geval namelijk tot dezelfde belastingdruk met als gevolg dat het effect van belastingconcurrentie tussen bronstaten door de vestigingsstaat wordt geneutraliseerd. Zodoende wordt een gelijk speelveld gecreëerd binnen de vestigingsstaat en tegelijkertijd verzekerd dat inkomen altijd belast is tot op een door die staat gewenst niveau. Evenwel zijn kapitaalexportneutrale stelsels niet kapitaalimportneutraal en bevindt de investeerder zich mogelijkerwijs in een nadelige concurrentiepositie ten opzichte van plaatselijke marktdeelnemers in de bronstaat.

De vrijstellingsmethode leidt tot kapitaalimportneutraliteit: buitenlandse inkomsten worden in de vestigingsstaat vrijgesteld zodat de belastingdruk de facto wordt bepaald door de bronstaat. Op die manier worden investeerders uit de vestigingsstaat in staat gesteld om in de bronstaat tegen gelijke voorwaarden te concurreren als de plaatselijke marktdeelnemers. Binnen de vrijstellingsmethode kan onderscheid worden gemaakt tussen een objectvrijstelling en belastingvrijstelling met progressievoorbehoud. Met een objectvrijstelling wordt strikte territorialiteit bereikt: het buitenlandse inkomen wordt uit de heffingsgrondslag geëlimineerd.¹⁰¹ Ingeval sprake is van een belastingvrijstelling met progressievoorbehoud wordt het buitenlandse inkomen eerst in de heffingsgrondslag begrepen ter berekening van het toepasselijke tarief. Vervolgens wordt de verschuldigde belasting verminderd met de met het buitenlandse inkomen corresponderende bedrag aan binnenlandse belasting.

Aangenomen mag worden dat voornamelijk landen met een relatief kleine, open economie het principe van kapitaalimportneutraliteit als uitgangspunt hanteren.¹⁰² In Nederland wordt dit bereikt met de deelnemingsvrijstelling voor buitenlandse dividenden en met de objectvrijstelling voor buitenlandse winst. Dit stelt de in Nederland gevestigde bedrijven in staat om op gelijke voet te concurreren in het buitenland met de plaatselijke concurrentie en bevordert derhalve het Nederlandse vestigingsklimaat. Voor laag-belaste beleggingsdeelnemingen en -ondernemingen hanteert Nederland daarentegen de verrekeningsmethode ingevolge art. 13 lid 9 e.v. respectievelijk art. 15e lid 7 Wet Vpb 1969. In zoverre wordt door Nederland dus meer het uitgangspunt van kapitaalexportneutraliteit gehanteerd. Deze vorm van een *switch-over*bepaling is

⁹⁹ Over het algemeen beperken staten de verrekening van buitenlandse belasting tot het niveau van de daarmee corresponderende binnenlandse belasting (*ordinary credit*). Indien de belastingdruk in de bronstaat hoger is dan in de vestigingsstaat, zal derhalve geen volledige teruggaaf van belasting worden verleend.

¹⁰⁰ B.J.M. Terra en P.J. Wattel, t.a.p., p. 132, par. 4.2.2.2.

¹⁰¹ Ibid., p. 134, par. 4.2.2.3.

¹⁰² L.C. van Hulten, 'CFC-wetgeving: vooral een kwestie van beleid', NTFR-B 2018/16, par. 4.1.

mijns inziens ingegeven door het doel om oneigenlijk gebruik te voorkomen door met name laag-belaste, passieve (beleggings-)inkomsten belastingvrij naar Nederland te repatriëren. Naar haar aard is de vrijstellingsmethode namelijk kwetsbaar voor investeringen in laag-belastende jurisdicties alsmede winstverschuiving naar belastingparadijzen.¹⁰³ Het is aannemelijk dat kapitaalimportneutrale landen een *switch-over*bepaling in hun nationale wetgeving hebben geïmplementeerd gericht op laag-belast, passief dividendinkomen en laag-belaste, passieve buitenlandse winst.¹⁰⁴

2.4.3 Voorkomen uitstel van heffing versus voorkomen winstverschuiving

Voor jurisdicties die heffen op wereldwijde basis en een verrekening ter voorkoming van dubbele belasting verlenen, is CFC-regelgeving in beginsel gericht op het voorkomen van uitstel van heffing.¹⁰⁵ De (bij)heffing door de vestigingsstaat van de moedermaatschappij kan bij afwezigheid van maatregelen namelijk worden voorkomen zolang de winstuitkering door de CFC achterwege wordt laten. Hoe groter het verschil tussen de belastingtarieven van de vestigings- en bronstaat, hoe aantrekkelijker het is voor de groep om het CFC-inkomen niet uit te keren. Van belang binnen een kapitaalexportneutraal belastingstelsel is dus dat een CFC-maatregel effectief dient te voorkomen dat winsten worden opgepot in de laag-belastende jurisdictie.

Voor jurisdicties die op wereldwijde basis heffen maar daarentegen de vrijstellingsmethode hanteren ter voorkoming van dubbele belasting (quasi-territoriaal stelsel) ligt dat anders. Deze jurisdicties hanteren het principe van kapitaalimportneutraliteit waardoor CFC-regelgeving in eerste instantie niet binnen het wettelijk systeem lijkt te passen.¹⁰⁶ Effectieve CFC-regels leiden namelijk tot belastingheffing naar het niveau van de vestigingsstaat en bevorderen op die manier kapitaalexportneutraliteit.¹⁰⁷ Ingeval kapitaalimportneutrale jurisdicties desalniettemin overgaan tot implementatie van CFC-regelgeving, ligt de nadruk daarvan niet op het voorkomen van uitstel van heffing maar op het voorkomen van winstverschuiving.¹⁰⁸ Gelet op het feit

¹⁰³ B.J.M. Terra en P.J. Wattel, t.a.p., p. 135, par. 4.2.2.3.

¹⁰⁴ Vgl. D.W. Blum, t.a.p., p. 301, par. 3.2.3. Verder is geen wetenschappelijke documentatie beschikbaar die dit kan onderschrijven. Wel kan een en ander in bevestigende zin worden afgeleid uit de EY Worldwide Corporate Tax Guide 2018, april 2018, [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-2018-worldwide-corporate-tax-guide/\\$FILE/EY-2018-worldwide-corporate-tax-guide.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-2018-worldwide-corporate-tax-guide/$FILE/EY-2018-worldwide-corporate-tax-guide.pdf) en Deloitte Tax Guides and Country Highlights, 2018, <https://dits.deloitte.com/#TaxGuides>. Landen zoals Aruba, Canada, Curaçao, Israël, Italië, Malta, Oostenrijk, Sint Maarten en Spanje kennen een *switch-over*bepaling in de vorm van vereisten aan de vrijstelling ter zake van buitenlands dividend. Voor toepassing van een dergelijke dividendvrijstelling is steeds vereist dat sprake is van actief inkomen en dat de uitkerende maatschappij is onderworpen aan een minimumniveau van belasting. Een aantal andere landen hanteert voor de dividendvrijstelling in elk geval een onderworpenheidsvereiste (eventueel in combinatie met CFC-regelgeving).

¹⁰⁵ D. Canè, t.a.p., p. 525, par. 2.

¹⁰⁶ Voor landen die het principe van kapitaalimportneutraliteit hanteren is CFC-regelgeving zelfs wezensvreemd, zo betoogt J.W. Bellingwout in R. Gielen en C. Huisman, 'Verslag van het tweede grote Anti-BEPS-richtlijn congres van 3 april 2017, WFR 2017/142, p. 888, par. 2.

¹⁰⁷ M.F. de Wilde, 'Rapport BEPS Actiepunt 3: 'Designing Effective Controlled Foreign Company Rules', NTFR 2015/2723.

¹⁰⁸ D. Canè, t.a.p., p. 525, par. 2.

dat onder een quasi-territoriaal stelsel niet de verrekenings- maar de vrijstellingsmethode wordt gehanteerd, speelt uitstel van heffing namelijk geen rol en is vooral de grens tussen opname of geen opname van bepaalde inkomsten in de belastinggrondslag essentieel. CFC-maatregelen van een kapitaalimportneutrale jurisdictie bewaken deze grens en zijn in essentie gericht op bescherming van de belastinggrondslag. Voorkomen moet namelijk worden dat met betalingen aan de CFC de belastinggrondslag wordt uitgehold in de staat van economische activiteit alsmede dat belastbare winst naar laag-belastende jurisdicties wordt omgeleid en vervolgens wordt uitgedeeld via vrijgestelde dividenden.¹⁰⁹

Vaak ligt aan de invoering van CFC-wetgeving in kapitaalimportneutrale jurisdicties tevens een politieke overweging ten grondslag. Het hanteren van de vrijstellingsmethode ter zake van buitenlands inkomen vormt namelijk een bewuste beleidskeuze om dat inkomen niet te belasten, terwijl een CFC-maatregel buitenlands inkomen juist in de belastinggrondslag opneemt. Een CFC-maatregel zal in dat geval de scheidslijn vormen tussen situaties waarin kapitaalimportneutraliteit leidt tot een politiek te rechtvaardigen uitkomst en situaties waarin dat niet het geval is.¹¹⁰ Opgemerkt moet worden dat het voorkomen van grondslaguitholling tevens voor jurisdicties die het principe van kapitaalexportneutraliteit hanteren een nevendoelelstelling van CFC-regelgeving kan zijn.

2.4.4 Aanvulling verrekenprijsregels

Verrekenprijsregelgeving heeft betrekking op intra-groepstransacties en wordt door jurisdicties toegepast met als doel om tot een juiste winstallocatie tussen onderdelen van een groep en verschillende landen te komen. In BEPS-Actiepunten 8-10 wordt in dit verband als uitgangspunt genomen dat het recht tot belastingheffing dient te worden toebedeeld aan de staten waar de waarde wordt gecreëerd.¹¹¹ Daartoe worden transacties tussen gelieerde partijen conform het *arm's length*-beginsel kortgezegd zoveel mogelijk vastgesteld als waren zij onafhankelijke partijen, hetgeen geschiedt op basis van feiten en omstandigheden.

CFC-regelgeving heeft een meer mechanische werking en bovendien een andere doelstelling, maar kan een belangrijk vangnet vormen voor verrekenprijsregelgeving. Ook met transacties die voldoen aan het *arm's length*-beginsel is het namelijk mogelijk om winsten te verschuiven. In dit kader kan in eerste instantie worden gedacht aan de situatie waarin transacties op zichzelf voldoen aan het *arm's length*-beginsel maar het duidelijk is dat het inkomen uit hoofde van de betreffende activa en risico's in het buitenland op kunstmatige wijze zijn gescheiden van de binnenlandse activiteiten (met name de *significant*

¹⁰⁹ D.W. Blum, t.a.p., p. 301, par. 4.1.

¹¹⁰ Ibid., p. 302, par. 4.1.

¹¹¹ OECD, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation. Actions 8-10: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 10.

people functions ter zake van die activa en risico's).¹¹² Verrekenprijsregelgeving zal dan namelijk geen correctie met zich brengen terwijl het passieve inkomen wordt verplaatst naar een laag-belastende jurisdictie.¹¹³ Om die reden is het bij afwezigheid van CFC-maatregelen nog steeds mogelijk om bijvoorbeeld een *low-function cash box* in een laag-belastende jurisdictie op te richten die intra-groepsfinancieringen verstrekt.¹¹⁴ Het gevolg is een discrepantie tussen de plaats van economische activiteit en de plaats waar het daaruit voortvloeiende inkomen wordt verantwoord. In deze situatie kan met CFC-regelgeving alsnog grondslaguitholling worden voorkomen door het laag-belaste, passieve inkomen toe te rekenen aan de jurisdictie van de controlerende aandeelhouder. CFC-regelgeving vervult in dat geval een aanvullende rol ter verwezenlijking van het doel van verrekenprijsregelgeving, te weten het toedelen van het recht tot belastingheffing aan de staten waar waarde wordt gecreëerd. De groep zal door het bestaan van CFC-maatregelen namelijk minder snel geneigd zijn om de belastinggrondslag van de staten waarin de groep economisch actief is uit te hollen.

In het verlengde van het voorgaande kan CFC-regelgeving op de tweede plaats een vangnet vormen voor wat betreft het voorkomen van grondslaguitholling in een derde staat (*foreign-to-foreign stripping*).¹¹⁵ Daartoe is echter wel vereist dat de CFC-regelgeving niet is beperkt tot enkel direct gehouden belangen, maar tevens indirecte belangen in CFC's omvat. CFC-maatregelen kunnen in dit verband een aanvullende functie vervullen vanwege het feit dat verrekenprijsregelgeving van een jurisdictie toepassing mist indien geen van beide partijen aldaar belastingplichtig is. Het gevolg is dat verrekenprijsregelgeving van de jurisdictie van de moedermaatschappij geen betrekking heeft op (grondslag uithollende) transacties tussen buitenlandse dochter- en kleindochtermaatschappijen onderling. Ingeval CFC-regelgeving zowel directe als indirecte belangen bestrijkt, wordt dergelijke *foreign-to-foreign stripping* effectief voorkomen, zodat tot een (meer) juiste winstallocatie over de betrokken jurisdicties wordt gekomen.

2.5 Werking CFC-maatregelen

2.5.1 Algemeen

Afhankelijk van de beleidsvoorkeuren, de kenmerken van het belastingstelsel en de internationaalrechtelijke verplichtingen van een jurisdictie kan CFC-regelgeving op verschillende wijzen worden vormgegeven voor wat betreft de methode waarop deze het inkomen opneemt in de belastinggrondslag van de controlerende aandeelhouder. Deze vormen hebben twee belangrijke gemeenschappelijke kenmerken: ten eerste wordt geabstraheerd van het moment van winstuitkering door de CFC en ten tweede vindt heffing plaats bij de

¹¹² F. Majdowski en K. Bronzewska, 'Revolutionary Changes to the Arm's Length Principle under the OECD BEPS Project: Have CFC Rules Become Redundant?', *Intertax* 2018, Volume 46, Issue 3, p. 215, par. 3.2.

¹¹³ Tot een vergelijkbare conclusie wordt gekomen in OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 14, par. 9.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ F. Majdowski en K. Bronzewska, t.a.p., p. 212-213, par. 1.

controleerende aandeelhouder over winst uit een bron die hij niet direct bezit. Dit laatste vormt een inbreuk op de wetssystematiek op grond waarvan inkomen wordt toegerekend aan rechtspersonen, ter zake waarvan zij als afzonderlijke belastingplichtigen in de heffing worden betrokken. CFC-regelgeving behelst daarmee bovendien een extraterritoriaal heffingsrecht.¹¹⁶ De staat van de controleerende aandeelhouder zou bij afwezigheid van de CFC-maatregel namelijk noch in de hoedanigheid van vestigingsstaat, noch in de hoedanigheid van bronstaat over heffingsbevoegdheid beschikken ter zake van de door de CFC gerealiseerde winst.

In de hiernavolgende paragraaf worden de CFC-maatregelen onderverdeeld in een aantal verschillende benaderingen. Hierbij wordt voor zover mogelijk geabstraheerd van de criteria die worden gesteld ter kwalificatie van een entiteit als CFC en van inkomen als CFC-inkomen. Verondersteld mag worden dat deze min of meer met elkaar overeenkomen: in elk geval zal een minimumbelang in het aandelenkapitaal of de stemrechten vereist zijn om een entiteit als gecontroleerd aan te merken en zal het CFC-inkomen voornamelijk laag-belast en passief inkomen betreffen.

Opgemerkt dient te worden dat CFC-regelgeving van een staat niet altijd strikt onder één van de hierna te bespreken categorieën valt, maar een combinatie kan zijn van verschillende benaderingen. Het claimen van de fiscale vestigingsplaats van de CFC in de staat van de controleerende aandeelhouder wordt in dit verband overigens niet als vorm van maar als alternatief voor CFC-regelgeving gezien. Dit behelst namelijk een maatregel van een wezenlijk andere soort, daar deze ertoe leidt dat niet de aandeelhouder maar de CFC zelf in de heffing wordt betrokken.

2.5.2 Verschillende vormen CFC-maatregelen

De eerste te onderscheiden benadering is de *piercing the veil approach*. Op grond van deze vorm van CFC-regelgeving wordt de juridische rechtspersoonlijkheid van de CFC voor fiscale doeleinden miskend door de vestigingsstaat van de controleerende aandeelhouder, waardoor deze aldaar wordt gezien als een transparante entiteit.¹¹⁷ De aandeelhouder wordt in dat geval behandeld als een maat in een buitenlandse maatschap. Dit heeft tot gevolg dat directe toerekening aan de controleerende aandeelhouder plaatsvindt van het (passieve) inkomen dat de CFC ontvangt, waardoor eerstgenoemde wordt geacht het inkomen direct te hebben ontvangen van de betaler en de kwalificatie daarvan gelijk blijft.¹¹⁸ Bovendien leidt dit ertoe dat het moment van winstuitkering irrelevant is en de controleerende aandeelhouder kan worden belast over de winst van de CFC in het jaar waarin deze is gerealiseerd. Op die manier wordt voorkomen dat uitstel van belastingheffing op aandeelhoudersniveau kan worden bereikt door het achterwege laten van winstuitkeringen. Overigens is inherent aan deze benadering dat door de CFC geleden verliezen worden geïmporteerd door de

¹¹⁶ B.J.M. Terra en P.J. Wattel, t.a.p., p. 136, par. 4.2.2.4.

¹¹⁷ A. Rust, t.a.p., p. 493, par. 3.

¹¹⁸ De verdragsrechtelijke problematiek van transparante entiteiten is zeer omvangrijk. Het zou te ver voeren om dit op deze plek uitvoerig te beschouwen. Volstaan wordt met een verwijzing naar D. Canè, t.a.p., p. 528-529, par. 3.1 en D.W. Blum, t.a.p., p. 310-311, par. 5.2.3.

vestigingsstaat van de controlerende aandeelhouder. Evenwel mag worden aangenomen dat een CFC in de praktijk vanuit planningsperspectief niet (structureel) verlieslatend is.

Onder de *attribution approach* wordt de rechtspersoonlijkheid van de CFC erkend maar worden haar inkomsten toegerekend aan de controlerende aandeelhouder.¹¹⁹ Daarbij heeft een staat de keuze tussen toerekening van enkel het passieve inkomen dan wel het volledige inkomen van de CFC, ter zake waarvan de aandeelhouder vervolgens wordt belast in het jaar van realisatie. Vanwege de daarmee gepaard gaande inbreuk op de in art. 7 van het OESO-modelverdrag voorgeschreven winsttoerekeningregels is in de literatuur betoogd dat de *attribution approach* in strijd komt met verdragsbepalingen die conform dat artikel zijn vormgegeven.¹²⁰ Evenwel is sinds 2010 in het officiële commentaar bij het OESO-modelverdrag expliciet opgenomen dat CFC-regelgeving niet in strijd komt met art. 7 lid 1 OESO-modelverdrag omdat deze regelgeving heffing van de eigen onderdaan betreft en niet van de onderdaan van de andere staat. Dit is mijns inziens slechts anders indien de eerstgenoemde onderdaan een vaste inrichting heeft in de andere staat. Een nadere analyse betreffende deze verenigbaarheid kan worden gevonden in paragraaf 5.6.2.

Een bijzondere vorm van de *attribution approach* is mijns inziens de *transactional approach* op grond waarvan niet-uitgedeeld inkomen van de CFC enkel wordt toegerekend aan de controlerende aandeelhouder voor zover dit op kunstmatige wijze naar de dochter is gesluisd.¹²¹ Dit wordt ook wel een *quasi-verrekenprijsmechanisme* genoemd, omdat enkel toerekening plaatsvindt van dat deel van het inkomen dat door de CFC is verkregen bij afwezigheid van of afwijking van gangbare verrekenprijsregels. De CFC-maatregel uit ATAD onder model B is op deze benadering gebaseerd.

Een derde mogelijkheid is de *deemed dividend approach* op grond waarvan de CFC geacht wordt (een gedeelte van) haar inkomen te hebben uitgekeerd aan de controlerende aandeelhouder. Vervolgens wordt deze belast over het bij wijze van fictie uitgekeerde dividendinkomen. Een belangrijk verschil met de *piercing the veil approach* is niet alleen dat dividend niet negatief kan zijn (geen verliesimport) maar ook dat het dividend uit het netto-inkomen van de CFC wordt uitgekeerd.¹²² Aldus wordt onder de *deemed dividend approach* rekening gehouden met de belasting die betaald is in de CFC-staat terwijl onder de *piercing the corporate veil approach* enkel een voorkoming wordt verleend ter zake van in de bronstaten verschuldigde bronheffingen. Afgevraagd kan worden of de *deemed dividend approach* in strijd is met het verbod op extraterritoriale heffing van art. 10 lid 5 OESO-modelverdrag. Deze bepaling verbiedt een verdragsluitende staat (staat A) belasting te heffen over (niet-)uitgedeelde winsten van een onderdaan van de andere verdragsluitende staat (staat B), enkel op de voet van het feit dat deze winsten in staat A zijn behaald, tenzij deze

¹¹⁹ A. Rust, t.a.p., p. 493, par. 3.

¹²⁰ D. Canè, t.a.p., p. 529, par. 3.1.

¹²¹ Zie in dit verband ook overweging 12 preambule ATAD1.

¹²² A. Blum, t.a.p., p. 307, par. 5.1.

winstuitkering aan een onderdaan van of vaste inrichting gelegen in staat A plaatsvindt. Gesteld zou kunnen worden dat de *deemed dividend approach* de controlerende aandeelhouder in de heffing betreft voor niet-uitgedeelde winst van een lichaam dat geen onderdaan is.¹²³ Gelet op het feit dat de *deemed dividend approach* echter heffing van de ontvangende onderdaan behelst en niet van de uitkerende vennootschap, kan deze vorm van CFC-regelgeving niet in strijd worden geacht met art. 10 lid 5 OESO-modelverdrag.¹²⁴ Overigens heeft dit ten aanzien van CFC-maatregelen in algemene zin te gelden en niet slechts ten aanzien van de *deemed dividend approach*.

De vierde te onderscheiden vorm is de *fair value of the shares approach* en verplicht de controlerende aandeelhouder om de aandelen in de CFC (jaarlijks) te waarderen op de waarde in het economisch verkeer.¹²⁵ Op die manier wordt de waardestijging van de aandelen als gevolg van de door de CFC behaalde winst belast in de vestigingsstaat van de controlerende aandeelhouder. Voorkomen wordt derhalve dat het achterwege laten van een winstuitdeling leidt tot uitstel van heffing op aandeelhoudersniveau. De huidige Nederlandse CFC-bepaling in art. 13a Wet Vpb 1969 kan als een *fair value of the shares approach* worden aangemerkt.

2.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is de problematiek omtrent CFC's beschreven en is uiteengezet op welke wijze ter zake kan worden ingegrepen ter beantwoording van de volgende deelvraag: *Wat is de noodzaak voor invoering van CFC-maatregelen en op welke wijze kunnen deze worden vormgegeven?*

CFC's kunnen door multinationale groepen worden gebruikt om de belastinggrondslag uit te hollen door winsten te verschuiven naar laag-belastende jurisdicties. CFC's zijn daarmee instrumenteel in het bereiken van belastingontwijking en agressieve *tax planning*. Het gebruik van CFC's vindt zijn oorzaak in het feit dat (buitenlandse) rechtspersonen worden erkend als afzonderlijke belastingplichtigen waarvan de vestigingsplaats makkelijk te manipuleren valt. Mede debet aan het bestaan van CFC's is bovendien de tweetrapssystematiek in vennootschapsbelastingstelsels, op grond waarvan belastingheffing op aandeelhoudersniveau kan worden uitgesteld tot de winst van de CFC wordt gedistribueerd. CFC-regelgeving is niet alleen gericht op het voorkomen van dit heffingsuitstel en voornoemde winstverschuiving, maar wordt tevens gezien als aanvulling op verrekenprijsregelgeving. Deze doelstellingen kunnen op verschillende wijzen worden verwezenlijkt, met als gevolg dat CFC-maatregelen grosso modo kunnen worden onderverdeeld in vier categorieën: de *piercing the veil approach*, de *attribution approach*, de *deemed dividend approach* en de *fair value of the shares approach*. De exacte vormgeving van CFC-regelgeving is afhankelijk van de beleidsvoorkeuren van een jurisdictie

¹²³ Fiscale Encyclopedie de Vakstudie – Nederlands Internationaal Belastingrecht, art. 10 OESO-modelverdrag, aantekening 6.3 (online, bijgewerkt 23 maart 2012).

¹²⁴ Zie par. 37 van het commentaar op art. 10 van het OESO-modelverdrag.

¹²⁵ A. Rust, t.a.p., p. 493, par. 3.

alsmede de kenmerken van haar belastingstelsel en haar internationaalrechtelijke verplichtingen.

3. CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969

3.1 Inleiding

In de Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking (hierna ook: het ‘wetsvoorstel’) is een op model A gebaseerde CFC-maatregel opgenomen zoals deze in Nederland per 1 januari 2019 kracht van wet moet krijgen. Onder de veronderstelling dat het in art. 8b Wet Vpb 1969 gecodificeerde *arm’s length*-beginsel reeds een voldoende implementatie vormt van model B zoals bedoeld in art. 7 lid 1 punt b ATAD, heeft het kabinet met deze voorgestelde maatregel het doel om verder te gaan dan hetgeen waartoe het ingevolge ATAD verplicht is.¹²⁶ Gelet op het door het kabinet ingenomen standpunt dat model B reeds in de nationale wet is geïmplementeerd, kan dus strikt genomen worden betwist of de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 de verplichte implementatie van art. 7 en 8 ATAD in de nationale wetgeving vormt. Evenwel kan worden afgevraagd of dit standpunt correct is omdat het daartoe noodzakelijk is dat de OESO *Transfer Pricing Guidelines* rechtstreeks doorwerken in art. 8b Wet Vpb 1969. Een dergelijke dynamische interpretatie wordt door de Staatssecretaris verondersteld¹²⁷ maar in de literatuur betwist.¹²⁸ Desalniettemin kan worden vastgesteld dat de CFC-maatregel expliciet is gebaseerd op model A uit ATAD,¹²⁹ waardoor deze mijns inziens in Europeesrechtelijk verband moet worden uitgelegd. Voor de beantwoording van de deelvraag ‘*Hoe is de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 vormgegeven en welke tekortkomingen kunnen daarbij worden onderkend?*’ wordt in dit hoofdstuk daarom eerst ingegaan op de CFC-maatregel in ATAD en de relevante achtergrond daarvan zoals BEPS-Actiepunt 3. Bovendien wordt de verhouding tussen deze EU-richtlijn en de nationale wetgeving besproken. Daarna wordt uiteengezet op welke wijze Nederland de CFC-maatregel nationaalrechtelijk heeft ingevoerd. Daarbij wordt bijzondere aandacht besteed aan eventuele tekortkomingen in algemene zin en tekortkomingen ten opzichte van ATAD.

3.2 Context CFC-maatregel in ATAD

3.2.1 ATAD in het kort

Op 12 juli 2016 is ATAD1 door de Raad van de EU vastgesteld. Deze antibelastingontwijkingsrichtlijn heeft tot doel om de interne markt van een minimumniveau van bescherming tegen agressieve *tax planning* te voorzien en vindt zijn grondslag in art. 115 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: ‘VwEU’). Met ATAD1 wordt beoogd de uitkomsten van het BEPS-Actieplan op gecoördineerde wijze in alle EU-lidstaten te

¹²⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 11, par. 2.1.

¹²⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 8, par. 2.1.3.

¹²⁸ Zie in deze zin: H. Lohuis in G.I. van Eijk, J.J.H. Reijnen, H. Lohuis en J.D. Schouten, ‘Wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking (ATAD1)’, NTFR 2018/2247, par. 2. De juistheid van het standpunt of model B reeds is geïmplementeerd in art. 8b Wet Vpb 1969 wordt nader belicht in paragraaf 6.3.1.

¹²⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 6, par. 2.1.1.

implementeren.¹³⁰ Daarmee vormt de richtlijn het antwoord op de maatschappelijke behoefte aan een eerlijkere belastingheffing: multinationale groepen moeten – zo is de opvatting in het BEPS-Actieplan – belasting betalen waar waarde wordt gecreëerd.¹³¹

Meer in het bijzonder bevat de richtlijn vijf verschillende maatregelen teneinde de gewenste minimumbescherming tegen belastingontwijking te waarborgen. Ten eerste is voorzien in een renteaftrekbepierking in de vorm van een *earningsstripping*-regeling.¹³² Kortgezegd moet hiermee worden voorkomen dat de belastinggrondslag van belastingplichtige wordt uitgehold door middel van excessieve schuldfinanciering. Op de tweede plaats bevat ATAD een bepaling inzake exitheffingen.¹³³ Bij verplaatsing van activa of van de fiscale vestigingsplaats naar het buitenland moet belastingplichtige in voorkomende gevallen in de heffing worden betrokken ter zake van ongerealiseerde waardevermeerderingen van de overgebrachte activa. Voorts is in ATAD een generieke antimisbruikbepaling opgenomen teneinde fiscale misbruiksituaties te bestrijden waartegen (nog) geen specifieke maatregelen zijn getroffen.¹³⁴ Deze bepaling vertoont een grote gelijkenis met de *fraus legis*-doctrine. Verder verplicht ATAD de lidstaten tot vormgeving van een CFC-maatregel ter bestrijding van winstverschuiving naar laag-belaste dochterondernemingen waarover een moedermaatschappij zeggenschap uitoefent.¹³⁵ Tenslotte is in ATAD regelgeving neergelegd ter bestrijding van hybridemismatches.¹³⁶ Dientengevolge moeten lidstaten regelgeving implementeren teneinde situaties van dubbele aftrek of aftrek zonder betrekking in de heffing als gevolg van een kwalificatieconflict te verhinderen.

Gelet op het feit dat ATAD de interne markt een minimumbescherming tegen belastingontwijkingspraktijken moet bieden, staat het lidstaten vrij om strengere maatregelen te treffen. Hoewel een richtlijn naar haar aard per definitie strekt tot implementatie van een minimumstandaard, is de mogelijkheid tot verdergaande voorzieningen expliciet in de richtlijntekst opgenomen en zijn daartoe tevens enkele suggesties gedaan in de preambule.¹³⁷

3.2.2 Verhouding ATAD tot nationale wetgeving

Het Unierecht kent een eigen rechtsorde welke voorrang heeft op het nationale recht van EU-lidstaten.¹³⁸ Dit geldt voor zowel primair als secundair EU-recht. Een richtlijn is derhalve – als vorm van secundair EU-recht – van een hogere rechtsorde dan nationaal recht, hetgeen met zich brengt dat nationale wetgeving opzij wordt gezet voor zover deze in strijd is met de richtlijn.

¹³⁰ Overweging 3 preambule ATAD1.

¹³¹ OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 3.

¹³² Art. 4 ATAD.

¹³³ Art. 5 ATAD.

¹³⁴ Art. 6 ATAD. Zie in dit verband ook overweging 11 preambule ATAD1.

¹³⁵ Art. 7 en 8 ATAD. Zie tevens overweging 12 preambule ATAD1.

¹³⁶ Art. 9, 9bis en 9ter ATAD, zoals gewijzigd ingevolge ATAD2.

¹³⁷ Art. 3 ATAD.

¹³⁸ HvJ EG 3 juni 1964, C-6/64 (*Costa/ENEL*), Jur. p. 1203.

Ingevolge art. 288 VwEU is een richtlijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, maar zijn de nationale instanties bevoegd om vorm en middelen te kiezen. De in de richtlijn vervatte bepalingen moeten dus eerst worden omgezet in nationale regelgeving welke op haar beurt vervolgens van toepassing is op belastingplichtigen. Een lidstaat heeft daarbij enige bewegingsruimte voor wat betreft de wetstechnische vormgeving, zolang het beoogde resultaat wordt bereikt.¹³⁹ Omwille van rechtszekerheid dient de implementatie van een richtlijn voldoende nauwkeurig, duidelijk en voorzienbaar te zijn zodat belastingplichtige met nauwkeurigheid zijn rechten kent.¹⁴⁰

Slechts ingeval een richtlijn niet, niet tijdig of onjuist is geïmplementeerd, kan belastingplichtige zich – indien hij dientengevolge schade heeft geleden – direct beroepen op een richtlijnbeeping indien deze onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is.¹⁴¹ Afgevraagd kan worden hoe het rechtstreeks beroep op een onjuist geïmplementeerde richtlijnbeeping uit ATAD zich verhoudt tot de minimumbeeping van art. 3 ATAD. Op grond van die bepaling mogen lidstaten strengere bepalingen toepassen teneinde een hoger niveau van bescherming te garanderen voor binnenlandse vennootschapsbelastinggrondslagen. Het is denkbaar dat een rechtstreeks beroep op een richtlijnbeeping bij onjuiste implementatie wordt verhinderd indien een lidstaat met de nationaalrechtelijke wetgeving doelbewust in strengere zin afwijkt van de richtlijn conform art. 3 ATAD. In dit verband lijkt een belangrijke rol weggelegd voor de parlementaire uitingen omtrent de nationaalrechtelijke implementatie, waarbij de wetgever mijns inziens expliciet moet vermelden dat aan de nationaalrechtelijke bepaling een striktere en afwijkende werking moet worden toegekend ten opzichte van de richtlijnbeeping waarop deze is gebaseerd. Uiteraard moet de strengere nationaalrechtelijke bepaling wel voldoen aan het primair EU-recht. Daarnaast is het de vraag of voorgenemd rechtstreeks beroep op ATAD mogelijk is voor zover de wetgever bewust heeft afgeweken van model A onder de veronderstelling dat reeds met art. 8b Wet Vpb 1969 aan de richtlijnverplichtingen is voldaan.¹⁴² Omdat kan worden betwist of deze veronderstelling juist is, lijkt een dergelijk beroep niet zonder meer uitgesloten omdat alsdan zou kunnen worden verdedigd dat de richtlijn onjuist is geïmplementeerd.

Nationale wetgeving die strekt ter implementatie van een EU-richtlijn (hierna: ‘implementatiewetgeving’) dient richtlijnconform te worden geïnterpreteerd.¹⁴³ Het HvJ EU heeft in dit verband geoordeeld dat bij de uitlegging van een bepaling

¹³⁹ Gelet op de vrijheid van vorm en middelen kan in voorkomende gevallen ook worden volstaan met – inter alia – een rechterlijke doctrine of een algemeen rechtskader. Zie in deze zin D.M. Weber in: *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2017, par. EBR.3.0.3.

¹⁴⁰ HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (*Euro Park Service*), V-N 2017/17.12, r.o. 40.

¹⁴¹ HvJ EG 24 juli 1982, C-8/81 (*Becker*), Jur. p. 53, r.o. 25.

¹⁴² Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 9, par. 2.1.4.2.

¹⁴³ Zie bijvoorbeeld HR 9 mei 2003, nr. 37 553, BNB 2003/331 inzake de interpretatie van een communautair begrip conform de Fusierichtlijn.

van Unierecht niet alleen rekening moet worden gehouden met haar bewoordingen, maar ook met haar context, de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt en met name de ontstaansgeschiedenis van die regeling.¹⁴⁴ Om de betekenis van een richtlijnbevestiging vast te stellen, is naast een grammaticale interpretatie dus een rol weggelegd voor een systematische, teleologische en historische interpretatie.¹⁴⁵

Gelet op het voorgaande moet de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 worden uitgelegd conform de richtlijnbevestigingen betreffende model A van art. 7 en 8 ATAD. Daartoe moet in beginsel de richtlijntekst van ATAD als uitgangspunt worden genomen, maar kunnen de interne en externe context alsmede de doelstelling van ATAD de richtlijnbevestigingen verduidelijken.¹⁴⁶ Relevante context in vorenbedoelde zin wordt gevormd door – inter alia – de andere bevestigingen van ATAD, het VwEU en het overige Unierecht.¹⁴⁷ Ten behoeve van een teleologische interpretatie moet eveneens acht worden geslagen op de preambule van ATAD en mogelijk de daarin onderschreven bevindingen uit het BEPS-Actieplan. Onder een historische interpretatie tot slot kunnen onder meer de voorstukken van ATAD in ogenschouw worden genomen.

3.2.3 Achtergrond CFC-maatregel ATAD: BEPS-Actiepunt 3

Het doel van de Raad van de EU met ATAD is geweest om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de uitkomsten van het BEPS-project.¹⁴⁸ De CFC-maatregel in ATAD kan dus worden geacht een antwoord te vormen op de in het eindrapport van BEPS-Actiepunt 3 opgenomen aanbevelingen. Bovendien is door de Staatssecretaris opgemerkt dat het eindrapport van BEPS-Actiepunt 3 voor de Belastingdienst als leidraad kan dienen voor zover het aansluit bij de regels van ATAD.¹⁴⁹ Met haar aanbevelingen wordt door de OESO beoogd om richtsnoeren te geven waaraan CFC-regelgeving moet voldoen om effectief te voorkomen dat belastingplichtigen inkomen verschuiven naar buitenlandse dochtermaatschappijen.¹⁵⁰ Benadrukt wordt dat samenwerking tussen verschillende landen in dezen een geschikte oplossing vormt voor de zorgen omtrent de concurrentiepositie en een gelijk speelveld.

De aanbevelingen van BEPS-Actiepunt 3 zijn gegoten in de vorm van zes bouwstenen. Ten behoeve van het overzicht worden deze kort toegelicht. Ten eerste wordt aangeraden om een ruime definitie op te nemen van entiteiten die onder CFC-regelgeving vallen. Daarbij wordt een ruime benadering voorgestaan

¹⁴⁴ HvJ EU 17 april 2018, zaak C-414/16 (*Egenberger*), RvdW 2018/883, r.o. 44.

¹⁴⁵ P.B.N. van Os, 'Richtlijnconforme implementatie en interpretatie van nationale wetgeving ter omzetting van een richtlijn, met als casus art. 13, lid 17, Wet VPB 1969 ter omzetting van de Antismismatchrichtlijn', NTFR-A 2018/7, par. 2.1.

¹⁴⁶ Ibid., par. 2.5.

¹⁴⁷ Vgl. D.M. Weber in: *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2017, par. EBR.3.0.2.

¹⁴⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 9.

¹⁴⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 16, par. 2.1.4.3. Meer in het bijzonder is gesteld dat de in het eindrapport opgenomen voorbeelden kunnen worden gebruikt door de Belastingdienst.

¹⁵⁰ OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 9.

ter vaststelling van het niveau van controle over de dochtermaatschappij (controledrempel). Zo moet zowel het juridisch als economisch belang in de dochtermaatschappij worden meegenomen, moet het belang van verbonden partijen worden samengeteld en dient de CFC-maatregel op zowel directe als indirecte belangen toepassing te vinden.¹⁵¹

Op de tweede plaats is aanbevolen een drempel op te nemen ten aanzien van het belastingtarief waaraan de CFC is onderworpen. Dit buitenlandse tarief dient in belangrijke mate lager te zijn dan het tarief in de woonstaat van de controlerende aandeelhouder, waarbij ter vaststelling hiervan eventueel gebruik kan worden gemaakt van een witte lijst.¹⁵² Voorts is geadviseerd om een definitie op te nemen betreffende de categorieën toe te rekenen CFC-inkomen, zodat hieronder in elk geval het inkomen valt dat aanleiding geeft tot winstverschuiving en grondslaguitholling.¹⁵³ Verder beveelt het rapport aan dat CFC-regelgeving de regels van de woonstaat van de controlerende aandeelhouder hanteert om de omvang van het toe te rekenen inkomen vast te stellen. Bovendien moeten CFC-verliezen enkel tegen winsten van dezelfde of andere CFC's in de desbetreffende jurisdictie kunnen worden afgezet.¹⁵⁴ Ten vijfde zijn enkele aanbevelingen gedaan betreffende de toerekening van het inkomen.¹⁵⁵ Zo moet toerekening van CFC-inkomen plaatsvinden zodra de controledrempel is overschreden en dient dit te geschieden naar rato van de alsmede naar rato van de omvang van dit belang. Daarnaast is aangeraden om dit inkomen te onderwerpen aan het geldende belastingtarief in de aandeelhoudersstaat en kunnen landen zelf kiezen in welk aangiftejaar het inkomen moet worden verantwoord.

Tenslotte is een uitgebreide aanbeveling opgenomen omtrent de voorkoming van dubbele belasting veroorzaakt door CFC-maatregelen.¹⁵⁶ Geadviseerd wordt om dubbele belasting volledig te elimineren door verrekening te verlenen voor daadwerkelijk betaalde buitenlandse belasting naar de winst (alsmede bronheffingen), inclusief CFC-heffing op tussenliggende entiteiten. Bovendien moet worden voorkomen dat dividenden en verkoopwinsten worden belast indien deze rechtstreeks verband houden met eerder belast CFC-inkomen. Tot slot wordt aanbevolen om ook alle andere vormen van dubbele belastingheffing te voorkomen.

3.3 CFC-maatregel ATAD

3.3.1 Inleiding

In art. 7 en 8 ATAD is CFC-regelgeving opgenomen die op uiterlijk 31 december 2018 door EU-lidstaten in nationale wetgeving moet zijn omgezet.¹⁵⁷ De primaire

¹⁵¹ OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 21, par. 2.1.

¹⁵² Ibid., p. 33, par. 3.1.

¹⁵³ Ibid., p. 43, par. 4.1.

¹⁵⁴ Ibid., p. 57, par. 5.1.

¹⁵⁵ Ibid., p. 61, par. 6.1.

¹⁵⁶ Ibid., p. 65, par. 7.1.

¹⁵⁷ Art. 11 ATAD.

doelstelling van deze regelgeving bestaat in het voorkomen van winstverschuiving naar laag-belastende jurisdicties, zoals bedoeld in paragraaf 2.4.3. In de eerste plaats is in art. 7 ATAD voorzien in regels betreffende de kwalificatie als CFC alsmede in twee verschillende benaderingen ter vaststelling van de categorieën toe te rekenen CFC-inkomsten, zijnde de entiteitsbenadering van model A en de transactiebenadering van model B. Voorts bevat dit artikel enkele uitzonderingsbepalingen. In art. 8 ATAD zijn voorschriften vervat aangaande het tijdstip van betrekking in de grondslag bij de controlerende aandeelhouder alsmede de berekening van het CFC-inkomen. Ook in dit verband wordt onderscheid gemaakt tussen de entiteitsbenadering en de transactiebenadering. In de hiernavolgende paragrafen worden voorgenoemde elementen van de CFC-maatregel uit ATAD nader belicht. Overigens is tevens voorzien in voorschriften ter voorkoming van dubbele belasting, welke in paragraaf 4.4 aan bod komen.¹⁵⁸

3.3.2 Kwalificatie als CFC

Een entiteit of vaste inrichting die in de lidstaat van belastingplichtige niet aan belasting is onderworpen of daarvan is vrijgesteld, kwalificeert ingevolge art. 7 lid 1 ATAD als CFC indien cumulatief aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) belastingplichtige heeft al dan niet tezamen met gelieerde ondernemingen een (indirect) belang van meer dan de 50% in een entiteit (de 'deelnemingstoets') en
- b) de daadwerkelijk betaalde vennootschapsbelasting over de winst van de CFC in de staat van vestiging bedraagt minder dan de helft van de belasting die over deze inkomsten in de lidstaat van belastingplichtige verschuldigd zou zijn (de 'belastingdruktoets').

Voor de toepassing van de CFC-maatregel moet de controlerende aandeelhouder van de CFC in de eerste plaats zelf als belastingplichtige kwalificeren in de zin van art. 1 ATAD. Ingevolge deze bepaling vindt de richtlijn toepassing op entiteiten die in een EU-lidstaat onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting. Hoewel uit de preambule in andere zin zou kunnen worden afgeleid, mag worden aangenomen dat deze definitie niet alleen onbeperkt belastingplichtige entiteiten maar ook beperkt belastingplichtige vaste inrichtingen van in derde staten gevestigde entiteiten omvat.¹⁵⁹ In elk geval

¹⁵⁸ De bespreking van de voorkomingsmethodiek is opgenomen in hoofdstuk 4 ten behoeve van de overzichtelijkheid. Volledigheidshalve moet op deze plaats reeds worden opgemerkt dat dit geen afbreuk doet aan de conclusie van hoofdstuk 3 voor wat betreft tekortkomingen ten opzichte van ATAD, gelet op het feit dat in paragraaf 4.5.1 wordt geconstateerd dat de voorkomingsmethodiek in de Wet Vpb 1969 conform de bepalingen van art. 8 lid 5 e.v. ATAD is vormgegeven. Voor algemene tekortkomingen ten aanzien van de voorkomingsmethodiek wordt verwezen naar paragraaf 4.7.

¹⁵⁹ Vergelijk hiertoe overweging 12 preambule ATAD1: "De moedermaatschappij wordt [...] door de staat waarvan zij fiscaal inwoner is [...] belast" met overweging 4 preambule ATAD1: "Vaste inrichtingen van entiteiten die fiscaal inwoner van een derde land zijn, moeten ook onder die regels vallen wanneer zij in een of meer lidstaten gelegen zijn." Ook art. 8 lid 1 ATAD lijkt geschreven voor zowel onbeperkt belastingplichtigen als vaste inrichtingen. Voor een andere opvatting zie: T. Moser en S. Hentschel, 'The Provisions of the EU Anti-Tax Avoidance Directive Regarding Controlled Foreign Company Rules: A Critical Review Based on the Experience with the German CFC Legislation', *Intertax* 2017, Volume 45, Issue 10, p. 609, par. 3.1.1.

vallen natuurlijke personen en transparante entiteiten buiten de definitie van belastingplichtige in de zin van art. 1 ATAD.¹⁶⁰

Deelnemingstoets

De deelnemingstoets heeft niet te gelden ten aanzien van vaste inrichtingen, hetgeen tot onduidelijkheid leidt omtrent de vraag hoe moet worden omgegaan met een in een laag-belastende jurisdictie gevestigde indirecte vaste inrichting, zijnde een vaste inrichting van een in een derde staat gevestigde (indirecte) dochtermaatschappij. Een grammaticale interpretatie biedt in dit verband geen uitsluitsel, omdat ten aanzien van een vaste inrichting niet expliciet is opgenomen dat ook een indirect belang kwalificeert, hetgeen kennelijk wel nodig is geacht ten aanzien van een indirect gehouden entiteit. A contrario geredeneerd zou een indirect gehouden vaste inrichting dus – bij afwezigheid van een dergelijke bepaling – niet onder toepassing van de CFC-maatregel vallen. Een teleologische interpretatie kan evenwel tot een andere conclusie leiden indien het uitzonderen van indirect gehouden vaste inrichtingen een risico op belastingontwijking met zich brengt. Dat risico bestaat enkel ingeval de staat waarin de dochtermaatschappij is gevestigd (en waarin het hoofdhuis dus is gelegen) de winst uit hoofde van een laag-belaste vaste inrichting vrijstelt, waardoor de inkomsten van de vaste inrichting de facto niet belast zijn. Toepassing van de vrijstellingsmethode valt in dit verband niet uit te sluiten, omdat de vestigingsstaat van de dochtermaatschappij de winst uit hoofde van een vaste inrichting op grond van het toepasselijke verdrag of een eenzijdige voorkomingsregeling in de regel vrijstelt.¹⁶¹ Daarnaast kan op grond van een systematische interpretatie worden betoogd dat het VwEU in beginsel een gelijke behandeling vereist tussen een buitenlandse dochtermaatschappij en vaste inrichting, zodat ook een indirecte vaste inrichting onder art. 7 lid 1 ATAD zou moeten vallen.¹⁶² Al met al kan worden geconcludeerd dat art. 7 lid 1 ATAD op basis van een teleologische en systematische interpretatie zo moet worden uitgelegd dat deze CFC-maatregel ook toepassing kan vinden op indirect gehouden vaste inrichtingen.

De deelnemingstoets van art. 7 lid 1 punt a ATAD is ruim gedefinieerd, in die zin dat deze niet slechts ziet op aandelenkapitaal, maar ook op stemrechten of winst. Hiermee lijkt invulling te zijn gegeven aan de aanbeveling uit BEPS-Actiepunt 3

¹⁶⁰ Zie in dit verband ook overweging 4 preambule ATAD1.

¹⁶¹ Vgl. P. Kavelaars, t.a.p., par. 3.3. Hierbij moet worden aangetekend dat verschillende landen ten aanzien van laag-belaste, passieve winsten een *switch-over* bepaling hanteren en ter zake de verrekeningsmethode toepassen.

¹⁶² Het gaat hier met name om de vrijheid van vestiging zoals bedoeld in art. 49 jo. 54 VwEU. Hoewel uit de zaak-X Holding kan worden afgeleid dat de vrijheid van vestiging niet zonder meer verplicht tot een gelijke behandeling van een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij en een buitenlandse vaste inrichting door de vestigingsstaat van belastingplichtige, berust deze uitkomst op het feit dat de vaste inrichting in casu in beginsel is onderworpen aan de belastingwetgeving van de laatstgenoemde staat. Dit is bij een indirect gehouden vaste inrichting uiteraard niet het geval, zodat mag worden aangenomen dat in beginsel een gelijke behandeling vereist is. Gelet op de aard van de CFC-regeling bestaat mijns inziens geen aanleiding om binnen de CFC-maatregel onderscheid te maken tussen indirecte dochtermaatschappijen en indirecte vaste inrichtingen. Zie HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08 (*X Holding*), BNB 2010/166, r.o. 38.

om zowel een juridisch als economisch criterium te hanteren.¹⁶³ Geen onderscheid wordt gemaakt tussen soorten aandelen, waardoor het belang in relatie tot het totale aandelenkapitaal moet worden beoordeeld.¹⁶⁴ Derhalve kan ook het bezit van stemrechtloze aandelen leiden tot een kwalificerend belang in een CFC. In dit verband kan worden afgevraagd of de ruime definiëring niet tot een overkill leidt, gelet op het feit dat ook louter een voldoende groot winstrecht tot een kwalificerend belang kan leiden terwijl de ratio achter CFC-maatregelen nu juist gebaseerd is op voldoende invloed in de vorm van stemrecht of aandelen.¹⁶⁵ Evenwel lijkt een ruime economische benadering vanuit antimisbruikperspectief wenselijk, nu moet worden voorkomen dat kunstmatige splitsing van winstrecht en stemrecht de toepassing van de CFC-maatregel kan ondermijnen.

Belastingdruktoets

De belastingdruktoets van art. 7 lid 1 punt b ATAD moet worden gelezen als een effectieve belastingdruktoets, hetgeen inhoudt dat de daadwerkelijk door de buitenlandse entiteit betaalde belasting minder dan de helft moet bedragen van de belasting die in de jurisdictie van de controlerende aandeelhouder verschuldigd zou zijn. Daartoe moet in principe dus volledige herrekening van de door de buitenlandse entiteit verschuldigde belasting naar de regelgeving van de lidstaat van de controlerende aandeelhouder plaatsvinden. Dit houdt onder meer in dat moet worden gecorrigeerd voor grondslagafwijkingen in de laag-belastende jurisdictie en dat in de aandeelhoudersstaat van toepassing zijnde faciliteiten of vrijstellingen in ogenschouw moeten worden genomen. Gedacht kan worden aan de deelnemingsvrijstelling ter zake van buitenlandse dividenden.

Gevolg van het feit dat een effectieve belastingdruktoets als uitgangspunt is genomen, is dat de belasting ter zake van al het inkomen van de buitenlandse entiteit in de berekening wordt meegenomen, zijnde zowel passief als actief inkomen.¹⁶⁶ Mijns inziens heeft deze benadering als nadeel dat een entiteit aan de toepassing van de CFC-maatregel kan ontkomen door haar passieve inkomsten, die bijvoorbeeld door toepassing van een preferentieel regime of lager tarief laag-belast zijn, te vermengen met hoog-belaste actieve inkomsten. Opmerkelijk is overigens dat enkel in het buitenland verschuldigde vennootschapsbelasting ter zake van winsten in aanmerking moet worden genomen, hetgeen verschuldigde bronheffingen strikt genomen uitsluit.¹⁶⁷

Ingevolge de slotzin van art. 7 lid 1 ATAD blijft bij de vaststelling van de door de buitenlandse entiteit betaalde belasting een in een derde staat gelegen vaste inrichting buiten beschouwing indien deze niet-onderworpen dan wel vrijgesteld is in de jurisdictie van de buitenlandse entiteit. Deze bepaling is opgenomen

¹⁶³ OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 25, par. 2.2.2.1.

¹⁶⁴ P. Kavelaars, t.a.p., p. 7, par. 3.3.

¹⁶⁵ T. Moser en S. Hentschel, t.a.p., p. 610, par. 3.2.2.

¹⁶⁶ G. van Hulle, t.a.p., p. 721, par. 2.4.

¹⁶⁷ T. Moser en S. Hentschel, p. 611, par. 3.3.2.1.

teneinde vermenging te voorkomen van inkomsten die in de hoofdhuisstaat onbelast zijn.¹⁶⁸ Evenwel lijkt deze bepaling – in samenhang met de eerdere constatering dat een letterlijke lezing van art. 7 lid 1 punt a ATAD ruimte lijkt te bieden indirecte vaste inrichtingen van toepassing van de CFC-maatregel uit te zonderen – een dochtermaatschappij in een hoog-belastende jurisdictie met een laag-belaste vaste inrichting in een derde staat buiten de reikwijdte van de CFC-maatregel te brengen ingeval daarop de vrijstellingsmethode van toepassing is.¹⁶⁹ Ingeval deze hoog-belastende jurisdictie ter zake van de laag-belaste vaste inrichting echter de verrekeningsmethode hanteert, zal voor de effectieve belastingdruktoets in elk geval vermenging van de inkomsten van de dochter met de vaste inrichting plaatsvinden. In beide gevallen biedt dit mijns inziens mogelijkheden tot herstructurering teneinde de CFC-regelgeving te omzeilen, hetgeen afbreuk doet aan de effectiviteit hiervan.

Gelet op het feit dat de CFC-maatregel in ATAD een minimumstandaard vormt, staat het lidstaten vrij strengere voorzieningen te treffen dan waartoe zij ingevolge de richtlijn verplicht zijn. Meer in het bijzonder is in de preambule aangegeven dat de deelnemingsdrempel mag worden verlaagd en de belastingdrempel mag worden verhoogd.¹⁷⁰ Bovendien behoort het gebruik van witte, grijze en zwarte lijsten expliciet tot de mogelijkheden. In dit verband is van belang dat deze gebaseerd zijn op uit de richtlijn volgende relevante criteria zoals de hoogte van het vennootschapsbelastingtarief.

3.3.3 Heffingsobject

Ingevolge art. 7 lid 2 ATAD dienen bepaalde inkomsten die niet voor het einde van het jaar door de CFC zijn uitgekeerd te worden opgenomen in de belastinggrondslag van de controlerende aandeelhouder. Niet duidelijk is op welke van de in paragraaf 2.5.2 genoemde wijzen de CFC-inkomsten in de heffingsgrondslag van de controlerende aandeelhouder moeten worden opgenomen. In de literatuur wordt zowel het gebruik van de *piercing the veil approach* als de *deemed dividend approach* en zelfs het onderwerpen van de CFC in de vestigingsstaat van de controlerende aandeelhouder verdedigd.¹⁷¹ Deze laatste methode is mijns inziens niet in overeenstemming met de richtlijntekst, nu de controlerende aandeelhouder juist als belastingplichtige moet worden aangemerkt. Ook de *deemed dividend approach* lijkt niet volledig in lijn met de richtlijntekst, met name omdat CFC-verliezen in art. 8 lid 1 ATAD expliciet zijn uitgezonderd van toerekening hetgeen bij deze benadering op voorhand al het geval zou zijn. Gelet op de bewoordingen van de preambule en de richtlijntekst ligt voornamelijk het gebruik van de *piercing the veil approach* dan wel de *attribution approach* voor de hand. Evenwel mag worden aangenomen dat het lidstaten vrij staat een (combinatie) van verschillende benaderingen te

¹⁶⁸ Vgl. V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, 'De CFC-maatregel (art. 7 en 8 Anti-ontgaansrichtlijn)', FED 2016/111, par. 2.

¹⁶⁹ Tot een vergelijkbare conclusie komen T. Moser en S. Hentschel, p. 612, par. 3.3.2.2.

¹⁷⁰ Overweging 12 preambule ATAD1.

¹⁷¹ D.W. Blum, t.a.p., p. 307, par. 5.1 respectievelijk T. Moser en S. Hentschel, t.a.p., p. 619, par. 3.5.2.

implementeren, zolang de gekozen vormgeving niet evident indruist tegen de bewoordingen van de richtlijn.

Ingevolge art. 7 lid 2 ATAD wordt lidstaten de keuze geboden tussen implementatie van model A dan wel model B. Onder de in model A opgenomen entiteitsbenadering moeten de volgende categorieën niet-uitgekeerde inkomsten van de CFC in de belastinggrondslag van belastingplichtige worden opgenomen op grond van art. 7 lid 2 punt a ATAD:

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

Opgemerkt moet worden dat model A verplicht tot toerekening aan belastingplichtige van niet-uitgekeerde inkomsten van zowel direct als indirect gehouden CFC's, zonder dat een verband vereist is tussen de toe te rekenen inkomsten en de functies van belastingplichtige. Derhalve voorkomt model A niet enkel grondslaguitholling in de jurisdictie van de controlerende aandeelhouder, maar in beginsel ook *foreign-to-foreign stripping*.¹⁷²

In model A is een inhoudelijke uitzondering opgenomen ten aanzien van een CFC die een wezenlijke economische activiteit, ondersteund door personeel, uitrusting, activa en lokalen, uitoefent zoals blijkt uit relevante feiten en omstandigheden (hierna: 'substance-uitzondering'). Lidstaten wordt de mogelijkheid geboden om af te zien van toepassing van deze uitzondering ingeval de CFC inwoner is van of gelegen is in een derde land dat geen partij is bij de EER-overeenkomst.

De substance-uitzondering vindt haar oorsprong in jurisprudentie van het HvJ EU inzake de verenigbaarheid van antimisbruikbepalingen met de fundamentele vrijheden.¹⁷³ In onder meer de zaak-Cadbury Schweppes is geoordeeld dat een antimisbruikbepaling die onderscheid maakt tussen vestiging in dezelfde of in een andere lidstaat een beperking vormt van de vrijheid van vestiging.¹⁷⁴ Deze beperking kan enkel worden gerechtvaardigd ingeval de maatregel specifiek is gericht op volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de

¹⁷² A. Tokola, t.a.p., p. 180, par. 5.3. Voor wat betreft de Nederlandse implementatie van model A kan echter worden betwijfeld of deze vorm van CFC-regelgeving *foreign-to-foreign stripping* effectief bestrijdt. Zie hierover nader paragraaf 3.4.3.

¹⁷³ Overweging 12 preambule ATAD1, tweede alinea. Dit wordt onderschreven door de Staatssecretaris in Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 17, par. 2.1.4.3.

¹⁷⁴ HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), BNB 2007/54, r.o. 46.

economische realiteit en bedoeld zijn om normaal verschuldigde belasting te ontwijken.¹⁷⁵ Daartoe moet worden beoordeeld of in de andere lidstaat daadwerkelijk economische activiteiten worden uitgeoefend, hetgeen moet worden vastgesteld op grond van objectieve en fysieke elementen zoals lokalen, personeel en uitrusting.¹⁷⁶

Het is de vraag of de substance-uitzondering van art. 7 lid 2 ATAD in overeenstemming is met de door het HvJ EU geformuleerde toets. Onder meer kan worden betoogd dat met 'wezenlijke economische activiteit' een strikter criterium wordt gehanteerd dan het door het HvJ EU gehanteerde begrip 'economische activiteit'.¹⁷⁷ Evenwel ligt het voor de hand dat de substance-uitzondering in overeenstemming wordt geacht met de fundamentele vrijheden, omdat met de vaststelling van ATAD overeenstemming is bereikt omtrent hetgeen als kunstmatig dient te worden gezien zodat nieuwe CFC-wetgeving in deze aangepaste context moet worden beoordeeld.¹⁷⁸ Desalniettemin bestaat in dit verband rechtsonzekerheid.¹⁷⁹

Verder wordt lidstaten ingevolge art. 7 lid 3 ATAD de mogelijkheid geboden om een entiteit of vaste inrichting niet als CFC aan te merken indien een derde of minder van haar inkomsten onder de genoemde categorieën valt. Bovendien bevat deze bepaling een uitzondering voor financiële ondernemingen indien een derde of minder van de inkomsten voortkomt uit transacties met belastingplichtige of gelieerde ondernemingen.

Onder de transactiebenadering, zoals opgenomen in model B van art. 7 lid 2 punt b ATAD, dienen daarentegen niet-uitgekeerde inkomsten van de CFC bij belastingplichtige in de belastinggrondslag te worden betrokken die voortkomen uit kunstmatige constructies die zijn opgezet met als wezenlijk doel een belastingvoordeel te verkrijgen. Van een kunstmatige constructie in vorenbedoelde zin is kortgezegd sprake indien en voor zover de entiteit of vaste inrichting geen eigenaar van de activa zou zijn of de risico's zou hebben genomen die (een deel van) al haar inkomsten genereren indien zij niet onder zeggenschap stond van een vennootschap die bepaalde relevante sleutelfuncties verricht. In dit kader gaat het om de sleutelfuncties die betrekking hebben op de voornoemde activa en risico's, zoals het exploiteren en het beheren daarvan, en die een essentiële rol vervullen bij het genereren van de inkomsten van de CFC. Aangenomen mag worden dat het hier met name de *significant people functions* betreft ten aanzien van het aangaan en beheren van risico's.¹⁸⁰ Als voorbeeld van een kunstmatige constructie kan worden gedacht aan een CFC waarin een intellectueel eigendomsrecht is ondergebracht terwijl de daarop betrekking

¹⁷⁵ Ibid., r.o. 55.

¹⁷⁶ Ibid., r.o. 66 en 67.

¹⁷⁷ In deze zin: V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, t.a.p., par. 6.2 alsmede J. Schönfeld Bonn, 'CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive', EC Tax Review 2017-3, p.150, par. 5.3.

¹⁷⁸ L. van Hulten, t.a.p., par. 2.

¹⁷⁹ In gelijke zin: E. Swaving Dijkstra, t.a.p., p. 738, par. 3.

¹⁸⁰ E. Swaving Dijkstra, t.a.p., p. 738, par. 3.

hebbende DEMPE-functies¹⁸¹ door de controlerende aandeelhouder worden uitgeoefend.¹⁸² Gelet op het voorgaande wordt model B geacht een grote gelijkenis te vertonen met de functieanalyse ten behoeve van verrekenprijsregelgeving.

Om doelmatigheidsredenen wordt lidstaten ingevolge art. 7 lid 4 ATAD de mogelijkheid geboden om een *de minimis*-uitzondering op te nemen ingeval gekozen wordt voor model B. Een entiteit of vaste inrichting wordt uitgesloten van toepassing van model B ingeval:

- a) haar boekhoudkundige winst ten hoogste 750.000 EUR bedraagt en inkomsten uit andere activiteiten dan handel ten hoogste 75.000 EUR; of
- b) haar boekhoudkundige winst ten hoogste 10% van de exploitatiekosten voor het belastingtijdvak bedraagt.

Voorts is in deze bepaling nader gespecificeerd welke kosten in elk geval niet als exploitatiekosten mogen worden aangemerkt.

3.3.4 Berekening inkomsten

Ingeval een lidstaat model A als uitgangspunt neemt, moeten de in aanmerking te nemen CFC-inkomsten ingevolge art. 8 lid 1 ATAD worden berekend overeenkomstig de regels van de lidstaat waar de belastingplichtige is gevestigd of – ingeval belastingplichtige een vaste inrichting is – is gelegen. Verder is expliciet bepaald dat verliezen van de CFC buiten aanmerking blijven en enkel overeenkomstig nationaal recht voorwaarts kunnen worden verrekend. Het ligt derhalve voor de hand dat CFC-verliezen slechts met toekomstige CFC-winsten – van dezelfde entiteit of uit dezelfde jurisdictie – kunnen worden verrekend.¹⁸³

De richtlijntekst biedt geen uitsluitel omtrent de vraag of de CFC-inkomsten op bruto- of netto-basis in de belastinggrondslag van belastingplichtige moeten worden opgenomen.¹⁸⁴ Gelet op het feit dat de toe te rekenen inkomsten moeten worden berekend volgens de vennootschapsbelastingregelgeving van de lidstaat van belastingplichtige, lijkt ruimte te bestaan om kosten in aanmerking te nemen voor zover nationale regelgeving daarin voorziet. Op die manier wordt tevens voorkomen dat bij verschillende lagen CFC's dubbeltelling van toe te rekenen inkomen plaatsvindt ingeval deze onderling transacties aangaan.¹⁸⁵

Bij implementatie van model B moet de toerekening aan belastingplichtige op grond van art. 8 lid 2 ATAD worden beperkt tot de bedragen die zijn gegenereerd

¹⁸¹ *Development, enhancement, maintenance, protection en exploitation* van het intellectueel eigendomsrecht.

¹⁸² V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, t.a.p., par. 3.2.

¹⁸³ In gelijke zin: E. Swaving Dijkstra, t.a.p., p. 738, par. 3 alsmede H. Lohuis, M.H.C. Ruijschop, G.I. van Eijk en J.J.H. Reijnen, t.a.p. en D.W. Blum, t.a.p., p. 307, par. 5.1. Evenwel leidt letterlijke lezing van de richtlijntekst tot een andere conclusie. Zie in dit verband P. Kavelaars, t.a.p., par. 3.3.

¹⁸⁴ V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, t.a.p., par. 4.1.

¹⁸⁵ Gedacht kan worden aan een dubbele CFC-structuur, waarin CFC 1 rentebaten heeft van 100 en hiervan 95 doorbetaalt aan CFC 2. Op basis van een netto-benadering worden de toe te rekenen inkomsten van CFC 1 verminderd met de daarmee verband houdende kosten, zodat slechts de *spread* van 5 in de grondslag van belastingplichtige wordt begrepen, vermeerderd met de rentebaten van 95 van CFC 2.

door activa en risico's die verbonden zijn met de sleutelfuncties die worden verricht door de controlerende vennootschap. Dientengevolge ziet model B enkel op de directe verhouding tussen de CFC en belastingplichtige en blijft toerekening achterwege ingeval een ander dan belastingplichtige de sleutelfuncties verricht. Derhalve kan model B niet worden geacht op effectieve wijze *foreign-to-foreign stripping* te bestrijden.

De toerekening van niet-uitgekeerde inkomsten aan belastingplichtige op grond van model B vindt plaats volgens het *arm's length*-beginsel. Op die manier wordt de aan de CFC toekomende vergoeding vastgesteld conform hetgeen onder juiste toepassing van verrekenprijsregelgeving aan het beperkt aantal functies kan worden toegerekend. Wanneer een CFC bijvoorbeeld het intellectueel eigendom bezit en financiert terwijl de DEMPE-functies worden uitgeoefend door belastingplichtige, moeten alle inkomsten aan belastingplichtige worden toegerekend met uitzondering van een *risk-adjusted* financieringsvergoeding.¹⁸⁶

Voor beide modellen geldt dat de CFC-inkomsten ingevolge art. 8 lid 3 ATAD aan belastingplichtige worden toegerekend naar evenredigheid van de door hem gehouden deelneming in de CFC. In dit verband is onduidelijk hoe toerekening plaatsvindt ingeval de deelname van belastingplichtige in het kapitaal, de winsten of de stemrechten van de CFC van elkaar afwijken.¹⁸⁷ Een grammaticale interpretatie leidt tot de conclusie dat het criterium van art. 7 lid 1 punt a ATAD dat beslissend is geweest in het voldoen aan de deelnemingstoets in dit verband als uitgangspunt moet worden genomen. Aan deze problematiek wordt meer aandacht besteed bij de behandeling van de Nederlandse implementatie in paragraaf 3.4.3.

In ATAD is geen voorschrift opgenomen betreffende het tarief waaraan CFC-voordelen moeten worden onderworpen zodra zij zijn begrepen in de grondslag van belastingplichtige.¹⁸⁸ Teneinde effectieve CFC-regelgeving te implementeren, had het aanbeveling verdiend om het vennootschapsbelastingtarief van de woonstaat van belastingplichtige als uitgangspunt te nemen.¹⁸⁹ In art. 8 lid 4 ATAD is tenslotte bepaald dat de inkomsten in de grondslag moeten worden begrepen in het belastingtijdvak van belastingplichtige waarin het belastingjaar van de CFC eindigt.

3.4 CFC-maatregel in Wet Vpb 1969

3.4.1 Algemeen

Onder de veronderstelling dat art. 8b Wet Vpb 1969 reeds een voldoende implementatie vormt van model B, is in het wetsvoorstel gekozen om een aanvullende CFC-maatregel in de nationale wetgeving op te nemen (hierna: 'de CFC-maatregel').¹⁹⁰ Afgezien van het hierna te bespreken landenbereik is de CFC-

¹⁸⁶ V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, par. 4.2.

¹⁸⁷ Ibid., par. 4.

¹⁸⁸ T. Moser en S. Hentschel, p. 621, par. 3.7.2.

¹⁸⁹ OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 61, par. 6.1.

¹⁹⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 11, par. 2.1.

maatregel volgens het kabinet conform model A vormgegeven.¹⁹¹ De regelgeving wordt hoofdzakelijk neergelegd in art. 13ab, art. 15e en art. 23e Wet Vpb 1969 en wordt naast het reeds bestaande herwaarderingsvoorschrift van art. 13a Wet Vpb 1969 gepositioneerd. Op grond van laatstgenoemde bepaling wordt belastingplichtige verplicht zijn belang in een laag-belaste beleggingsdeelneming onder voorwaarden jaarlijks te waarderen op de waarde in het economisch verkeer.

Blijkens de op het wetsvoorstel betrekking hebbende ramingstoelichtingen van het CPB wordt verwacht dat de CFC-maatregel zodanig prohibitief werkt dat het daaraan inherente gedragseffect leidt tot een budgettaire opbrengst van nihil.¹⁹² Daarbij wordt aangetekend dat onzekerheid bestaat omtrent de vraag of activiteiten van belastingplichtigen uit Nederland zullen worden verplaatst, maar wordt vervolgens verondersteld dat dit zich niet in belangrijke mate zal voordoen. In de raming wordt daarentegen geen aandacht besteed aan internationaal opererende bedrijven die niet reeds in Nederland zijn gevestigd, maar door de implementatie van de CFC-maatregel mogelijk worden ontmoedigd om hun toekomstige investeringen via Nederland te structureren. Het is derhalve de vraag in welke mate de CFC-maatregel het Nederlandse investeringsklimaat beïnvloedt.

In dit verband is van belang op te merken dat Nederland een relatief kleine, open economie heeft en het principe van kapitaalimportneutraliteit hanteert. Binnen het Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel lijkt een CFC-maatregel derhalve formeel niet direct te passen, gelet op het feit dat deze de deelnemingsvrijstelling inperkt en kapitaalexportneutraliteit bevordert.¹⁹³ Hierdoor wordt de belastingdruk op inkomsten van de CFC de facto bepaald op het niveau van de staat waarin de controlerende aandeelhouder is gevestigd. Door de invoering van een CFC-maatregel wordt de belastingconcurrentie zodoende van het CFC-niveau meer naar het moederniveau verplaatst.¹⁹⁴ In de praktijk mag echter worden aangenomen dat voorgenoemde verschuiving naar kapitaalexportneutraliteit in beperkte mate plaatsvindt, gelet op de verwachting dat belastingontwijkingsstructuren met CFC's zich via Nederland niet meer zullen voordoen vanwege de prohibitieve werking van de CFC-maatregel. In dit opzicht is niet uit te sluiten dat Nederland wordt gemeden bij de vormgeving van investeringsstructuren doordat Nederland voor internationaal opererende bedrijven minder aantrekkelijk wordt ten opzichte van – onder meer – landen die geen CFC-regelgeving hebben. Het verbaast dan ook niet dat de Nederlandse wetgever in het verleden heeft aangegeven niet te opteren voor CFC-regelgeving omdat dit door het bedrijfsleven als een slecht signaal zou worden gezien.¹⁹⁵ Tegen deze achtergrond is het niet verwonderlijk dat de voorgestelde CFC-maatregel specifiek is gericht op kunstmatige constructies in limitatief opgesomde laag-belastende jurisdicties, zodat de impact op het

¹⁹¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 6, par. 2.1.1 alsmede p. 9, par. 2.1.4.

¹⁹² Ramingstoelichting ATAD1, p. 5, par. 2.2, bijlage bij Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3.

¹⁹³ Zie ook L. van Hulten, t.a.p., par. 4.1.

¹⁹⁴ G. van Hulle, t.a.p., p. 720, par. 2.2.

¹⁹⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 14, par. 4.1.

vestigingsklimaat voor het reële bedrijfsleven beperkt blijft. Dit strookt tevens met het huidige Nederlandse beleid om belastingontwijking aan te pakken terwijl tegelijkertijd een aantrekkelijk vestigings- c.q. investeringsklimaat moet worden behouden voor bedrijven die daadwerkelijk economische activiteiten verrichten.¹⁹⁶

3.4.2 Kwalificatie als CFC

De CFC-maatregel is hoofdzakelijk opgenomen in art. 13ab (lichamen) en art. 15e Wet Vpb 1969 (vaste inrichtingen). Belastingplichtig ter zake van de voordelen uit hoofde van een CFC kan zowel een in Nederland gevestigd lichaam als een in Nederland gelegen vaste inrichting van een in het buitenland gevestigd lichaam zijn.¹⁹⁷ Van een CFC is ingevolge art. 13ab lid 3 Wet Vpb 1969 sprake wanneer cumulatief is voldaan aan de volgende twee vereisten:

- 1) belastingplichtige heeft al dan niet tezamen met een aan hem gelieerd lichaam of natuurlijk persoon een direct of indirect belang in een lichaam:
 - a. van meer dan 50% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal;
 - b. dat meer dan 50% van de statutaire stemrechten vertegenwoordigt; of
 - c. dat recht geeft op meer dan 50% van de winst (hierna: 'controletoeets'); en
- 2) dat lichaam is gevestigd in een bij ministeriële regeling aangewezen lidstaat (hierna: 'laag-belastende jurisdictie') volgens de fiscale of andere regelgeving van die staat, waarbij die aangewezen staat:
 - d. op 1 oktober van het kalenderjaar voorafgaande aan het kalenderjaar waarin het boekjaar van belastingplichtige aanvangt lichamen niet of naar een statutair tarief van minder dan 9% onderwerpt aan een belasting naar de winst; of
 - e. is opgenomen in de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden, geldend in het kalenderjaar voorafgaand aan het kalenderjaar waarin het boekjaar van belastingplichtige aanvangt;tenzij dat lichaam volgens de fiscale regelgeving van een andere, niet-aangewezen staat aldaar als inwoner is onderworpen aan een belasting naar de winst (hierna: 'vestigingstoets').

Voordat wordt toegekomen aan de controletoeets en vestigingstoets dient te worden vastgesteld welke uitleg moet worden gegeven aan het begrip 'lichaam' voor de toepassing van art. 13ab Wet Vpb 1969. Meer in het bijzonder is het de vraag of ook naar Nederlandse maatstaven transparante entiteiten onder deze definitie kunnen vallen. In dit verband is door de Staatssecretaris opgemerkt dat het begrip 'lichaam' voor de toepassing van de CFC-maatregel niet zonder meer beperkt is tot naar Nederlandse maatstaven niet-transparante lichamen zodat de CFC-maatregel een ruim toepassingsbereik heeft.¹⁹⁸ Bovendien is het begrip

¹⁹⁶ Regeerakkoord 2017 'Vertrouwen in de toekomst', bijlage bij Kamerstukken II 2017/18, 34 700, nr. 34, p. 35, par. 2.4-2.5 alsmede Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 6, par. 2.1.2.

¹⁹⁷ Dit volgt uit art. 17 lid 3 onderdeel a jo. art. 18 lid 1 Wet Vpb 1969.

¹⁹⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 50, par. 3.1.

'lichaam' – zo redeneert de Staatssecretaris – ook in de Wet Vpb 1969 in zijn algemeenheid niet beperkt tot niet-transparante entiteiten.¹⁹⁹ Omdat geen nadere definitie wordt gegeven in welke omstandigheden een entiteit als lichaam voor de toepassing van art. 13ab Wet Vpb 1969 moet worden beschouwd, kan het mijns inziens worden verdedigd om aan te sluiten bij hetgeen voor de Wet Vpb 1969 in zijn algemeenheid heeft te gelden. Derhalve moet voor de definitie van lichaam art. 2 lid 1 onderdeel b AWR alsmede het kwalificatiebesluit voor buitenlandse samenwerkingsverbanden als uitgangspunt worden genomen.²⁰⁰ Voor zover het begrip 'lichaam' voor de toepassing van art. 13ab Wet Vpb 1969 ruimer wordt uitgelegd zodat dit ook (andere) transparante entiteiten omvat, lijkt de CFC-maatregel namelijk materieel geen effect te hebben. De transparante entiteit die dientengevolge onder toepassing van de CFC-maatregel valt, krijgt immers naar Nederlandse maatstaven geen inkomen toegerekend voor zover deze voor de toepassing van de Wet Vpb 1969 als transparant kwalificeert, een en ander met inachtneming van het voorgestelde art. 2 lid 3 jo. 11 Wet Vpb 1969 inzake reverse hybride entiteiten.²⁰¹ De berekening naar Nederlandse maatstaven moet namelijk zodanig worden uitgelegd dat de belasting wordt berekend die de CFC verschuldigd zou zijn indien deze in Nederland zou zijn gevestigd.²⁰²

Controletoeets

Voor de controletoeets is grotendeels aangesloten bij hetgeen op dit punt in art. 7 lid 1 punt a ATAD is voorgeschreven. Zo kan niet alleen een direct, maar ook een indirect belang in een potentiële CFC kwalificeren en moeten belangen van gelieerde partijen voor de controletoeets worden opgeteld. Als een met belastingplichtige gelieerde partij in vorenbedoelde zin kwalificeert:

- i) een lichaam waarin belastingplichtige een belang houdt;
- ii) een lichaam of natuurlijk persoon dat in belastingplichtige een belang houdt; en
- iii) een lichaam waarin een ander lichaam of natuurlijk persoon een belang houdt, terwijl dit andere lichaam of natuurlijk persoon eveneens een belang houdt in belastingplichtige.²⁰³

In afwijking van hetgeen voor de controletoeets heeft te gelden, is voor gelieerdheid slechts een direct of indirect belang van 25% (van het aandelenkapitaal, stemrecht of recht op winst) voldoende. Dit heeft tot gevolg dat een indirect belang van mathematisch minder dan 50% in een CFC onder omstandigheden kwalificeert voor de controletoeets. Ter illustratie dient het volgende voorbeeld, zoals weergegeven in figuur 2:

¹⁹⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 50, par. 3.1.

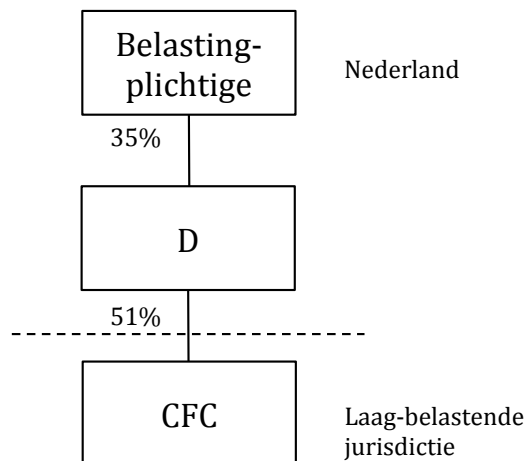
²⁰⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, nr. CPP 2009/519M, Stcrt. 2009, 19749, BNB 2010/58.

²⁰¹ Consultatiedocument implementatie ATAD2, 29 oktober 2018, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad2>.

²⁰² Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 48, par. 3.1. Dit wordt nader behandeld in paragraaf 3.4.3.

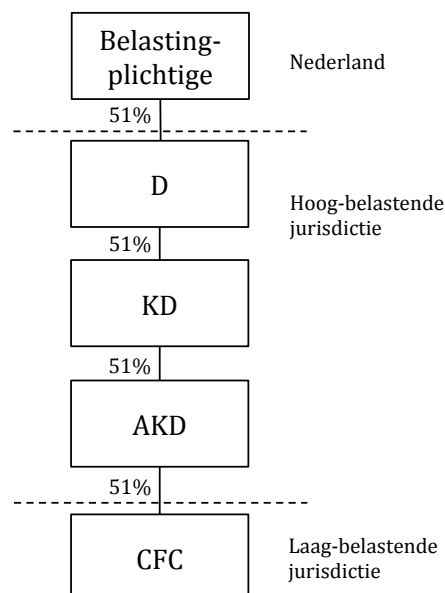
²⁰³ Art. 13ab lid 8 tot en met 10 Wet Vpb 1969.

Figuur 2



Belastingplichtige bezit een belang van 35% in het aandelenkapitaal van dochtermaatschappij D die op haar beurt een belang van 51% in het aandelenkapitaal van de CFC houdt. D kwalificeert dus als een met belastingplichtige gelieerd lichaam. Ondanks het feit dat belastingplichtige in economisch opzicht geen indirect belang heeft van meer dan 50% in de CFC en de facto niet zonder meer zeggenschap over de CFC kan uitoefenen, heeft hij tezamen met een aan hem gelieerd lichaam een kwalificerend belang in de CFC waardoor aan de controletoes wordt voldaan.²⁰⁴ Bij de berekening van het heffingsobject wordt vervolgens wél rekening gehouden met het feit dat belastingplichtige de facto slechts een 35%-belang heeft in de CFC.²⁰⁵ Het omgekeerde kan zich ook voordoen, zoals schematisch weergegeven in figuur 3:

Figuur 3



²⁰⁴ Deze uitwerking is bevestigd in Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 50, par. 3.1.

²⁰⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 32. Zie voor de berekening van het heffingsobject paragraaf 3.4.3.

In dit voorbeeld is zowel D als KD met belastingplichtige gelieerd in de zin van art. 13ab lid 8 Wet Vpb 1969, hetgeen niet heeft te gelden ten aanzien van AKD. AKD is het enige lichaam in deze structuur dat een belang van meer dan 50% houdt in de CFC. Belastingplichtige heeft derhalve geen kwalificerend belang in de CFC tezamen met gelieerde lichamen en voldoet zodoende niet aan de controletoeets, niettegenstaande het feit dat hij door de keten heen een juridisch doorslaggevende zeggenschap heeft in de CFC. Gelet op het feit dat de CFC-maatregel moet zien op controlesituaties lijkt deze uitwerking niet in overeenstemming met haar doelstelling.

Ten aanzien van een vaste inrichting vindt de controletoeets ingevolge art. 15e lid 10 Wet Vpb 1969 geen toepassing. Gelet op het feit dat de CFC-maatregel ten aanzien van vaste inrichtingen is vormgegeven als een uitzondering op de objectvrijstelling valt enkel een direct gehouden vaste inrichting onder haar reikwijdte. Dit heeft tot gevolg dat de CFC-maatregel toepassing mist ten aanzien van een indirect gehouden vaste inrichting gelegen in een laag-belastende jurisdictie van een dochtermaatschappij die niet in een dergelijke jurisdictie is gevestigd, hetgeen inmiddels is bevestigd door de Staatssecretaris.²⁰⁶ Hieruit kan worden afgeleid dat de Nederlandse wetgever veronderstelt dat art. 7 lid 1 ATAD niet op indirecte vaste inrichtingen ziet. Dit kan in mijn optiek worden betwist zoals uiteengezet in paragraaf 3.3.2. Zoals eveneens in die paragraaf beargumenteerd, kan dit in voorkomende gevallen mogelijkheden bieden tot herstructurering teneinde toepassing van de CFC-maatregel te omzeilen.

Vestigingstoets

Voor de vestigingstoets moet worden vastgesteld of het gecontroleerde lichaam is gevestigd in een laag-belastende jurisdictie volgens de aldaar geldende fiscale of andere regelgeving.²⁰⁷ De lijst van aangewezen laag-belastende jurisdicties zal jaarlijks bij ministeriële regeling worden gepubliceerd en is bindend en uitputtend.²⁰⁸ In bijlage 1 is de voorlopige lijst voor 2019 opgenomen.²⁰⁹ In afwijking van hetgeen is voorgeschreven in art. 7 lid 1 punt b ATAD is de daadwerkelijke effectieve belastingdruk voor toepassing van de vestigingstoets irrelevant. In plaats daarvan wordt jaarlijks bij ministeriële regeling een uitputtende zwarte lijst samengesteld van laag-belastende jurisdicties, zijnde jurisdicties die ofwel een statutair tarief van minder dan 9% hanteren ofwel zijn opgenomen in de EU-lijst van non-coöperatieve jurisdicties. Voor wat betreft het statutair tarief is opgemerkt dat het gaat om het algemeen geldende statutaire

²⁰⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 47, par. 3.1.

²⁰⁷ Voor de vaste inrichting wordt daarentegen blijkens de bewoordingen van art. 15e lid 10 Wet Vpb 1969 niet aangesloten bij de ter plekke geldende aanknopingspunten voor belastingplicht. Voldoende lijkt dat deze naar Nederlandse maatstaven is gelegen in een laag-belastende jurisdictie.

²⁰⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 50, par. 3.1.

²⁰⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 000, nr. 44, p. 25-26. Inmiddels is een geüpdatete versie van de conceptlijst opgenomen in Kamerstukken I 2018/19, 35 030, nr. C, p. 3, par. 3. Namibië was in eerste instantie op de EU-lijst van niet-coöperatieve jurisdicties opgenomen, maar is daar inmiddels van geschrapt (Redactie Vakstudie Nieuws, 'Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking (ATAD 1). Nota naar aanleiding van het verslag', V-N 2018/63.2).

belastingtarief over ondernemingswinsten.²¹⁰ Meer in het bijzonder wordt geen rekening gehouden met het feit dat het effectieve tarief mogelijk lager is dan 9% vanwege het bestaan van grondslagafwijkingen.²¹¹ Zodoende wordt een territoriaal belastingsysteem dat een algemeen geldend statutair tarief van meer dan 9% hanteert maar zogenoemd *foreign-sourced income*²¹² niet (effectief) belast in beginsel niet in de lijst van laag-belastende jurisdicties opgenomen. Een dergelijk preferentieel regime wordt volgens de Staatssecretaris reeds op de voet van de EU-lijst opgenomen in de lijst van laag-belastende jurisdicties indien de EU het desbetreffende regime als schadelijk beoordeelt.²¹³

Afgevraagd kan worden of de vestigingstoets richtlijnconform is. Hoewel lidstaten de mogelijkheid wordt geboden een zwarte lijst te hanteren met daarin de hoogte van het vennootschapsbelastingtarief,²¹⁴ zou enkel dit gegeven niet beslissend mogen zijn nu ingevolge art. 7 lid 1 punt b ATAD de effectieve belastingdruk moet worden getoetst. Op dit punt lijkt de vestigingstoets niet in overeenstemming met de richtlijntekst. Daarnaast moet de zwarte lijst gebaseerd zijn op criteria die volgen uit de richtlijn. Ingevolge art. 7 lid 1 punt b ATAD zou de tariefdrempel op 12,5% moeten worden vastgesteld, zijnde de helft van het Nederlandse vennootschapsbelastingtarief per 2019. Ook in dit verband kan de vestigingstoets niet richtlijnconform worden geacht zodat moet worden geconcludeerd dat de wetgever met de vestigingstoets art. 7 lid 1 punt b ATAD onjuist heeft geïmplementeerd. In de Nota naar aanleiding van het verslag heeft de Staatssecretaris de afwijking van de richtlijn voor wat betreft de vestigingstoets onderkend en heeft hij betoogd dat deze afwijking mogelijk is omdat Nederland al voldoet aan de richtlijnverplichtingen op basis van model B.²¹⁵ Beargumenteerd zou echter kunnen worden dat dit laatste standpunt onjuist is, met als gevolg dat kan worden betoogd dat de richtlijn door Nederland onjuist is geïmplementeerd.²¹⁶ Daar de wetgever met art. 13ab Wet Vpb 1969 geen strengere implementatie heeft beoogd dan hetgeen waartoe model A verplicht, zou in dit geval een rechtstreeks beroep door belastingplichtige op art. 7 lid 1 ATAD kunnen worden verdedigd, bijvoorbeeld in de (uitzonderlijke) situatie waarin een door hem gehouden CFC is onderworpen aan een statutair tarief van minder dan 9% maar effectief meer dan 12,5% belasting is verschuldigd.

Ingeval een lichaam dat gevestigd is in een laag-belastende jurisdictie daarnaast tevens *als inwoner* is onderworpen in een andere, niet laag-belastende jurisdictie volgens de fiscale regelgeving van de laatstgenoemde jurisdictie, wordt ingevolge de slotzin van art. 13ab lid 3 Wet Vpb 1969 niet voldaan aan de

²¹⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 43. Ingeval een jurisdictie keuzeregimes kent, moet elk van hen voldoen aan de tarieftoets (p. 44).

²¹¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 44.

²¹² Bijvoorbeeld rente- en royaltybetalingen die hun oorsprong vinden in een andere jurisdictie.

²¹³ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 44.

²¹⁴ Overweging 12 preambule ATAD1.

²¹⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 9, par. 2.1.4.2.

²¹⁶ H. Lohuis in G.I. van Eijk, J.J.H. Reijnen, H. Lohuis en J.D. Schouten, t.a.p., par. 2 alsmede V.T.P. van der Lans en M. Knops, 'De (aanvullende) CFC-maatregel van artikel 13ab Wet Vpb, MBB 2018/11, p. 461, par. 2.1. Dit wordt nader besproken in paragraaf 6.3.1.

vestigingstoets.²¹⁷ Deze bepaling is gericht op lichamen met een dubbele vestigingsplaats en voorkomt dat een dergelijk lichaam voldoende wordt belast maar desalniettemin als CFC wordt aangemerkt.

Opmerkelijk is dat niet aan de vestigingstoets wordt voldaan indien een entiteit nergens volgens fiscale en andere regelgeving gevestigd is. Gedacht kan worden aan een naar buitenlands recht opgerichte *partnership* die in de jurisdictie van oprichting als transparant wordt aangemerkt en bovendien niet is gevestigd in een andere jurisdictie. Als een dergelijke *partnership* in de jurisdictie waarin de directe participanten zijn gevestigd als niet-transparant wordt aangemerkt, ontstaat een hybridemismatch met als gevolg dat de voordelen van de *partnership* nergens belast zijn.²¹⁸ Evenwel lijkt een dergelijke *partnership* – als deze al als lichaam wordt aangemerkt voor de toepassing van de CFC-maatregel – bij afwezigheid van een vestigingsplaats niet te voldoen aan de vestigingstoets en dus niet als CFC te kwalificeren. Dit is slechts anders indien oprichting naar het recht van een staat als vestiging moet worden aangemerkt voor de vestigingstoets.²¹⁹ Ook in dat geval kan echter worden voorkomen dat wordt voldaan aan de vestigingstoets wanneer de *partnership* naar het recht van een niet-aangewezen staat is opgericht. Voor dergelijke situaties verdient het aanbeveling maatregelen te treffen teneinde een entiteit als CFC aan te merken indien deze als lichaam in de zin van de CFC-maatregel wordt aangemerkt en in de veronderstelde jurisdictie van vestiging als transparant kwalificeert, tenzij haar voordelen bij de achterliggende participant in een voldoende hoge belastingheffing worden betrokken.²²⁰

In art. 13ab lid 4 Wet Vpb 1969 zijn twee bepalingen opgenomen op grond waarvan lichamen of vaste inrichtingen onder voorwaarden niet als CFC worden aangemerkt. Deze uitzonderingen worden afzonderlijk besproken in paragraaf 3.4.4.

3.4.3 Heffingsobject

De voordelen uit hoofde van een CFC worden bij belastingplichtige per CFC afzonderlijk in aanmerking genomen naar tijdsgelang en naar rato van zijn belang in de desbetreffende entiteit. In art. 13ab lid 1 Wet Vpb 1969 is een limitatieve opsomming opgenomen van in aanmerking te nemen voordelen (hierna: ‘besmette voordelen’) die zeer nauw aansluit bij art. 7 lid 2 punt a ATAD. Als besmette voordelen worden aangemerkt:

- a. rente of andere voordelen uit financiële activa;
- b. royalty's of andere voordelen uit immateriële activa;

²¹⁷ Dit dient te worden bewezen aan de hand van een belastingaanslag of andere door de buitenlandse fiscus gewaarmerkte bescheiden waaruit blijkt dat het lichaam in de desbetreffende staat als inwoner is onderworpen aan een belasting naar de winst (Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 51, par. 3.1).

²¹⁸ In dit voorbeeld wordt aangenomen dat de jurisdictie waar de directe participanten hun fiscale woon- of vestigingsplaats hebben geen hybridemismatchmaatregelen heeft getroffen.

²¹⁹ De Staatssecretaris lijkt een dergelijke ruime benadering voor te staan. Zie Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 43. Vgl. V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 463, par. 4.2.1.

²²⁰ Dit is reeds aanbevolen in OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 22, par. 2.2.1.

- c. dividenden en voordelen uit de vervreemding van aandelen;
- d. voordelen uit financiëleleasingactiviteiten;
- e. voordelen uit verzekerings-, bank- of andere financiële activiteiten; en
- f. voordelen uit weinig of geen economische waarde toevoegende factureringsactiviteiten bestaande uit verkoop- of dienstenvoordelen behaald met goederen en diensten, gekocht van of verkocht aan de belastingplichtige of een aan hem gelieerd lichaam of natuurlijk persoon.

Op deze voordelen mogen de daarmee verband houdende kosten in mindering worden gebracht.

Het begrip 'voordelen' moet in de ruimste zin des woords worden opgevat, zodat elk voordeel dat samenhangt met de genoemde activa hieronder moet worden begrepen.²²¹ Expliciet is opgemerkt dat dit begrip derhalve ook waardeveranderingen van de desbetreffende activa omvat. Zodoende lijkt ook een zakelijke afwaardering van bijvoorbeeld een schuldvordering als (negatief) voordeel in aanmerking te moeten worden genomen.²²²

De omvang van de besmette voordelen en van de daarmee verband houdende kosten moet naar Nederlandse maatstaven worden bepaald, hetgeen betekent dat onder meer rekening moet worden gehouden met de deelnemingsvrijstelling, aftrekbeperkingen en correcties uit hoofde van het *arm's length*-beginsel.²²³ Zo maakt door de CFC ontvangen dividend (of een voordeel uit hoofde van de vervreemding van aandelen) dat bij rechtstreekse uitkering aan belastingplichtige zou zijn vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling geen deel uit van de besmette voordelen. Dit is mijns inziens geen onredelijke tegemoetkoming, gelet op het feit dat de door de CFC ontvangen dividenden zeer wel actief of hoog-belast inkomen kunnen vertegenwoordigen.²²⁴ Voorts moeten de besmette voordelen worden vastgesteld in de functionele valuta waarin de winst van de CFC in haar woonstaat wordt berekend zodat valutaresultaten deel uitmaken van de besmette voordelen naar Nederlandse maatstaven.²²⁵ Daarnaast betekent de vaststelling naar Nederlandse maatstaven mijns inziens dat het moment van winst- en verliesneming wordt geregeerd door goedkoopmansgebruik.²²⁶

²²¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 47, par. 3.1.

²²² Vgl. V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 468, par. 6.1.1.

²²³ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 41. Dit sluit aan bij hetgeen in art. 8 lid 1 ATAD is voorgeschreven. Ten aanzien van de kosten is dit bevestigd in Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 49, par. 3.1.

²²⁴ In gelijke zin: T. Moser en S. Hentschel, t.a.p., p. 615, par. 3.4.2.2 alsmede J. Schönfeld Bonn, t.a.p., p. 149, par. 5.2.3.

²²⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 41. Gelet op deze toelichting zou kunnen worden gesteld dat valutaverliezen aftrekbaar zijn bij het bepalen van het saldo aan besmette voordelen. Evenwel kan worden betwist of een valutaverlies onder het begrip 'kosten' valt. Zie ook V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 470, par. 6.1.4. Zij wijzen onder meer op de expliciete uitbreiding van het begrip 'kosten' in art. 10a lid 1 Wet Vpb 1969.

²²⁶ Dit betekent onder meer dat een correctie moet plaatsvinden ter zake van een lening waarop de rente wordt bijgeschreven indien de laag-belastende jurisdictie een kasstelsel hanteert. Tot een vergelijkbare conclusie komen V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 473, par. 7.2.

Aangenomen mag worden dat de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 zélf eveneens deel uitmaakt van de berekening van de voordelen naar Nederlandse maatstaven. Steun voor deze opvatting ontleen ik aan de opmerking van de Staatssecretaris dat de voordelen van de CFC moeten worden vastgesteld alsof het lichaam in Nederland onderworpen zou zijn aan belastingheffing.²²⁷ Evenwel moeten de voordelen voor de CFC die deze dientengevolge toegerekend krijgt worden gezien als andere dan besmette voordelen, hetgeen voor belastingplichtige mogelijksterwijs voordelig kan uitpakken voor de toepassing van de de minimis-uitzondering (zie paragraaf 3.4.4).²²⁸ Voor de berekening van de besmette voordelen uit hoofde van een als CFC aangemerkte vaste inrichting wordt aangesloten bij hetgeen is bepaald in art. 13ab lid 1 Wet Vpb 1969, met dien verstande dat voor dat bedrag de objectvrijstelling toepassing mist.²²⁹

Vanwege het feit dat de omvang van de besmette voordelen na toepassing van correcties uit hoofde van het *arm's length*-beginsel moet worden vastgesteld, kan worden afgevraagd in hoeverre de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 effectief is. Indien art. 8b Wet Vpb 1969 een zodanig sterke werking heeft als voor de implementatie van model B wordt verondersteld, worden de inkomsten van de CFC reeds op die voet aan belastingplichtige toegerekend voor zover laatstgenoemde de daarop betrekking hebbende sleutelfuncties verricht.²³⁰ Als deze functies daarentegen door een andere partij worden uitgeoefend, zou het inkomen van de CFC door verrekenprijscorrecties voor de toepassing van art. 13ab Wet Vpb 1969 slechts kunnen worden gesteld op een risicovrije vergoeding, hetgeen het onder model A toe te rekenen inkomen minimaliseert.²³¹ Op die manier lijkt de CFC-maatregel niet op effectieve wijze *foreign-to-foreign* stripping te voorkomen. Voorgaande uitwerking leidt tot de constatering dat art. 13ab Wet Vpb 1969 in combinatie met art. 8b Wet Vpb 1969 slechts materieel effect lijkt te hebben indien de sleutelfuncties door de CFC respectievelijk belastingplichtige worden uitgeoefend.²³²

Hoewel de besmette voordelen bij belastingplichtige naar rato van zijn belang in de CFC in aanmerking moeten worden genomen, is het onduidelijk hoe deze toerekening moet plaatsvinden als zijn belangen in het stemrecht, aandelenkapitaal en recht op winst van de CFC onderling afwijken. Zoals reeds in paragraaf 3.3.4 besproken biedt ook art. 8 lid 3 ATAD op dit punt geen duidelijkheid. Op grond van een grammaticale interpretatie van art. 13ab lid 1 Wet Vpb 1969, eerste volzin kan worden betoogd dat het belangcriterium zoals opgenomen in het derde lid dat beslissend is geweest in het voldoen aan de controletoeets als uitgangspunt moet worden genomen. Ingeval belastingplichtige dus aandelen bezit in de CFC die recht geven op 60% van het stemrecht en op een aandeel van 20% in de winst, zouden de besmette voordelen voor 60% aan hem moeten worden toegerekend. Dit kan uiteraard leiden tot een gedeeltelijke

²²⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 48, par. 3.1.

²²⁸ V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 472, par. 6.4.

²²⁹ Art. 15e lid 10 Wet Vpb 1969.

²³⁰ H. Lohuis in G.I. van Eijk, J.J.H. Reijnen, H. Lohuis en J.D. Schouten, t.a.p., par. 2.

²³¹ Ibid.

²³² V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 471, par. 6.1.5.

dubbeltelling indien de besmette voordelen bij een andere aandeelhouder op basis van zijn winstrecht eveneens voor 80% in de CFC-heffing worden betrokken. Vanuit economisch oogpunt lijkt het daarom wenselijk om het toe te rekenen inkomen te bepalen op basis van het winstrecht van belastingplichtige in de CFC omdat hij ook in die mate gerechtigd is tot de winst van de CFC in geval van uitkering.²³³ Vanuit antimisbruikperspectief daarentegen is het mijns inziens verdedigbaar om aan te sluiten bij het doorslaggevende criterium. Daarmee wordt voorkomen dat winstrecht kunstmatig wordt ondergebracht in een derde staat zonder CFC-regelgeving terwijl het stemrecht volledig in handen is van de in de EU gevestigde controlerende aandeelhouder. In elk geval kan worden aanbevolen om de wet of de toelichting daarop te verduidelijken, in die zin dat duidelijk moet worden hoe 'naar rato van het belang dat belastingplichtige in het gecontroleerde lichaam heeft' moet worden uitgelegd indien de belangen in het stemrecht, aandelenkapitaal en recht op winst van de CFC onderling afwijken.

Ingevolge art. 13ab lid 2 Wet Vpb 1969 vindt het eerste lid slechts toepassing voor zover het saldo van besmette voordelen positief is en voor het einde van het boekjaar van belastingplichtige niet door de CFC is uitgekeerd.²³⁴ De uitkering dient daadwerkelijk te hebben plaatsgevonden, zodat een verkapt dividend in dit verband niet kwalificeert.²³⁵ Gelet op het feit dat enkel niet-uitgekeerde inkomsten worden bestreken door de CFC-maatregel, lijkt toepassing daarvan te kunnen worden omzeild door de CFC het inkomen binnen het jaar uit te laten keren aan een tussenhoudster die is gevestigd in een niet-aangewezen jurisdictie die buitenlandse dividenden vrijstelt. Heffing bij belastingplichtige blijft zelfs volledig achterwege indien het belang in de tussenhoudster kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling.²³⁶ Een dergelijk resultaat druist evident in tegen de ratio van de deelnemingsvrijstelling, te weten het voorkomen van economisch dubbele heffing, waarvan nu juist geen sprake is. Bovendien doet het voorgaande afbreuk aan de effectiviteit van de CFC-maatregel en zou het mijns inziens meer voor de hand liggen om ook uitgekeerde inkomsten onder de reikwijdte van de CFC-maatregel te brengen.²³⁷ Hoewel het risico dat toepassing van de CFC-maatregel op voorgenoemde wijze wordt ontgaan door de Staatssecretaris is onderkend, wordt dit niet verholpen omdat de CFC-maatregel – zo stelt de Staatssecretaris – een aanvulling vormt op het bestaande instrumentarium zoals art. 13a en art. 13aa Wet Vpb 1969.²³⁸

²³³ T. Moser en S. Hentschel, t.a.p., p. 611, par. 3.2.2.

²³⁴ Dat het gaat om het boekjaar van belastingplichtige is bevestigd in Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 49, par. 3.1.

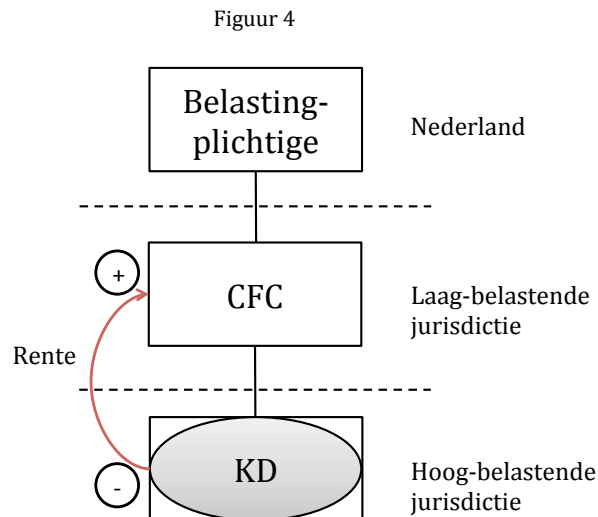
²³⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 49, par. 3.1.

²³⁶ V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, t.a.p., par. 7. Ingeval de deelnemingsvrijstelling ingevolge art. 13 lid 9 e.v. Wet Vpb 1969 geen toepassing vindt, vindt in elk geval uitstel van heffing plaats tot het moment van uitkering door de tussenhoudster, hetgeen eveneens niet in overeenstemming kan worden geacht met de ratio van de CFC-maatregel.

²³⁷ Dit is bijvoorbeeld het geval in de huidige Duitse CFC-wetgeving. Zie T. Moser en S. Hentschel, t.a.p., p. 608, par. 2.

²³⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 19, par. 2.1.4.4. Afgevraagd kan nog worden of het tussenplaatsen van een tussenhoudster als misbruik kwalificeert in de zin van art. 6 ATAD (Redactie Vakstudie Nieuws, 'Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking (ATAD 1). Nota naar aanleiding van het verslag', V-N 2018/63.2, p. 18, par. 2.1.4.3. Die kans zal

Gelet op het feit dat de omvang van de besmette voordelen wordt berekend naar Nederlandse maatstaven, dient zich de vraag aan hoe moet worden omgegaan met inkomen van de CFC dat naar Nederlandse maatstaven niet wordt erkend. Dit kan aan de orde zijn bij een kwalificatieconflict betreffende de erkenning van een buitenlandse entiteit als belastingplichtige (hybridemismatch). Het volgende, in figuur 4 weergegeven voorbeeld kan dit verduidelijken:



In dit voorbeeld houdt belastingplichtige alle aandelen in een CFC gevestigd in een laag-belastende jurisdictie, die op haar beurt alle participaties houdt in kleindochter KD gevestigd in een hoog-belastende jurisdictie. CFC heeft een lening aan KD verstrekt ter zake waarvan zij rente ontvangt. KD wordt naar Nederlandse maatstaven als transparant aangemerkt,²³⁹ terwijl KD door de andere jurisdicties als zelfstandig rechtspersoon wordt erkend. KD is derhalve een hybride entiteit die waarschijnlijk niet binnen de reikwijdte valt van de door Nederland ingevolge ATAD2 te implementeren hybridemismatchmaatregel.²⁴⁰ Vanwege het feit dat KD naar Nederlandse maatstaven niet wordt erkend als zelfstandig belastingplichtige, wordt de lening tussen CFC en KD genegeerd. Het gevolg lijkt op het eerste oog dat de daarmee samenhangende rente voor de berekening van de omvang van de besmette voordelen ingevolge art. 13ab lid 1 Wet Vpb 1969 buiten beschouwing blijft. Evenwel moet de omvang van de door de CFC genoten besmette voordelen worden bepaald naar Nederlandse maatstaven, zodat daarbij ook rekening moet worden gehouden met de hybridemismatchmaatregel. Niettegenstaande het feit dat tussen de laag-belastende jurisdictie en de hoog-belastende jurisdictie geen mismatch

mijns inziens groter worden naarmate de tussenhoudster minder functies uitoefent en minder substance heeft.

²³⁹ Op grond van het zogenoemde kwalificatiebesluit: Besluit Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, nr. CPP 2009/519M, Stcrt. 2009, 19749, BNB 2010/58. Te denken valt aan een met de Nederlandse CV vergelijkbare entiteit die aan het toestemmingsvereiste zoals neergelegd in art. 2 lid 3 onderdeel c AWR voldoet.

²⁴⁰ Dit zou slechts anders zijn indien de zinsnede 'aftrek zonder betrekking in de heffing' voor toepassing van art. 9 lid 2 ATAD zodanig ruim moet worden opgevat dat onder 'heffing' ook CFC-heffing valt, zodat Nederland de voordelen in de heffing moet betrekken als secundaire respons.

betreffende de kwalificatie van KD bestaat, zou kunnen worden verdedigd dat voor de bepaling van de besmette voordelen van de CFC naar Nederlandse maatstaven sprake is van een hybridemismatch in de zin van het voorgestelde art. 12aa lid 1 onderdeel e Wet Vpb 1969 omdat een kwalificatieverschil tussen Nederland en de hoog-belastende jurisdictie bestaat dat naar Nederlandse maatstaven leidt tot aftrek zonder betrekking in de heffing.²⁴¹ Dientengevolge zou de rentebetaling – indien de hoog-belastende jurisdictie de aftrek niet weigert²⁴² – naar Nederlandse maatstaven op grond van de secundaire respons van het voorgestelde art. 12ab lid 1 Wet Vpb 1969 moeten worden belast. In zoverre zou de werking van de CFC-maatregel dus niet worden ondermijnd door gebruik van hybride entiteiten.²⁴³ Tegen voorgaande uitwerking kan worden aangevoerd dat in werkelijkheid geen sprake is van een kwalificatieconflict, noch van een aftrek zonder betrekking in de heffing. Indien bij de berekening van de voordelen naar Nederlandse maatstaven in dit verband géén fictieve toepassing van de hybridemismatchmaatregel plaatsvindt, wordt niet voorkomen dat de grondslag wordt uitgehold van de hoog-belastende jurisdictie of die van een andere jurisdictie waaraan KD vervolgens leningen zou kunnen verstrekken (*foreign-to-foreign stripping*).²⁴⁴ Om dit te voorkomen, verdient het aanbeveling een zogenoemde *modified hybrid mismatch rule* in de CFC-maatregel op te nemen teneinde een dergelijke intra-groepsbetaling bij de berekening van de besmette voordelen in aanmerking te nemen ingeval:

- a) de betaling niet is opgenomen in de besmette voordelen; en
- b) de betaling zou zijn opgenomen in de besmette voordelen ingeval de entiteiten en betalingen in Nederland op dezelfde wijze gekwalificeerd waren als in de jurisdictie van betaler en ontvanger.²⁴⁵

De besmette voordelen worden in de heffing betrokken tegen het reguliere vennootschapsbelastingtarief. De vraag is of de besmette voordelen daadwerkelijk door middel van toerekening in de grondslag van belastingplichtige worden opgenomen en derhalve de onderliggende kwalificatie blijven behouden. Uit de wettekst lijkt te kunnen worden afgeleid dat de besmette voordelen als ‘voordelen uit hoofde van een CFC’ in de heffing worden betrokken waardoor deze hun ‘kleur’ verliezen.²⁴⁶ Deze uitwerking is door de Staatssecretaris bevestigd in de Nota naar aanleiding van het verslag.²⁴⁷

²⁴¹ De artikelnummers worden aangehouden zoals in het Consultatiedocument implementatie ATAD2 opgenomen. Zie Consultatiedocument implementatie ATAD2, 29 oktober 2018, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad2>.

²⁴² Weigering van de aftrek op grond van een met de primaire respons vergelijkbare bepaling ligt niet voor de hand omdat vanuit de hoog-belastende jurisdictie geen hybridemismatch wordt geconstateerd in onderhavige casus.

²⁴³ Zie voor een andere visie: V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 465, par. 4.2.3.

²⁴⁴ C. Kahlenberg, ‘The Interplay between the OECD Recommendations of Actions 2 and 3 Regarding Hybrid Structures’, Intertax 2016, Volume 44, Issue 4, p. 317-318, par. 2. Zie ook D.W. Blum, t.a.p., p. 306, par. 4.4.

²⁴⁵ OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 22, par. 2.2.1.

²⁴⁶ Dit is onder meer van belang voor de bepaling van het rentesaldo in de zin van de *earningsstripping*-regeling van art. 15b Wet Vpb 1969.

²⁴⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 53, par. 3.1.

Voor zover de voordelen uit hoofde van een CFC per saldo negatief zijn en op grond van art. 13ab lid 2 Wet Vpb 1969 niet in aanmerking worden genomen, worden deze ingevolge het zevende lid gedurende zes jaren voorwaarts verrekend met positieve voordelen uit hoofde van de desbetreffende CFC. In dit verband wordt niet het daadwerkelijk door de CFC geleden verlies als uitgangspunt genomen maar een negatief saldo aan de in het eerste lid genoemde voordelen. Afgevraagd kan worden of dit in overeenstemming is met art. 8 lid 1 ATAD, dat spreekt over verrekening van de *verliezen* van de CFC hetgeen ruimer is dan enkel een negatief saldo aan besmette voordelen. Evenwel ligt een dergelijke ruime uitleg van het begrip 'verliezen' in ATAD niet voor de hand, omdat de symmetrie tussen positieve voordelen (beperkt tot de besmette voordelen) en negatieve voordelen dan zou ontbreken. Tenslotte leidt het feit dat een negatief saldo van een CFC slechts met toekomstige positieve saldi van dezelfde CFC kan worden verrekend tot de conclusie dat het negatief saldo zal verdampen indien de CFC wordt verkocht aan een derde of wordt geliquideerd. Voorts is geen regelgeving opgenomen omtrent de voortwenteling van negatieve saldi wanneer de belastingplichtige of CFC is betrokken bij een fusie of splitsing, wanneer belastingplichtige wordt gevoegd of onttrokken uit fiscale eenheid of wanneer het belang in de belastingplichtige in belangrijke mate wijzigt.²⁴⁸

3.4.4 Uitzonderingen

De minimis-uitzondering

In de CFC-maatregel zijn twee uitzonderingen opgenomen op grond waarvan een gecontroleerd lichaam in afwijking van de hoofdregel niet als CFC wordt aangemerkt. Ingevolge art. 13ab lid 4 onderdeel a Wet Vpb 1969 is dit het geval indien de door het gecontroleerde lichaam genoten voordelen doorgaans hoofdzakelijk bestaan uit andere voordelen dan besmette voordelen (hierna: 'de minimis-uitzondering'). Deze toets moet worden aangelegd op netto-basis, zodat de voordelen worden verminderd met de daarmee verband houdende kosten.²⁴⁹ De de minimis-uitzondering vormt de invulling van art. 7 lid 3 ATAD, eerste volzin, met dien verstande dat het begrip 'hoofdzakelijk' (70% of meer) niet volledig in lijn lijkt met de in de richtlijn voorgeschreven verhouding van twee derde. Ook de term 'doorgaans' kan niet worden teruggevonden in de richtlijntekst zodat mijns inziens aansluiting kan worden gezocht bij hetgeen met dezelfde terminologie in art. 13 lid 11 onderdeel b Wet Vpb 1969 wordt bedoeld. Onder 'doorgaans' moet derhalve worden verstaan dat de de minimis-uitzondering van toepassing blijft ingeval de voordelen gedurende een korte periode voor meer dan 30% uit besmette voordelen bestaan.²⁵⁰ Ook op dit punt lijkt de de minimis-uitzondering niet in overeenstemming met de richtlijn.

Voor toepassing van de de minimis-uitzondering moet worden vastgesteld of de voordelen van het gecontroleerde lichaam voor minder dan 30% bestaan uit besmette voordelen zoals bepaald naar Nederlandse maatstaven. Daarbij moet onder meer rekening worden gehouden met de deelnemingsvrijstelling

²⁴⁸ V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 472, par. 6.3. Het had volgens aangehaalde auteurs voor de hand gelegen aan te sluiten bij de reguliere verliesverrekeningssystematiek.

²⁴⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 45.

²⁵⁰ Vgl. Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 65.

waardoor dividenden die bij rechtstreekse uitkering zouden zijn vrijgesteld geen deel uitmaken van de besmette voordelen.²⁵¹ In dit verband is onduidelijk hoe dergelijke actieve dividenden moeten worden meegewogen in de berekening van de de minimis-uitzondering. Enerzijds is het mogelijk dat deze voor voorgenoemde berekening als andere dan besmette voordelen worden aangemerkt. Indien het inkomen van een gecontroleerd lichaam dus bijvoorbeeld voor 80 bestaat uit actieve dividenden en 20 aan rentebaten, zou de de minimis-uitzondering van toepassing zijn omdat de voordelen voor 80% ($80/100 \cdot 100\%$) bestaan uit andere dan besmette voordelen. Een dergelijke benadering brengt echter met zich dat relatief eenvoudig aan de toepassing van de CFC-maatregel kan worden ontkomen door de inkomsten van het gecontroleerde lichaam zodanig te vermengen dat aan de de minimis-uitzondering wordt voldaan. Het gevolg is dat ook de besmette voordelen van een dergelijk lichaam buiten de reikwijdte van de maatregel worden gebracht. Meer voor de hand ligt derhalve de benadering waarin actieve dividenden voor de berekening van de de minimis-uitzondering worden aangemerkt als vrijgesteld inkomen en daarom volledig buiten beschouwing moeten worden gelaten.²⁵² Ingeval een gecontroleerd lichaam dan niet aan de de minimis-uitzondering voldoet en dus als CFC wordt aangemerkt, vindt toerekening plaats van de door dit lichaam genoten besmette voordelen met uitzondering van de actieve dividenden op de voet van art. 13ab lid 1 Wet Vpb 1969. Zoals uiteengezet in paragraaf 3.4.3, lijken de voordelen die de CFC naar Nederlandse maatstaven uit hoofde van een andere CFC geacht wordt te genieten door fictieve toepassing van art. 13ab Wet Vpb 1969 in aanmerking te moeten worden genomen als andere dan besmette voordelen.

Ingevolge art. 13ab lid 4 onderdeel b Wet Vpb 1969 wordt een financiële onderneming in de zin van art. 2 lid 5 ATAD niet aangemerkt als CFC indien de door haar genoten besmette voordelen doorgaans hoofdzakelijk afkomstig zijn van anderen dan de belastingplichtige of een aan hem gelieerde partij. Deze uitzondering vindt haar oorsprong in art. 7 lid 3 ATAD, tweede volzin en kan worden geacht tot doel te hebben om het reële bank- en verzekeringswezen te ontzien van toepassing van de CFC-maatregel. Met deze uitzondering wordt duidelijk dat de CFC-maatregel in dit verband met name bedoeld is voor intra-groepsbanken en -verzekeraars.²⁵³ Overigens is deze uitzondering niet van toepassing op vaste inrichtingen.

Substance-uitzondering

Voorts is in art. 13ab lid 5 Wet Vpb 1969 geregeld dat de toerekening op grond van het eerste lid niet van toepassing is op een CFC die een wezenlijke

²⁵¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 41.

²⁵² Deze zienswijze lijkt te worden bevestigd in de Nota naar aanleiding van het verslag, maar de uitlatingen van de Staatssecretaris zijn voor meerderlei uitleg vatbaar (Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 52, par. 3.1). Inmiddels is bevestigd dat vrijgestelde voordelen voor de de minimis-uitzondering buiten beschouwing dienen te blijven (Kamerstukken I 2018/19, 35 030, nr. C, p. 3, par. 3).

²⁵³ Vgl. J. Schönfeld Bonn, t.a.p., p. 149, par. 5.2.4. Mijns inziens is het aannemelijk dat reële banken en verzekeraars reeds aan de substance-uitzondering zullen voldoen.

economische activiteit uitoefent (hierna: ‘substance-uitzondering’). Deze bepaling vormt een inhoudelijke uitzondering en werkt derhalve minder mechanisch uit dan de hoofdregel van de CFC-maatregel. De substance-uitzondering geldt voor zowel binnen als buiten de EU/EER gevestigde CFC’s en dient ter bevordering van de internationale concurrentiepositie.²⁵⁴ In afwijking van art. 7 lid 2 punt a ATAD wordt de substance-uitzondering ingevolge art. 13ab lid 11 Wet Vpb 1969 bij ministeriële regeling concreet ingevuld teneinde een concurrentienadeel ten opzichte van lokale bedrijven te voorkomen en de uitvoerbaarheid voor zowel belastingplichtige als de Belastingdienst te bevorderen.²⁵⁵ De CFC-maatregel blijft derhalve buiten toepassing indien de CFC in het land waarin deze gevestigd is²⁵⁶ cumulatief voldoet aan de relevante substance-eisen zoals deze gelden voor de beoordeling in de dividendbelasting of sprake is van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen (zie bijlage 2).²⁵⁷ Bovendien is opgemerkt dat belastingplichtige het gehele jaar aan de substance-eisen moet voldoen.²⁵⁸ Afgevraagd kan worden of de substance-uitzondering door haar concrete invulling in lijn is met de richtlijn, nu deze laatste vereist dat de relevante feiten en omstandigheden in aanmerking worden genomen. Belastingplichtige zou mijns inziens de mogelijkheid moeten worden geboden om ook op andere manieren te bewijzen dat sprake is van een wezenlijke economische activiteit.²⁵⁹ Dit zou hij met een rechtstreeks beroep op art. 7 lid 2 ATAD kunnen bewerkstelligen, nu deze richtlijn bepaling niet juist lijkt te zijn geïmplementeerd en de wetgever bovendien op dit punt niet doelbewust tot een strengere implementatie is overgegaan. Overigens is voorgenoemde tekortkoming inmiddels door de Staatssecretaris onderkend en is toegezegd dat de substance-uitzondering als *safe harbour* moet worden aangemerkt alsmede dat de mogelijkheid zal worden geboden om op andere wijzen geldige zakelijke redenen aannemelijk te maken.²⁶⁰ Deze eenzijdige uitbreiding betekent mijns inziens in materiële zin een versoepeling van de substance-uitzondering omdat het in aanmerking nemen van de relevante feiten en omstandigheden slechts tot voordeel van belastingplichtige kan strekken.

Daarnaast kan worden afgevraagd of de bewijslast omtrent de substance-uitzondering is vormgegeven conform hetgeen dienaangaande in ATAD is

²⁵⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 11.

²⁵⁵ Ibid., p. 11-12.

²⁵⁶ Een en ander kan worden afgeleid uit Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, p 19-21 ten aanzien van de genoemde beoordeling in de dividendbelasting.

²⁵⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 46.

²⁵⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 51, par. 3.1.

²⁵⁹ Dit zou reeds op grond van een rechtstreeks beroep door belastingplichtige op de onjuist geïmplementeerde richtlijn bepaling mogelijk moeten zijn, een en ander met inachtneming van de in paragraaf 3.2.2 vermelde spanning met art. 3 ATAD. Overigens gebiedt ook de vrijheid van vestiging (ten aanzien van in de EU/EER gevestigde CFC’s) dat op andere wijzen dan aan de hand van vooraf vormgegeven criteria zakelijke redenen aannemelijk kunnen worden gemaakt. Alle relevante feiten en omstandigheden dienen namelijk in aanmerking te worden genomen. Vgl. HvJ EU 20 december 2017, C-504/16 (*Deister Holding*) en C-613/16 (*Juhler Holding*), BNB 2018/56.

²⁶⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 14, par. 2.1.4.3. Aangesloten kan worden bij hetgeen bij de Wet bronbelasting 2020 hieromtrent is uiteengezet in Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3, p. 46-47 (Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 15, par. 2.1.4.3).

voorgeschreven. Blijkens de preambule van ATAD1 geldt namelijk een gedeelde bewijslast tussen belastingdienst en belastingplichtige en dienen zij samen te werken met het oog op het vergaren van relevante feiten en omstandigheden.²⁶¹ Mijns inziens wordt dat met onderhavige substance-uitzondering niet bereikt en moet belastingplichtige de facto bewijzen aan de hand van de voorgeschreven criteria dat de CFC een wezenlijke economische activiteit uitoefent. Een correcte verdeling van de bewijslast zou in mijn optiek met zich brengen dat belastingplichtige in eerste instantie de mogelijkheid moeten worden geboden *aannemelijk* te maken dat sprake is van een wezenlijke economische activiteit (lichtere bewijslast) en dat vervolgens de inspecteur aan zet is om het tegendeel te bewijzen.

Met de voorgestane vormgeving van de substance-uitzondering wordt in de uitvoeringspraktijk aan de voorkant vastgesteld of de CFC-maatregel van toepassing is, hetgeen de concurrentiepositie van Nederlandse bedrijven in het buitenland moet bevorderen.²⁶² Hoewel de rechtszekerheid dus is gediend met de vooraf opgestelde criteria, biedt deze werkwijze bedrijven mijns inziens een uitgelezen mogelijkheid om de toepassing van de CFC-maatregel te omzeilen, met name indien de CFC inkomsten van relatief grote omvang geniet. De substance-uitzondering is namelijk gebaseerd op absolute criteria, zoals het criterium van €100.000 aan relevante loonkosten, en vormt een *safe haven* die alle door de CFC genoten inkomsten bij voorbaat uitsluit van de CFC-maatregel, ongeacht de vraag of de wezenlijke economische activiteit met de desbetreffende inkomsten verband houdt. Om deze reden was in het consultatiedocument van 10 juli 2017 vereist dat de activiteit betrekking had op de besmette voordelen. Naar aanleiding van reacties op de consultatie is deze eis in het wetsvoorstel echter vervallen.²⁶³

3.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht op welke wijze de wetgever de verplichting ingevolge ATAD tot implementatie van CFC-regelgeving in de nationale wetgeving heeft vormgegeven teneinde de volgende deelvraag te beantwoorden: *Hoe is de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 vormgegeven en welke tekortkomingen kunnen daarbij worden onderkend?*

De CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 is afgezien van het landenbereik volgens het kabinet conform model A van ATAD vormgegeven en moet derhalve richtlijnconform worden uitgelegd. Bij de uitleg van de Nederlandse CFC-maatregel moet daarom mede acht worden geslagen op de interne en externe context van art. 7 en 8 ATAD alsmede op de doelstelling en voorstukken van ATAD. Niettegenstaande de minimumbepaling van art. 3 ATAD, kan belastingplichtige zich mijns inziens rechtstreeks beroepen op onjuist geïmplementeerde bepalingen uit ATAD indien deze onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is, tenzij de wetgever in de parlementaire geschiedenis expliciet tot uitdrukking heeft gebracht dat met de desbetreffende

²⁶¹ Overweging 12 preambule ATAD1.

²⁶² Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 12, par. 2.1.1.

²⁶³ Ibid., p. 28, par. 3.1.

nationaalrechtelijke bepaling een striktere werking is beoogd dan hetgeen waartoe ATAD verplicht.

Hoewel de wetgever in zekere mate vrij is in de wijze waarop hij de richtlijnverplichtingen omtrent de CFC-regelgeving implementeert, kan op enkele punten worden afgevraagd of de wettekst in overeenstemming is met de richtlijn. Ten eerste kan worden afgevraagd of uitzondering van indirecte vaste inrichtingen van de CFC-maatregel richtlijnconform is. Hoewel ATAD op dit punt geen volledige duidelijkheid biedt, lijkt een vaste inrichting op grond van een teleologische en systematische interpretatie namelijk onder toepassing van de CFC-maatregel te moeten vallen. Daarnaast wordt voor toepassing van de CFC-maatregel onderworpenheid vereist aan een statutair tarief van 9% of lager in plaats van een effectief tarief van 12,5% (2019) of lager. Mede gelet daarop kan de bij ministeriële regeling opgestelde zwarte lijst niet worden geacht te zijn gebaseerd op kenmerken volgend uit de richtlijn, hetgeen wel verplicht is. Op dit punt is ATAD mijns inziens niet juist geïmplementeerd en zou belastingplichtige zich in voorkomende gevallen rechtstreeks op de richtlijn kunnen beroepen indien deze een voordeliger behandeling met zich brengt. Verder kan de concrete invulling van de substance-uitzondering niet in lijn met ATAD worden geacht, op grond waarvan alle relevante feiten en omstandigheden moeten worden meegewogen. Inmiddels lijkt de Staatssecretaris deze tekortkoming te hebben onderkend en heeft hij toegezegd dat de lijst met substance-eisen als *safe harbour* zal fungeren en dat ook op andere wijzen geldige zakelijke redenen aannemelijk kunnen worden gemaakt. In dat geval zou belastingplichtige daartoe niet meer genoodzaakt zijn zich rechtstreeks op de richtlijnbeepaling te beroepen. Daarnaast geldt ingevolge de richtlijn een gedeelde bewijslast ten aanzien van de substance-uitzondering. Een richtlijnconforme uitleg brengt derhalve met zich dat belastingplichtige slechts *aannemelijk* zou moeten maken dat sprake is van een wezenlijke economische activiteit op het niveau van de CFC hetgeen eveneens op andere wijzen mogelijk moet zijn dan aan de hand van de substance-eisen. De vraag is hoe dit in de uitvoeringspraktijk gestalte gaat krijgen.

Naast de voorgenoemde tekortkomingen ten opzichte van ATAD is een aantal andere onvolkomenheden c.q. onduidelijkheden in de voorgestelde CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 te onderkennen dat potentieel afbreuk doet aan zijn effectiviteit. Ten eerste leidt de vormgeving van de controletoes tot een uitwerking waarin enerzijds bepaalde situaties van beslissende invloed buiten de reikwijdte van de CFC-maatregel worden gebracht en anderzijds bepaalde situaties waarin deze invloed ontbreekt juist binnen die reikwijdte vallen. Ten tweede mist de CFC-maatregel toepassing op indirect gehouden vaste inrichtingen, waardoor mogelijkheden tot herstructurering bestaan teneinde de maatregel te omzeilen. Ten derde heeft de vormgeving van de vestigingstoets tot gevolg dat de effectieve belastingdruk niet relevant is, zodat een gecontroleerde entiteit met een vestigingsplaats in een jurisdictie met een strikt territoriaal belastingstelsel en een voldoende hoog statutair tarief niet onder toepassing van de CFC-maatregel valt. Dit is slechts anders indien de desbetreffende jurisdictie is opgenomen in de EU-lijst van non-coöperatieve jurisdicties voor belastingdoeleinden. Ten vierde lijkt de vestigingstoets zodanig uit te werken dat

transparante entiteiten die nergens gevestigd zijn niet door de CFC-maatregel worden bestreken. In ieder geval kan dit gesteld worden ten aanzien van transparante entiteiten die overeenkomstig het recht van een niet-aangewezen staat zijn opgericht. Ten vijfde leidt de fictieve toepassing van art. 8b Wet Vpb 1969 bij de berekening van de voordelen uit hoofde van de CFC naar Nederlandse maatstaven tot de constatering dat in veel gevallen slechts een gering bedrag aan besmette voordelen aan belastingplichtige kan worden toegerekend op basis van de CFC-maatregel. Met name wanneer de *significant people functions* door de CFC noch door belastingplichtige worden uitgeoefend, heeft de gecombineerde toepassing van model A (art. 13ab Wet Vpb 1969) en model B (art. 8b Wet Vpb 1969) materieel een marginaal effect. Ten zesde bestaat onduidelijkheid omtrent de vraag op welke wijze de voordelen uit hoofde van een CFC moeten worden berekend wanneer sprake is van een gesplitst belang. Ten zevende kan de toepassing van de CFC-maatregel worden ondermijnd door uitkering van het saldo aan besmette voordelen vóór het einde van het boekjaar van belastingplichtige door de CFC aan een tussenhoudster die niet gevestigd is in een laag-belastende jurisdictie. Ten achtste bestaat – bij afwezigheid van een *modified hybrid mismatch rule* – geen volledig uitsluitel over de vraag of een voordeel dat door de CFC van een hybride entiteit wordt ontvangen door de CFC-maatregel wordt bestreken. Ten negende bestaat eveneens onduidelijkheid omtrent de wijze waarop de besmette voordelen van een CFC naar Nederlandse maatstaven moeten worden berekend indien deze weliswaar als lichaam voor de CFC-maatregel wordt aangemerkt maar voor de toepassing van de Wet Vpb 1969 als transparant kwalificeert. Tot slot lijken met name relatief grote multinationale ondernemingen op eenvoudige wijze te kunnen voldoen aan de concreet ingevulde lijst aan absolute substance-eisen opdat de CFC-maatregel geen toepassing vindt.

4. Voorkomingsmethodiek CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969

4.1 Inleiding

In het internationale fiscale landschap wordt al sinds jaar en dag gepoogd om dubbele belastingheffing te voorkomen die zich manifesteert bij het ontplooiën van grensoverschrijdende activiteiten. Dit geschiedt niet alleen op unilaterale wijze, bijvoorbeeld door de vormgeving van nationaalrechtelijke voorkomingsregelgeving zoals de deelnemingsvrijstelling, maar ook op bilaterale wijze door het sluiten van een belastingverdrag. Ook door toepassing van de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 bestaat het risico op dubbele belastingheffing. Derhalve wordt in dit hoofdstuk de volgende deelvraag onderzocht: *Hoe wordt dubbele belastingheffing als gevolg van toepassing van de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 voorkomen?* Te dien einde wordt allereerst uiteengezet wat de gevolgen van dubbele belastingheffing zijn en vervolgens welke vormen van dubbele heffing zich door toepassing van CFC-regelgeving kunnen voordoen. Daarna worden de voorschriften ter voorkoming van dubbele belasting zoals opgenomen in ATAD belicht. Voorts komt de voorkomingsmethodiek betreffende de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 aan bod en wordt geanalyseerd op welke wijze de verschillende vormen van dubbele belastingheffing al dan niet worden geneutraliseerd.

4.2 Gevolgen dubbele belastingheffing

Dubbele belastingheffing kan worden onderverdeeld in juridisch en economisch dubbele belastingheffing. Juridisch dubbele belastingheffing kan worden gedefinieerd als de situatie waarin één subject ter zake van hetzelfde object door (ten minste) twee staten in de belastingheffing wordt betrokken.²⁶⁴ Deze soort dubbele belastingheffing ontstaat doordat staten aanknopen bij verschillende heffingsbeginselen, zoals woonplaats, nationaliteit en bron. Een voorbeeld van juridisch dubbele belastingheffing is een in Nederland gevestigd lichaam dat – bij afwezigheid van een voorkomingsregeling – voor de winst uit een buitenlandse vaste inrichting zowel in Nederland (als woonstaat) als in het buitenland (als bronstaat) is onderworpen aan een belasting naar de winst. Onder economisch dubbele belastingheffing wordt daarentegen verstaan de heffing door (ten minste) twee staten ter zake van een vergelijkbaar object bij twee verschillende belastingplichtigen.²⁶⁵ In dit verband kan worden gedacht aan vennootschapsbelasting op niveau van de moedermaatschappij ter zake van ontvangen dividend terwijl de daaraan ten grondslag liggende winst reeds bij de uitkerende dochtermaatschappij is belast.

Dubbele belastingheffing doet afbreuk aan de neutraliteitsgedachte, op grond waarvan belastingen bedrijfseconomische beslissingen en de allocatie van productiefactoren van een belastingplichtige zo min mogelijk mogen beïnvloeden. De aanwezigheid van dubbele belastingheffing leidt namelijk tot een verslechterde concurrentiepositie voor grensoverschrijdend actieve

²⁶⁴ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, t.a.p., p. 11, par. 1.2.5.

²⁶⁵ Ibid., p. 12, par. 1.2.5.

bedrijven in de investeringsjurisdictie.²⁶⁶ Door de hogere belastingdruk kunnen deze bedrijven namelijk niet op gelijke voet concurreren met de plaatselijk actieve ondernemingen. Het risico op dubbele heffing in een bepaalde staat ontmoedigt zodoende buitenlandse ondernemingen om zich in die staat te vestigen en ontmoedigt binnenlands belastingplichtigen om grensoverschrijdende activiteiten te ontplooiën. Dientengevolge ontstaat een andere verdeling van productiefactoren dan het geval zou zijn bij afwezigheid van dubbele belastingheffing. Indien een staat dus niet op adequate wijze voorziet in regelgeving ter voorkoming van dubbele belasting ten aanzien van zijn onderdanen, heeft dit een negatieve invloed op zijn vestigingsklimaat en verstoort dit zijn internationale handel.

Voor zover dubbele (economische) belastingheffing door toepassing van de CFC-maatregel niet volledig wordt geneutraliseerd, leidt dit tot een verlaging van het rendement na belasting op een buitenlandse investering.²⁶⁷ Afhankelijk van hetgeen andere EU-lidstaten op dit punt regelen, kan dit leiden tot een verslechtering van de concurrentiepositie van Nederland. Het is namelijk niet ondenkbaar dat groepen de toepassing van dergelijk strenge CFC-regelgeving proberen te ontkomen door de moedermaatschappij in een andere staat te vestigen.²⁶⁸ Meer concreet kan de aanwezigheid van een strenge CFC-maatregel de keuze voor de locatie van een hoofdkantoor beïnvloeden en gevolgen hebben voor bezit- of kapitaalstructuren, waardoor het risico bestaat op beperking en verstoring van reële economische activiteit.²⁶⁹ Vanuit (macro-)economisch oogpunt moet dubbele belastingheffing dus worden voorkomen, hetgeen tevens in lijn is met de Nederlandse beleidsdoelstelling tot het behoud van een aantrekkelijk investeringsklimaat voor nationaal en internationaal opererende bedrijven.²⁷⁰

4.3 Vormen dubbele belastingheffing

Toepassing van CFC-regelgeving kan leiden tot verschillende vormen van (economische) dubbele belastingheffing. In het eindrapport inzake BEPS-Actiepunt 3 zijn de drie voornaamste categorieën geïdentificeerd:²⁷¹

- 1) het CFC-inkomen is in de laag-belastende jurisdictie eveneens onderworpen aan een belasting naar de winst;
- 2) een deel van het CFC-inkomen wordt in verschillende jurisdicties op grond van CFC-regelgeving in de heffing betrokken; en
- 3) de controlerende aandeelhouder wordt belast ter zake van dividendinkomsten of vervreemdingsvoordelen uit hoofde van het belang

²⁶⁶ M.F. de Wilde, t.a.p.

²⁶⁷ B. Kuźniacki, 'The Need to Avoid Double Economic Taxation Triggered by CFC Rules under Tax Treaties, and the Way to Achieve It', Intertax 2015, Volume 43, Issue 12, p. 761, par. 2.1.

²⁶⁸ OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 19.

²⁶⁹ Ibid., p. 16, par. 1.2.1.1.

²⁷⁰ Kamerstukken II 2017/18, 25 087, nr. 188 (Brief aanpak belastingontwijking en belastingontduiking), p. 2, par. 1.

²⁷¹ OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 65, par. 7.1.

in de CFC die verband houden met reeds ingevolge de CFC-maatregel toegerekende inkomsten.

Voorts kunnen hieraan ten minste de volgende situaties worden toegevoegd:

- 4) een deel van het CFC-inkomen wordt in een later stadium uitgekeerd en is daarbij onderworpen aan een bronbelasting;²⁷²
- 5) een deel van het CFC-inkomen is onderhevig aan een verrekenprijscorrectie tussen de laag-belastende en een derde jurisdictie;²⁷³
- 6) een deel van het CFC-inkomen wordt (in verschillende jurisdicties) op basis van verschillende criteria (stemrecht, aandelenbelang of winstrecht) in de CFC-heffing betrokken;²⁷⁴
- 7) op basis van een dubbele vestigingsplaats wordt dezelfde controlerende aandeelhouder in verschillende jurisdicties aan CFC-regelgeving onderworpen;²⁷⁵
- 8) een deel van de CFC-inkomsten wordt door toepassing van een hybridemismatchmaatregel eveneens uit dien hoofde in de heffing betrokken;²⁷⁶
- 9) dezelfde CFC-inkomsten worden in een staat bij zowel de aldaar gevestigde moeder- als tussenhoudstermaatschappij onderworpen aan CFC-heffing;
- 10) een deel van het inkomen uit hoofde van CFC1 bestaat uit inkomsten verkregen van CFC2, terwijl de voordelen uit hoofde van beide CFC's bij belastingplichtige in de heffing worden betrokken;²⁷⁷ en
- 11) de controlerende aandeelhouder neemt de besmette voordelen tevens uit hoofde van een andere CFC-maatregel in aanmerking.

Enkele van de voorgenoemde vormen behoeven een nadere toelichting. De onder punt 5 genoemde vorm van dubbele belastingheffing kan met het in figuur 5 weergegeven voorbeeld worden toegelicht.

²⁷² OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 68, par. 7.2.3.

²⁷³ Ibid., p. 68, par. 7.2.4.

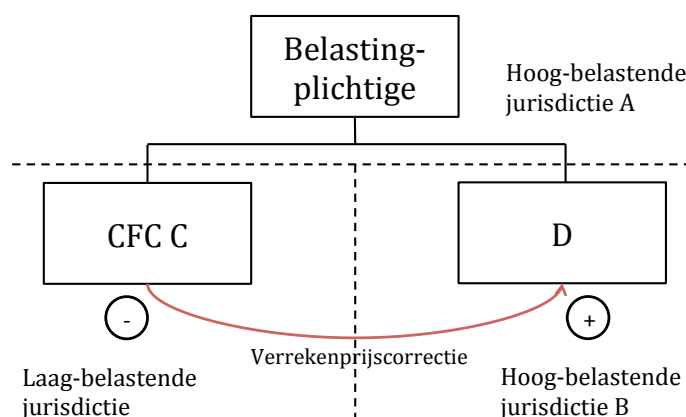
²⁷⁴ T. Moser en S. Hentschel, t.a.p., p. 621, par. 3.8.2. Dit zie ik als subvariant van de onder punt 2 genoemde dubbele belastingheffing welke een afzonderlijke vermelding behoeft.

²⁷⁵ G. van Hulle, t.a.p., p. 721, par. 2.3.

²⁷⁶ C. Kahlenberg, t.a.p., p. 321-322, par. 3.

²⁷⁷ F.P.J. Snel, 'De Europese belastingontwijkingsrichtlijn en deelnemingsvrijstelling', NTFR 2016/1895.

Figuur 5



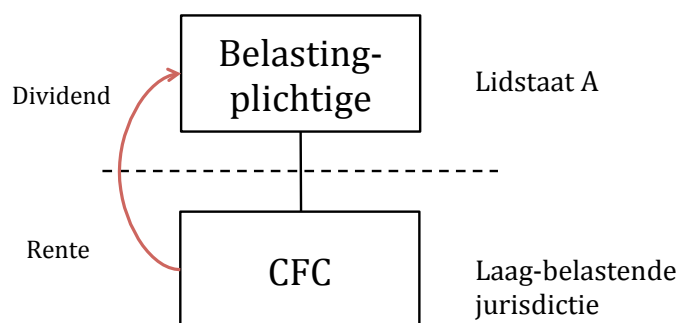
Belastingplichtige is gevestigd in hoog-belastende jurisdictie A en bezit alle aandelen in CFC C, gevestigd in een laag-belastende jurisdictie, alsmede in dochtermaatschappij D die op haar beurt is gevestigd in hoog-belastende jurisdictie B. CFC C bezit het contractueel eigendom van immateriële activa, terwijl D het beheer daarvan uitoefent en bovendien het financieringsrisico draagt. Ingevolge de verrekenprijsregelgeving van staat B vindt daarom na afloop van de boekjaren van CFC C en D een correctie plaats op grond waarvan D – in afwijking van hetgeen tussen partijen contractueel is overeengekomen – voor vennootschapsbelastingdoeleinden in staat B het volledige inkomen uit hoofde van de immateriële activa krijgt toegerekend met uitzondering van een risicovrije vergoeding.²⁷⁸ De winst van D wordt daardoor verhoogd en – slechts ingeval de laag-belastende jurisdictie een corresponderende aanpassing maakt – de winst van CFC C verlaagd. Evenwel kan het voorkomen dat in de tussentijd reeds het volledige, ongecorrigeerde bedrag aan winst van CFC C aan belastingplichtige is toegerekend op de voet van de CFC-maatregel van staat A. Dit is niet in lijn met de ratio van CFC-regelgeving, op grond waarvan enkel de naar beneden bijgestelde winst van CFC C moet worden toegerekend aan belastingplichtige omdat het overige gedeelte niet laag-belast is.

Indien dochtermaatschappij D tevens in een laag-belastende jurisdictie (met verrekenprijsregelgeving) was gevestigd en als CFC kwalificeerde, zou de CFC-maatregel van staat A in het jaar van correctie de verhoogde winst van D in aanmerking nemen. Bij afwezigheid van een latere correctie ter zake van de aan belastingplichtige toegerekende winst van CFC C, zou hetzelfde inkomen (ter grootte van de verrekenprijscorrectie) tweemaal bij belastingplichtige in de CFC-heffing worden betrokken, waardoor dubbele belastingheffing ontstaat.

De onder punt 8 genoemde vorm van dubbele belastingheffing kan zich voordoen in de situatie zoals schematisch weergegeven in figuur 6.

²⁷⁸ Bijvoorbeeld indien de CFC enkel het contractueel eigendom heeft van immateriële activa en D het beheer uitoefent en het risico draagt.

Figuur 6



Belastingplichtige is gevestigd in EU-lidstaat A en bezit alle aandelen in een CFC, gevestigd in een laag-belastende jurisdictie. Belastingplichtige heeft een hybride lening verstrekt die in lidstaat A als kapitaalverstrekking maar in de laag-belastende jurisdictie als geldlening wordt aangemerkt. Dientengevolge is in beginsel de rente bij de CFC aftrekbaar en het dividend bij belastingplichtige vrijgesteld.²⁷⁹ In deze situatie moet lidstaat A echter op grond van de hybridemismatchmaatregel van art. 9 lid 2 ATAD de dividenden in de heffing betrekken (secundaire respons), tenzij de laag-belastende jurisdictie reeds renteaftrek weigert. Overigens bestaat een vergelijkbare verplichting ingevolge art. 4 lid 1 onderdeel a van de Moeder-dochterrichtlijn (hierna: 'MDRL').²⁸⁰ Tegelijkertijd wordt – bij afwezigheid van nadere voorrangsregels – de CFC-maatregel van lidstaat A toegepast ten aanzien van het belang van belastingplichtige in de CFC. Als de omvang van de toerekenbare CFC-voordelen wordt vastgesteld conform de regelgeving van lidstaat A, bestaat het risico dat de rentelasten op niveau van de CFC niet-aftrekbaar worden verondersteld voor CFC-doeleinden. Lidstaat A ziet de geldverstrekking immers nog steeds als een kapitaalstorting. Aldus wordt het op grond van de CFC-regelgeving toegerekende bedrag verhoogd en vindt ten aanzien van de rentebetaling in kwestie dubbele belastingheffing plaats.

4.4 Voorkomingsvoorschriften CFC-maatregel ATAD

In ATAD is regelgeving opgenomen ter voorkoming van dubbele belasting als gevolg van toepassing van de CFC-maatregel. Ten eerste is in art. 8 lid 5 ATAD bepaald dat de inkomsten die overeenkomstig art. 7 ATAD in de heffing zijn betrokken bij belastingplichtige in mindering komen op de belastinggrondslag bij de berekening van de verschuldigde vennootschapsbelasting ter zake van nadien door de CFC uitgekeerde dividenden. Voorkomen wordt derhalve dat de winst van de CFC economisch gezien tweemaal bij belastingplichtige in de heffing wordt betrokken, namelijk enerzijds als CFC-inkomen en anderzijds als dividendinkomen. Het is onduidelijk hoe met een eventuele buitenlandse

²⁷⁹ Geabstraheerd wordt van de mogelijke toepassing van een *switch-over* bepaling op grond waarvan de verrekeningsmethode wordt toegepast ter zake van laag-belaste, passieve dividenden.

²⁸⁰ Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, PB EU L 345/8, zoals laatstelijk gewijzigd door Richtlijn (EU) 2015/121 van de Raad van 27 januari 2015, PB EU L21/1.

bronheffing over de dividenden moet worden omgegaan. In de literatuur wordt aanbevolen om verrekening van buitenlandse bronheffingen te geven zoals dat ook in Duitsland het geval is.²⁸¹ Voorts is het opvallend dat naar de letter van de richtlijn enkel door de CFC zelf uitgekeerde dividenden in aanmerking lijken te komen voor voorkoming, waardoor door een tussenhoudster uitgekeerde winst die betrekking heeft op de CFC-winst buiten de reikwijdte van deze bepaling zou vallen.²⁸²

Voorts is in art. 8 lid 6 ATAD een met het vijfde lid vergelijkbare regeling opgenomen ten aanzien van de opbrengsten uit hoofde van de vervreemding van de deelneming in een CFC of van het bedrijf van een vaste inrichting. Afgevraagd kan worden waarom dit niet eveneens heeft te gelden voor vervreemding van een deel van het bedrijf van een vaste inrichting.²⁸³ Dit is mijns inziens een omissie, omdat vervreemding van een deel van het bedrijf van de vaste inrichting ook tot dubbele belastingheffing kan leiden, hetgeen nu juist door onderhavige bepaling moet worden voorkomen.

Tenslotte moet de door de CFC betaalde belasting ingevolge art. 8 lid 7 ATAD van de belastingschuld van belastingplichtige worden afgetrokken overeenkomstig het nationaal recht. Derhalve komt enkel door de CFC zélf daadwerkelijk betaalde belasting in aanmerking voor verrekening waardoor vennootschapsbelasting geheven van tussenhoudsters op grond van buitenlandse CFC-regelgeving hiervan is uitgesloten.

Naast deze expliciet geformuleerde voorkomingsregels volgt uit de preambule van ATAD1 dat tegemoetkoming moet worden verleend door middel van aftrek van de in een andere staat verschuldigde belasting wanneer toepassing van de richtlijnregels tot dubbele heffing leidt.²⁸⁴ Meer in het bijzonder wordt gesteld dat de richtlijnregels niet alleen tot doel hebben om belastingontwijkingspraktijken tegen te gaan, maar ook om te voorkomen dat andere marktobstakels zoals dubbele heffing ontstaan. Mijns inziens is een lidstaat met het aanvaarden van ATAD dus niet alleen bevoegd maar zelfs gehouden tot het vormgeven van aanvullende regelingen ter voorkoming van dubbele belasting die door toepassing van ATAD ontstaat. Het had evenwel de voorkeur verdiend om dienaangaande in de richtlijn zelf meer richtsnoeren te geven omdat een ongecoördineerde aanpak op dit punt tot mismatches leidt tussen lidstaten.²⁸⁵

4.5 Voorkomingsmethodiek CFC-maatregel Nederland

4.5.1 Voorkomingsmethodiek in de Wet Vpb 1969

In het wetsvoorstel zijn enkele flankerende bepalingen opgenomen die worden geïmplementeerd in de Wet Vpb 1969 en die de uit de CFC-maatregel

²⁸¹ T. Moser en S. Hentschel, t.a.p., p. 621, pr. 3.8.2.

²⁸² Zie hieromtrent nader paragraaf 6.3.1.

²⁸³ Vgl. P. Kavelaars, t.a.p., par. 3.3.

²⁸⁴ Overweging 5 preambule ATAD1.

²⁸⁵ Vgl. V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, t.a.p., par 5.

voortvloeiende dubbele belastingheffing moeten voorkomen. In deze paragraaf wordt deze nationale regelgeving ter voorkoming van dubbele belasting behandeld aan de hand van de in ATAD voorgeschreven voorkomingsbepalingen.

Aan de verplichting op grond van art. 8 lid 5 ATAD is invulling gegeven in art. 13 lid 19 Wet Vpb 1969. Ingevolge deze bepaling vindt de deelnemingsvrijstelling toepassing op voordelen uit hoofde van een beleggingsdeelneming voor zover die voordelen rechtstreeks samenhangen met op grond van art. 13ab in aanmerking genomen voordelen uit hoofde van een CFC. Deze bepaling is ruim gedefinieerd, met als gevolg dat niet alleen door de CFC zelf maar ook door als beleggingsdeelneming kwalificerende tussenhoudsters (door-)uitgekeerde winst onder haar reikwijdte lijken te vallen. Daarmee lijkt de Nederlandse wetgever dus verder te gaan dan waartoe hij strikt genomen verplicht lijkt ingevolge ATAD. Indien de tussenhoudster niet als beleggingsdeelneming kwalificeert, zijn de dividenden reeds op grond van de hoofdregel van art. 13 lid 1 Wet Vpb 1969 vrijgesteld.

Hoewel het wettelijk vereiste van rechtstreekse samenhang niet wordt gesteld in art. 8 lid 5 ATAD, kan dit mijns inziens niet als strijdig met de richtlijn worden beschouwd omdat evident uit de doelstelling van deze richtlijnbeepaling volgt dat de heffingsgrondslag van de dividenden slechts moet worden verminderd voor zover anderszins sprake zou zijn van dubbele heffing. In mijn optiek verplicht de richtlijn dus niet tot vermindering van de heffingsgrondslag indien de dividenden geen verband houden met reeds in aanmerking genomen CFC-winsten. Aangenomen mag worden dat de aanwezigheid van een rechtstreeks verband in de uitvoeringspraktijk zal worden bepaald aan de hand van het dividendbesluit of – bij afwezigheid daarvan – door toepassing van de lifo-methode.²⁸⁶ Gelet op het voorgaande kan art. 13 lid 19 Wet Vpb 1969 richtlijnconform worden geacht.

De verplichting ingevolge art. 8 lid 6 ATAD is eveneens geïmplementeerd in art. 13 lid 19 en art. 15e lid 11 Wet Vpb 1969. Net als ten aanzien van dividenden wordt de deelnemingsvrijstelling van toepassing verklaard op de voordelen uit hoofde van de vervreemding van aandelen voor zover deze rechtstreeks samenhangen met in aanmerking genomen CFC-voordelen. Omdat het begrip voordeel in de deelnemingsvrijstelling algebraïsch moet worden uitgelegd, mag worden aangenomen dit geldt voor zowel positieve als negatieve vervreemdingsvoordelen. Evenwel mag worden aangenomen dat geen rechtstreekse samenhang aanwezig is tussen een verlies ter zake van de vervreemding van aandelen in een CFC en reeds in aanmerking genomen CFC-voordelen, zodat een vervreemdingsverlies in de regel niet onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling valt.

²⁸⁶ Zoals expliciet opgemerkt ten aanzien van de vaststelling van de omvang van niet-uitgekeerde besmette voordelen zoals bedoeld in lid 1. Zie Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 42. Op basis van de lifo-methode (*last in first out*) wordt de dividenduitkering geacht betrekking te hebben op de in het huidige jaar behaalde winst. In de Memorie van toelichting wordt – waarschijnlijk abusievelijk – gesproken van de in het vorige jaar behaalde winst.

Ingevolge art. 15e lid 11 Wet Vpb 1969 wordt de winst die is behaald bij vervreemding van (een zelfstandig onderdeel van) de onderneming van een vaste inrichting verminderd met de met die winst rechtstreeks samenhangende besmette voordelen voor zover reeds in aanmerking genomen op grond van het tiende lid. Deze bepaling kan mijns inziens in lijn worden geacht met art. 8 lid 6 ATAD. In zekere zin is de bepaling zelfs ruimer dan de richtlijn, omdat ook voorkoming wordt geboden ter zake van de winst uit hoofde van vervreemding van een zelfstandig onderdeel van de onderneming. Wat onder de term 'zelfstandig onderdeel van een onderneming' moet worden verstaan is overigens niet nader toegelicht in parlementaire stukken, zodat mogelijk te rade kan worden gegaan bij de uitleg van de gelijkkluidende term in de bedrijfsfusiefaciliteit van art. 14 Wet Vpb 1969, welke moet worden geïnterpreteerd conform de term 'tak van bedrijvigheid' zoals bedoeld in art. 2 letter j Fusierichtlijn. Blijkens jurisprudentie moet sprake zijn van een onafhankelijke onderneming met een overlevingskans.²⁸⁷

De verrekening van de door de CFC betaalde winstbelasting zoals bedoeld in art. 8 lid 7 ATAD is geïmplementeerd in art. 13ab lid 6 jo. 23e Wet Vpb 1969. Deze voorkomingsregeling is op grond van art. 15e lid 10 Wet Vpb 1969 van overeenkomstige toepassing op een als CFC aangemerkte vaste inrichting en moet per CFC afzonderlijk worden toegepast.²⁸⁸ De op de voet van hoofdstuk V berekende verschuldigde belasting wordt ingevolge art. 23e leden 1 en 2 Wet Vpb 1969 verminderd met het laagste van de volgende twee bedragen:

- a) het door de belastingplichtige aan te tonen werkelijk door de CFC betaalde bedrag aan winstbelasting²⁸⁹ ter zake van de in aanmerking genomen voordelen uit hoofde van de desbetreffende CFC en
- b) het bedrag dat tot de verschuldigde belasting in dezelfde verhouding staat als de in onderdeel a bedoelde voordelen staan tot het belastbare bedrag (de zogenoemde tweede limiet).²⁹⁰

Ingevolge het derde lid van art. 23e Wet Vpb 1969 is de vermindering bovendien gemaximeerd op het bedrag aan belasting dat op de voet van hoofdstuk V is berekend, nadat vermindering heeft plaatsgevonden volgens regelingen ter voorkoming van dubbele belasting, de deelnemingsverrekening en de verrekening bij buitenlandse ondernemingswinsten. Derhalve kan de vermindering op de voet van art. 23e lid 2 Wet Vpb 1969 niet leiden tot een teruggaaf van belasting. Voor zover de door de CFC werkelijk betaalde winstbelasting ingevolge de beperkingen in het tweede of derde lid in een jaar

²⁸⁷ HvJ EG 15 januari 2002, C-43/00 (*Randers Sport*), V-N 2002/8.26, r.o. 24.

²⁸⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 53.

²⁸⁹ De term winstbelasting omvat in dit verband mede belasting naar de winst geheven door lagere overheden. Zie Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 53, par. 3.1. Naar de letter van de wet lijkt hieronder ook de door de CFC in een derde staat betaalde winstbelasting te vallen, bijvoorbeeld indien de CFC aldaar een vaste inrichting heeft. Vgl. V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 473, par. 7.1.

²⁹⁰ De tweede limiet heeft tot doel om verrekening te maximeren op het bedrag aan Nederlandse belasting dat over de desbetreffende voordelen bij belastingplichtige is geheven en kan mathematisch als volgt worden weergegeven:
$$\text{tweede limiet} = \frac{\text{voordelen uit hoofde van de CFC}}{\text{belastbaar bedrag}} * \text{verschuldigde belasting}.$$

niet volledig verrekenend is, kan het bedrag aan niet-verrekenende belasting op grond van art. 23e lid 4 Wet Vpb 1969 worden overgebracht naar een volgend jaar, op voorwaarde dat de inspecteur dit bedrag bij een voor bezwaar vatbare beschikking heeft vastgesteld. Tenslotte is in art. 23e lid 5 Wet Vpb 1969 bepaald dat deze beschikking kan worden herzien voor zover enig feit grond oplevert voor het vermoeden dat het te verrekenen bedrag te hoog is vastgesteld. Het dient in dit verband te gaan om een feit dat de inspecteur nog niet bekend was of redelijkerwijs bekend had kunnen zijn, behoudens ingeval belastingplichtige ter zake te kwader trouw was. Daarbij is art. 16 lid 2 aanhef en onderdeel c, lid 3 en lid 4 AWR van overeenkomstige toepassing verklaard.

Hoewel de limieten van art. 23e lid 2 onderdeel b en lid 3 Wet Vpb 1969 niet zijn opgenomen in art. 8 lid 7 ATAD moet de aftrek op grond van laatstgenoemde bepaling worden berekend overeenkomstig het nationale recht. Mede gelet op het feit dat in art. 23c (deelnemingsverrekening) en art. 23d Wet Vpb 1969 (verrekening buitenlandse ondernemingswinsten) een soortgelijke verrekenmethodiek wordt gehanteerd, kan de Nederlandse implementatie op dit punt richtlijnconform worden geacht.

Tenslotte is in art. 13a lid 4 Wet Vpb 1969 een bepaling opgenomen teneinde een overlap tussen de herwaarderingsverplichting van het onderhavige artikel en de CFC-maatregel te voorkomen. Geregeld is dat een waardeverandering van het belang in een lichaam niet in aanmerking wordt genomen voor zover deze rechtstreeks samenhangt met voordelen die uit hoofde van art. 13ab Wet Vpb 1969 in aanmerking zijn genomen dan wel – indien sprake is van een negatief saldo – in mindering kunnen worden gebracht op grond van het zevende lid van dat artikel.

Gelet op het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de wetgever de voorkomingsbepalingen met betrekking de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 conform de voorgeschreven bepalingen van art. 8 lid 5 e.v. ATAD heeft vormgegeven. Het kabinet gaat evenwel moedwillig niet verder dan dat en kiest ervoor om niet in aanvullende voorkomingsregelgeving te voorzien – bijvoorbeeld ten aanzien van dubbele CFC-heffing ter zake van hetzelfde inkomen – teneinde de maatregel een extra prohibitief karakter te geven.²⁹¹ Afgevraagd kan worden hoe dit standpunt zich verhoudt tot de in de preambule van ATAD1 opgenomen doelstelling om dubbele heffing als gevolg van toepassing van de richtlijnmaatregelen te voorkomen.²⁹² Dit wordt nader onderzocht in paragraaf 5.5.5.

4.5.2 Verdragsaspecten

Bij het wetsvoorstel is zeer summier ingegaan op de verhouding tussen de CFC-maatregel en belastingverdragen. Slechts in algemene zin is opgemerkt dat het inkomen van een als CFC aangemerkte vaste inrichting niet mag worden belast bij het hoofdhuis indien het van toepassing zijnde verdrag voorziet in de vrijstellingsmethode ten aanzien van ondernemingswinsten en bovendien geen

²⁹¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 14, par. 2.1.2.4.

²⁹² Overweging 12 preambule ATAD1.

*switch-over*bepaling bevat.²⁹³ Op grond van een dergelijke *switch-over*bepaling kan de uitsluiting van de objectvrijstelling doorwerken onder het belastingverdrag.

In de huidige conceptlijst van laag-belastende jurisdicties (zie bijlage 1) zijn vijf staten opgenomen waarmee Nederland een belastingverdrag heeft afgesloten dat voorziet in een winst- en een dividendartikel.²⁹⁴ Elk van deze belastingverdragen voorziet in een *switch-over*bepaling, zodat het desbetreffende verdrag niet in de weg staat aan toepassing van de verrekeningsmethode op de voet van art. 15e lid 10 jo. 23e Wet Vpb 1969 op winst behaald met een vaste inrichting gelegen in de andere staat. Evenwel kan de lijst in de toekomst worden aangepast waardoor de CFC-maatregel mogelijk toepassing kan vinden in relatie tot andere staten waarmee een verdrag is gesloten, wellicht zonder *switch-over*bepaling. Derhalve is het van belang om nader te onderzoeken of de Nederlandse regelgeving ter voorkoming van dubbele belasting veroorzaakt door de CFC-maatregel verenigbaar kan worden geacht met belastingverdragen. Voor deze analyse kan worden verwezen naar paragraaf 5.6.2.

4.6 Analyse voorkoming dubbele belastingheffing CFC-maatregel Wet Vpb 1969

In paragraaf 4.3 zijn de verschillende soorten dubbele belastingheffing die zich kunnen voordoen bij toepassing van een CFC-maatregel in categorieën onderverdeeld. In deze paragraaf wordt onderzocht in hoeverre de Nederlandse wetgeving deze vormen van dubbele belastingheffing effectief voorkomt. Ten behoeve van het overzicht wordt daarbij de in paragraaf 4.3 gehanteerde onderverdeling als uitgangspunt genomen.

Ad. 1: het CFC-inkomen is in de laag-belastende jurisdictie eveneens onderworpen aan een belasting naar de winst

De belasting naar de winst die door de CFC daadwerkelijk is betaald ter zake van de bij belastingplichtige in aanmerking genomen voordelen uit hoofde van de desbetreffende CFC is ingevolge art. 23e Wet Vpb 1969 verrekenbaar met de door belastingplichtige verschuldigde belasting. Voor zover de door de CFC betaalde winstbelasting vanwege één van de in art. 23e leden 2 en 3 Wet Vpb 1969 opgenomen beperkingen in een jaar niet verrekend kan worden, kan dit gedeelte worden overgeheveld naar volgende jaren. Deze overbrenging naar volgende jaren geldt ook wanneer de buitenlandse belasting naar de winst in een bepaald jaar nog niet is betaald op het moment dat belastingplichtige zijn aangifte indient.²⁹⁵ Mijns inziens biedt de Nederlandse wetgeving derhalve een effectieve mogelijkheid tot voorkoming van deze vorm van dubbele belastingheffing.²⁹⁶ Het voorgaande lijkt overigens eveneens te gelden voor door

²⁹³ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 14, par. 2.1.2.4.

²⁹⁴ Het betreft Bahrein, Koeweit, Qatar, Saoedi-Arabië en de Verenigde Arabische Emiraten.

²⁹⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, p. 53, par. 3.1.

²⁹⁶ Indien belastingplichtige nadien structureel verlieslatend is, kan de door de CFC betaalde belasting niet effectief worden verrekend. Evenwel kan dit mijns inziens niet als een

de CFC ter zake van de besmette voordelen betaalde winstbelasting in een derde staat, bijvoorbeeld indien de CFC aldaar een vaste inrichting heeft.²⁹⁷

Ad. 2: een deel van het CFC-inkomen wordt in verschillende jurisdicties op grond van CFC-regelgeving in de heffing betrokken

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is expliciet vermeld dat de implementatiewetgeving niet voorziet in aanvullende regelingen ter voorkoming van dubbele belasting ten opzichte van hetgeen is voorgeschreven in ATAD.²⁹⁸ In dit verband is als voorbeeld de dubbele belastingheffing genoemd die zich voordoet indien belastingplichtige wordt belast ter zake van de voordelen uit hoofde van een indirect gehouden CFC, terwijl de desbetreffende voordelen bij het lichaam dat dit belang in de CFC direct houdt in zijn woonstaat eveneens in de heffing worden betrokken uit hoofde van aldaar geldende CFC-regelgeving. Wel kan nog worden afgevraagd of deze buitenlandse CFC-heffing als 'met de besmette voordelen verband houdende kosten' kunnen worden aangemerkt in de zin van art. 13ab lid 1 Wet Vpb 1969. In dat geval zou in elk geval kostenafrek mogelijk zijn van de in andere staten verschuldigde CFC-heffing. Gelet op het feit dat de omvang van de besmette voordelen (en dus ook van de aftrekbare kosten) moet worden bepaald naar Nederlandse maatstaven²⁹⁹ en een belasting geheven naar de winst van een andere (buitenlandse) vennootschap niet ten laste van de winst van belastingplichtige mag worden gebracht, lijkt kostenafrek in vorenbedoelde zin uitgesloten. Dit strookt bovendien met het voorgenoemde standpunt van het kabinet dat ter zake van buitenlandse CFC-heffing geen voorkoming wordt geboden. Deze vorm van dubbele belastingheffing wordt dus niet effectief voorkomen door de Nederlandse wetgeving.

Ad. 3: de controlerende aandeelhouder wordt belast ter zake van dividendinkomsten of vervreemdingsvoordelen uit hoofde van het belang in de CFC die verband houden met reeds ingevolge de CFC-maatregel toegerekende inkomsten

De deelnemingsvrijstelling is ingevolge art. 13 lid 19 Wet Vpb 1969 van toepassing verklaard op voordelen uit hoofde van een beleggingsdeelneming voor zover deze rechtstreeks samenhangen met op grond van art. 13ab Wet Vpb 1969 in aanmerking genomen voordelen uit hoofde van een CFC. De dividenden en vervreemdingsvoordelen worden op het niveau van belastingplichtige dus vrijgesteld van belastingheffing voor zover belastingplichtige reeds op grond van de CFC-maatregel is belast ter zake van de onderliggende CFC-voordelen. In zoverre doet dubbele belastingheffing over de desbetreffende CFC-voordelen zich zodoende niet meer voor. Het voorgaande heeft mutatis mutandis ook te gelden ten aanzien van de voordelen behaald met de vervreemding van (een zelfstandig onderdeel van) een onderneming die wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting, met dien verstande dat in zoverre de objectvrijstelling

tekortkoming van de voorkomingsregeling worden beschouwd. Ter zake van de voordelen uit hoofde van de CFC wordt dan immers geen Nederlandse belasting geheven.

²⁹⁷ V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 473, par. 7.1.

²⁹⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 14, par. 2.1.2.4.

²⁹⁹ Ibid., p. 12, par. 2.1.2.2.

toepassing vindt op de voet van art. 15e lid 11 Wet Vpb 1969. Geconcludeerd kan worden dat deze vorm van dubbele heffing op effectieve wijze kan worden voorkomen.³⁰⁰

Ad. 4: een deel van het CFC-inkomen wordt in een later stadium uitgekeerd en is daarbij onderworpen aan een bronbelasting

Indien de reeds op de voet van art. 13ab Wet Vpb 1969 in aanmerking genomen voordelen uit hoofde van een CFC in een later stadium worden uitgekeerd, is het mogelijk dat deze uitkering in de laag-belastende jurisdictie is onderworpen aan een bronheffing (bijvoorbeeld dividendbelasting).³⁰¹ Deze bronheffing lijkt niet te kunnen worden aangemerkt als een winstbelasting in de zin van art. 23e Wet Vpb 1969, waardoor verrekening daarvan met de in Nederland op grond van de CFC-maatregel verschuldigde belasting op de voet van dit artikel niet mogelijk is.³⁰² Voorts bestaat geen ruimte om de onderliggende bronheffing bij uitkering te verrekenen met de Nederlandse vennootschapsbelasting, omdat de deelnemingsvrijstelling ingevolge art. 13 lid 19 Wet Vpb 1969 van toepassing is op voorgenoemde dividenduitkering zodat deze niet in de grondslag wordt begrepen.³⁰³ Bovendien is meergenoemde bronbelasting ter zake van voorgenoemde dividenden uitgesloten van verrekening op de voet van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (hierna: 'BvdB 2001'). Daartoe is immers vereist dat de dividenden in kwestie in de winst van belastingplichtige zijn begrepen, hetgeen niet het geval is indien de deelnemingsvrijstelling hierop van toepassing is.³⁰⁴ De bronheffing komt derhalve niet voor verrekening in aanmerking, waardoor de facto in economische zin een dubbele belastingdruk rust op de desbetreffende CFC-voordelen. Deze voordelen worden immers eenmaal uit hoofde van art. 13ab Wet Vpb 1969 in de vennootschapsbelastingheffing betrokken en vervolgens wordt een niet-verrekenbare bronheffing geheven over de uitkering van deze voordelen.

De buitenlandse bronbelasting is daarnaast van aftrek uitgezonderd ingevolge art. 10 lid 1 onderdeel e Wet Vpb 1969 omdat de winstbestanddelen waarop deze betrekking heeft ingevolge de deelnemingsvrijstelling niet in de belastbare

³⁰⁰ Vgl. ook P. Kavelaars, t.a.p., par. 3.3, die reeds uitbreiding van de deelnemingsvrijstelling als oplossing voor deze vorm van dubbele belasting heeft voorgesteld.

³⁰¹ Uitgegaan wordt van een situatie waarin de bronbelasting niet op grond van een verdrag of andere regelgeving tot nihil wordt verminderd.

³⁰² In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel (Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3) is niets opgemerkt over de definitie van het begrip 'winstbelasting'. Omdat expliciet in vorengenoemde memorie van toelichting (p. 54) is opgemerkt dat de systematiek van art. 23e aansluit bij art. 23c (en 23d) Wet Vpb 1969, ligt het voor de hand om de uitleg van het daarin opgenomen gelijklopende begrip als uitgangspunt te nemen. Ten aanzien van art. 23c Wet Vpb 1969 is expliciet opgemerkt dat bronheffingen niet worden begrepen onder het begrip winstbelasting (Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 75).

³⁰³ Deze situatie is niet anders dan onder de reeds bestaande regelgeving. Vgl. P. Kavelaars, t.a.p., par. 3.3.

³⁰⁴ Deze eis lijkt te zijn ingegeven door het feit dat zich in dat geval geen juridisch dubbele belastingheffing voordoet. Evenwel lijkt het BvdB 2001 dus wel dubbele economische heffing toe te laten.

winst van belastingplichtige worden begrepen.³⁰⁵ Tenslotte is aftrek op de voet van art. 38 BvdB 2001 in combinatie met de goedkeuring van Besluit CPP 2007/664M³⁰⁶ niet mogelijk omdat de bronbelasting – zoals hiervoor betoogd – op voorhand al niet in aanmerking komt voor verrekening op de voet van art. 36 BvdB 2001, hetgeen voor deze goedkeuring vereist is. Geconcludeerd kan worden dat geen voorkoming van dubbele belasting noch kostenaf trek wordt geboden ter zake van de bronheffing over door de CFC uitgekeerde dividenden.

Ad. 5: een deel van het CFC-inkomen is onderhevig aan een verrekenprijscorrectie tussen de laag-belastende en een derde jurisdictie

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is opgemerkt dat de omvang van de besmette voordelen naar Nederlandse maatstaven moet worden bepaald, hetgeen inhoudt dat rekening moet worden gehouden met aanpassingen – naar boven of naar beneden – als gevolg van het *arm's length*-beginsel.³⁰⁷ Toepassing van verrekenprijsregelgeving gaat in dit verband dus vooraf aan de toepassing van de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969. Zo worden de besmette voordelen van een functie- en risico-arme CFC derhalve voor toepassing van art. 13ab Wet Vpb 1969 vastgesteld na correctie uit hoofde van verrekenprijsregelgeving, hetgeen betekent dat deze CFC in principe slechts een risicovrije vergoeding toegerekend krijgt.³⁰⁸ Het gevolg is dat zich de in paragraaf 4.3 gesignaleerde dubbele belastingheffing resulterend uit een samenloop van de toepassing van de CFC-maatregel in Nederland en een verrekenprijscorrectie tussen de CFC en een maatschappij gevestigd in een derde jurisdictie niet voordoet. Ook voor doeleinden van de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 moet immers in beginsel eenzelfde correctie worden gemaakt ter bepaling van de besmette voordelen uit hoofde van de CFC.³⁰⁹

Ad. 6: een deel van het CFC-inkomen wordt (in verschillende jurisdicties) op basis van verschillende criteria (stemrecht, aandelenbelang of winstrecht) in de CFC-heffing betrokken

Indien het belang dat belastingplichtige heeft in het aandelenkapitaal van de CFC afwijkt van zijn deelneming in het stemrecht in of zijn recht op de winst van de CFC, kan zich de situatie voordoen waarin een gedeelte van de besmette voordelen tweemaal in de CFC-heffing wordt betrokken.³¹⁰ Dit is bijvoorbeeld het geval indien belastingplichtige 60% van aandelen in een CFC houdt die recht

³⁰⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8, p. 16. Een bronheffing wordt begrepen in de term 'belasting naar bestanddelen van de winst' voor de toepassing van de aftrekbeperking van art. 10 lid 1 onderdeel e Wet Vpb 1969.

³⁰⁶ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 18 juli 2008, nr. CPP 2007/664M, Stcrt. nr. 151, BNB 2008/261, par. 3.2.2.

³⁰⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 41.

³⁰⁸ In gelijke zin: H. Lohuis in G.I. van Eijk, J.J.H. Reijnen, H. Lohuis en J.D. Schouten, t.a.p., par. 2. Dit maakt de CFC-regelgeving volgens hem overigens een tandeloze tijger.

³⁰⁹ Hieraan ligt de veronderstelling ten grondslag dat de Nederlandse verrekenprijsregelgeving overeenkomt met die van de derde jurisdictie. Gelet op de vergaande afstemming in dit opzicht in zowel OESO-verband (gedacht kan worden aan (het commentaar op) art. 7 lid 2 OESO-modelverdrag, aan de OESO *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* en aan BEPS-Actiepunt 8-10) als EU-verband (*Transfer Pricing Forum* en het arbitrageverdrag), is dit in mijn optiek geen onredelijke aanname.

³¹⁰ Zie voor een nadere toelichting paragraaf 3.4.3.

geven op 50% van de winst en slechts op 20% van de stemrechten. De CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 lijkt zodanig te moeten worden uitgelegd dat belastingplichtige dan op grond van het aandelenkapitaal-criterium voor 60% van de door de desbetreffende CFC behaalde besmette voordelen in de heffing wordt betrokken. Tegelijkertijd kan de andere aandeelhouder in de CFC (die 40% van de aandelen houdt, rechtgevend op 50% van de winst en 80% van het stemrecht) op grond van het stemrecht-criterium voor 80% van de door de CFC behaalde besmette voordelen worden belast ingevolge de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 of een buitenlandse equivalent. Ter zake van deze vorm van dubbele belastingheffing is in de Wet Vpb 1969 geen voorkomingsregeling opgenomen. Indien de andere aandeelhouder tevens in Nederland is gevestigd, kan deze vorm van dubbele belastingheffing mogelijk met een beroep op de hardheidsclausule van art. 63 AWR of daarop gebaseerd goedkeurend beleid van de Staatssecretaris worden verholpen. Daartoe moet de dubbele belastingheffing door toepassing van de CFC-maatregel leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard.³¹¹ Het doel van de hardheidsclausule is het wegnemen of verzachten van gevolgen van de belastingwet ingeval deze onredelijk zwaar voor belastingplichtige zijn of niet zijn voorzien of bedoeld door de wetgever.³¹² Gelet op het feit dat de CFC-maatregel in het onderhavig geval leidt tot een overkill zou kunnen worden betoogd dat sprake is van een dergelijke onbillijkheid van overwegende aard. Evenwel ligt een geslaagd beroep op de hardheidsclausule niet voor de hand, nu de wetgever juist een zeer prohibitieve werking van de CFC-maatregel heeft beoogd en daarom juist in sommige gevallen doelbewust een overkill heeft geïntroduceerd.³¹³ Toepassing van de CFC-maatregel leidt in dit verband dus niet tot een effect dat door de wetgever onbedoeld of onvoorzien is. Een beroep op de hardheidsclausule ingeval de andere aandeelhouder in het buitenland is gevestigd, lijkt om diezelfde reden niet te kunnen slagen. Daar komt nog bij dat de wetgever bewust niet heeft voorzien in aanvullende voorkomingsregelgeving ter zake van in het buitenland geheven belasting uit hoofde van CFC-regelgeving.³¹⁴ Gelet op het voorgaande kan worden geconcludeerd dat deze vorm van dubbele belastingheffing niet wordt verholpen door de huidige Nederlandse wet- en regelgeving.

Ad. 7: op basis van een dubbele vestigingsplaats wordt dezelfde controlerende aandeelhouder in verschillende jurisdicties aan CFC-regelgeving onderworpen

Het bestaan van een dubbele vestigingsplaats kan zich onder meer voordoen indien een naar Nederlands recht opgericht lichaam door toepassing van de oprichtingsfictie van art. 2 lid 4 Wet Vpb 1969 wordt geacht zijn vestigingsplaats in Nederland te hebben terwijl de plaats van feitelijke leiding is gelegen in een andere staat, die de fiscale vestigingsplaats van het lichaam op basis van dat

³¹¹ In de praktijk komt zelden aan het licht welke rechtsoverwegingen aan de (afwijzing van) toepassing van de hardheidsclausule ten grondslag liggen. Zie Fiscale Encyclopedie de Vakstudie – Algemeen deel, art. 63 AWR, aantekening 2 (online, bijgewerkt 1 oktober 2018).

³¹² NDFR – Deel Formeel belastingrecht, commentaar op art. 63 AWR, aantekening 1 (online, bijgewerkt 9 augustus 2018).

³¹³ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 14.

³¹⁴ Ibid.

laatste criterium binnen het eigen grondgebied gelegen acht. Indien beide staten het lichaam derhalve als binnenlands belastingplichtige in de heffing betrekken, kan zich de situatie voordoen dat het lichaam in beide staten is onderworpen aan een CFC-maatregel ter zake van inkomen uit hoofde van een door hem gehouden CFC.³¹⁵ Evenwel zal in dit verband een belastingverdrag tussen Nederland en de desbetreffende staat in de meeste gevallen uitkomst bieden. Op grond van op art. 4 lid 3 OESO-modelverdrag gebaseerde bepalingen zal het lichaam voor de toepassing van het onderhavige verdrag in slechts één van beide staten als inwoner worden aangemerkt.³¹⁶ Dit heeft tot gevolg dat slechts die staat (de woonstaat) ingevolge art. 3 lid 1 onderdeel d jo. art. 7 lid 1 OESO-modelverdrag belasting mag heffen over de winsten behaald door het lichaam, tenzij het lichaam een bedrijf uitoefent in de andere staat door middel van een vaste inrichting. Voor zover dat het geval is mag enkel deze andere verdragsluitende staat heffen over de winsten van het lichaam. Het voorgaande impliceert mijns inziens dat enkel de staat waar het lichaam voor verdragsdoeleinden gevestigd is, mag heffen over de door het lichaam genoten voordelen uit hoofde van een CFC. Slechts ingeval het lichaam in de andere staat een bedrijf uitoefent door middel van een aldaar gelegen vaste inrichting, kan de CFC-regelgeving van die staat effectief worden toegepast mits het belang in de CFC kan worden toegerekend aan deze vaste inrichting in de zin van art. 7 lid 1 OESO-modelverdrag, tweede volzin. In beide gevallen zal één der staten op grond van het verdrag moeten afzien van heffing, zodat zich in zoverre geen dubbele belastingheffing voordoet.

In relatie tot een staat waar Nederland geen verdrag mee heeft gesloten, geldt voorgenoemde *tie-breaker* uiteraard niet en wordt een belastingplichtige met een dubbele vestigingsplaats in principe in beide staten als binnenlands belastingplichtige in de heffing betrokken. Het is in dit kader nog maar de vraag of een dergelijke niet-verdragsstaat CFC-regelgeving heeft, maar indien dat het geval is, kan zich dubbele belastingheffing voordoen ter zake van voordelen uit hoofde van een door belastingplichtige gehouden CFC door samenloop met de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969. Evenwel is het probleem in dit verband gelegen in een conflict betreffende de (dubbele) vestigingsplaats van belastingplichtige en geldt het risico op dubbele belastingheffing bovendien niet alleen voor zijn inkomen uit hoofde van een CFC. Het (marginale) risico op dubbele belastingheffing door een dubbele vestigingsplaats, waarbij beide vestigingsstaten voordelen uit hoofde van de CFC op grond van CFC-regelgeving belasten, kan derhalve bezwaarlijk worden gezien als een tekortkoming van de voorkomingsregelgeving ter zake van de CFC-maatregel.

³¹⁵ G. van Hulle, t.a.p., p. 721, par. 2.3.

³¹⁶ In verdragsbepalingen gebaseerd op de tekst van art. 4 lid 3 OESO-modelverdrag geldend tot 21 november 2017 geschiedt dit aan de hand van een *corporate tie-breaker*, op grond waarvan de BV voor toepassing van het verdrag geacht wordt inwoner te zijn van de staat waarin de feitelijke leiding is gelegen. Na 21 november 2017 is de *tie-breaker* van art. 4 lid 3 OESO-modelverdrag vervangen door een onderling overlegprocedure, welke via art. 4 lid 2 MLI moet doorwerken naar reeds bestaande Nederlandse belastingverdragen waarin op dit punt nog niet een onderling overlegprocedure als uitgangspunt wordt genomen. Nederland heeft ten aanzien van deze bepaling geen voorbehoud gemaakt (Kamerstukken II 2017/18, 34 853, nr. 3, p. 9, par. 4).

Ad. 8: een deel van de CFC-inkomsten wordt door toepassing van een hybridemismatchmaatregel eveneens uit dien hoofde in de heffing betrokken

De samenloop tussen een hybridemismatchmaatregel (zoals opgenomen in art. 9 ATAD) en CFC-regelgeving kan in voorkomende gevallen leiden tot dubbele belastingheffing ter zake van een deel van de voordelen uit hoofde van een CFC. Dit kan zich kort gezegd voordoen indien de staat van belastingplichtige de vergoeding ter zake van een hybride geldverstrekking (kapitaalverstrekking naar Nederlands recht, geldlening naar buitenlands recht) op grond van de secundaire respons in de heffing moet betrekken, terwijl de daarmee corresponderende betaling voor CFC-doeleinden als niet aftrekbaar wordt gezien. Voor een nadere toelichting op deze samenloop wordt verwezen naar het voorbeeld in paragraaf 4.3. Afgevraagd kan worden of dubbele belastingheffing door simultane toepassing van de nationaalrechtelijke equivalent van de hybridemismatchmaatregel van art. 9 ATAD en de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 zich kan voordoen. Bij de beoordeling van het risico op dubbele belastingheffing dient tevens de toepassing van de hybridemismatchmaatregel in art. 13 lid 17 Wet Vpb 1969 in aanmerking te worden genomen.

Om te bepalen of voorgenoemde vorm van dubbele belastingheffing zich in de Nederlandse wetgeving kan voordoen, moet – bij afwezigheid van een voorrangregeling tussen de hybridemismatchmaatregel en de CFC-maatregel – op de eerste plaats worden onderzocht of de CFC-maatregel toepassing vindt. De CFC-maatregel vindt slechts toepassing voor zover de ontvangen vergoeding ter zake van de hybride geldverstrekking niet wordt aangemerkt als uitkering van de in datzelfde jaar genoten besmette voordelen. In dit verband kan worden gedacht aan een deelnemerschapslening waarop de uitkering na het einde van het boekjaar van belastingplichtige (en van de CFC) plaatsvindt.³¹⁷ Voor zover de CFC-maatregel dientengevolge toepassing vindt, moet worden bepaald hoe de voordelen uit hoofde van een CFC voor toepassing van art. 13ab Wet Vpb 1969 dienen te worden vastgesteld. Blijkens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel moet de omvang van de besmette voordelen worden bepaald naar Nederlandse maatstaven.³¹⁸ De vraag is hoe de term ‘naar Nederlandse maatstaven’ moet worden uitgelegd indien sprake is van een hybridemismatch. De eerst mogelijke opvatting is dat de door de CFC ter zake van het hybride instrument betaalde vergoeding voor toepassing van art. 13ab lid 1 Wet Vpb 1969 als dividend wordt beschouwd. In deze opvatting is de door de CFC betaalde vergoeding in kwestie niet aftrekbaar bij vaststelling van het saldo van de door de CFC genoten besmette voordelen, waardoor dit saldo de facto toeneemt. In een andere mogelijke opvatting zou als gegeven kunnen worden beschouwd dat de betaalde vergoeding in de laag-belastende jurisdictie als rente kwalificeert en moet vervolgens worden gezien of deze naar Nederlandse maatstaven aftrekbaar is. In dat geval moet de betaling ter zake van de hybride geldverstrekking als niet-aftrekbaar worden beschouwd op de voet van art. 10 lid 1 onderdeel d Wet Vpb 1969. Mijns inziens lijkt de eerstgenoemde opvatting het meest in lijn met de opmerking dat de omvang van de besmette voordelen

³¹⁷ Bedoeld wordt een deelnemerschapslening in de zin van het zogenoemde Unilever-arrest (HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217, r.o. 4.3).

³¹⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 41.

naar Nederlandse maatstaven moet worden bepaald. Het hybride instrument kwalificeert immers naar Nederlandse maatstaven als kapitaalverstrekking, zodat de daarmee samenhangende vergoeding als dividend moet worden beschouwd.

Vervolgens moet worden beoordeeld in hoeverre een hybridemismatchmaatregel toepassing vindt ter zake van de ontvangen vergoeding uit hoofde van het hybride instrument. Het uitgangspunt is dat de vergoeding op de voet van art. 13 lid 19 Wet Vpb 1969 in beginsel onder de deelnemingsvrijstelling valt voor zover deze rechtstreeks samenhangt met reeds in eerdere jaren in aanmerking genomen besmette voordelen uit hoofde van de CFC. Dit is het geval in het reeds vermelde voorbeeld waarin sprake is van een hybride geldverstrekking waarop de uitkering na afloop van het boekjaar plaatsvindt. Voor zover de vergoeding op het niveau van de CFC in de laag-belastende jurisdictie naar haar aard aftrekbaar is, verplicht art. 13 lid 17 onderdeel a Wet Vpb 1969 dat de vergoeding bij belastingplichtige in de heffing wordt betrokken. In dat geval lijkt niet meer te worden toegekomen aan de secundaire respons van het voorgestelde art. 12ab lid 1 jo. art. 12aa lid 1 onderdeel a Wet Vpb 1969, omdat geen sprake meer is van aftrek zonder betrekking in de heffing.³¹⁹ Aan deze conclusie lijkt geen afbreuk te worden gedaan door het feit dat de door de CFC betaalde rente voor de toepassing van CFC-maatregel niet-aftrekbaar wordt verondersteld zodat in economische zin sprake is van betrekking in de heffing. Hoewel in de concept-Memorie van toelichting is opgemerkt dat de toepassing van CFC-maatregelen kan leiden tot betrekking in de heffing, is daartoe expliciet vereist dat de vergoeding of betaling *als zodanig* door toepassing van CFC-regelgeving in de heffing wordt betrokken.³²⁰ De weigering van aftrek van de daarmee corresponderende betaling voor de toepassing van de CFC-maatregel kan derhalve bezwaarlijk worden geacht te leiden tot betrekking in de heffing van de vergoeding als zodanig.

Gelet op het voorgaande leidt de samenloop tussen de hybridemismatchmaatregel van art. 13 lid 17 Wet Vpb 1969 en de CFC-maatregel tot dubbele belastingheffing voor zover de vergoeding ter zake van een hybride instrument bij belastingplichtige in de heffing wordt betrokken terwijl de daarmee corresponderende betaling niet aftrekbaar is bij de bepaling van de omvang van de besmette voordelen in de zin van art. 13ab lid 1 Wet Vpb 1969. Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat overweging 30 preambule ATAD2 in dit verband geen oplossing biedt. Op grond van die overweging moet toepassing van de hybridemismatchmaatregel van art. 9 ATAD achterwege blijven indien de mismatch reeds uit hoofde van een andere richtlijn (zoals de MDRL) wordt geneutraliseerd, hetgeen in casu niet het geval is.

Ad. 9: dezelfde CFC-inkomsten worden in een staat bij zowel de aldaar gevestigde moeder- als tussenhoudstermaatschappij onderworpen aan CFC-heffing

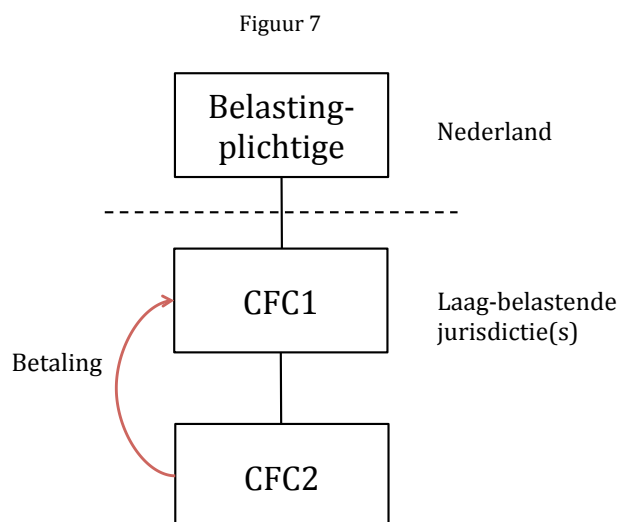
³¹⁹ Consultatiedocument implementatie ATAD2, 29 oktober 2018, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad2>.

³²⁰ Ibid., artikelsgewijze toelichting ten aanzien van art. 12ac lid 1 onderdeel a Wet Vpb 1969.

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is expliciet opgemerkt dat zich dubbele belastingheffing kan voordoen indien een in Nederland gevestigde belastingplichtige door middel van een eveneens in Nederland gevestigde dochtermaatschappij een indirect belang heeft in een CFC.³²¹ Beide Nederlandse vennootschappen worden dan ter zake van dezelfde voordelen uit hoofde van hun (in)directe belang in de CFC in de heffing betrokken op de voet van art. 13ab Wet Vpb 1969. Voor deze gevallen is doelbewust geen regeling ter voorkoming van dubbele belastingheffing getroffen, waardoor enkel een mogelijk beroep op de hardheidsclausule van art. 63 AWR hiervoor mogelijkkerwijs een uitkomst zou kunnen bieden.³²²

Ad. 10: een deel van het inkomen uit hoofde van CFC1 bestaat uit inkomsten verkregen van CFC2, terwijl de voordelen uit hoofde van beide CFC's bij belastingplichtige in de heffing worden betrokken

Indien belastingplichtige in de heffing wordt betrokken ter zake van voordelen uit hoofde van twee verschillende CFC's op de voet van art. 13ab Wet Vpb 1969, kan zich de situatie voordoen waarin het inkomen van beide CFC's gedeeltelijk bestaat uit dezelfde voordelen. Dit is het geval indien CFC2 inkomsten ontvangt en deze (gedeeltelijk) doorbetaalt aan CFC1. Afgevraagd kan worden of de desbetreffende voordelen tweemaal als besmette voordelen moeten worden toegerekend aan belastingplichtige uit hoofde van de CFC-maatregel. In dat geval zou dubbele heffing kunnen ontstaan ter zake van – in economische zin – hetzelfde inkomen. Als uitgangspunt dient de situatie zoals weergegeven in figuur 7:



Ter beantwoording van de vraag of zich dubbele heffing voordoet, moet eerst worden vastgesteld dat het gedeelte van de door CFC1 genoten voordelen uit hoofde van CFC2 dat aan hem wordt toegerekend op de voet van de CFC-maatregel – indien deze deel uitmaakt van de winstbepaling naar Nederlandse

³²¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 14, par. 2.1.2.4.

³²² Hetgeen hiervóór ten aanzien van een beroep op de hardheidsclausule ten aanzien van de onder punt 6 besproken dubbele belastingheffing is opgemerkt, is mutatis mutandis van overeenkomstige toepassing op onderhavige vorm van dubbele belastingheffing.

maatstaven³²³ – niet kan leiden tot dubbele belastingheffing omdat dergelijke voordelen op het niveau van CFC1 niet als besmette voordelen in de zin van art. 13ab lid 1 Wet Vpb 1969 kunnen worden aangemerkt.

Voorts is het dienstig om onderscheid te maken tussen enerzijds betalingen die naar hun aard aftrekbaar zijn (rente, royalty's, et cetera) en anderzijds betalingen die niet aftrekbaar zijn (dividenden). Ten aanzien van de categorie aftrekbare betalingen lijkt dubbele belastingheffing uitgesloten, omdat de besmette voordelen ingevolge art. 13ab lid 1 Wet Vpb 1969, slotzin mogen worden verminderd met de daarmee verband houdende kosten. Dit betekent dat een netto-benadering wordt gehanteerd. Ingeval CFC2 100 aan rentebaten ontvangt en hiervan 95 doorbetaalt aan CFC1, zal het saldo aan besmette voordelen van CFC2 op 5 worden vastgesteld. De omvang van de besmette voordelen van CFC1 wordt vervolgens op 95 vastgesteld, zodat belastingplichtige in totaal voor 100 in de heffing wordt betrokken op de voet van art. 13ab lid 1 Wet Vpb 1969. In dit verband doet zich mijns inziens dus geen dubbele belastingheffing voor.

Ten aanzien van door CFC2 aan CFC1 betaalde dividenden heeft een andere analyse te gelden. Indien CFC2 de door haar behaalde passieve voordelen in de vorm van dividend uitkeert aan CFC1, zal art. 13ab Wet Vpb 1969 op voorgenoemde passieve voordelen geen toepassing vinden mits de dividenduitkering voor het einde van het boekjaar plaatsvindt. Ingevolge het eerste lid van voorgenoemd artikel ziet de CFC-maatregel namelijk enkel op winsten die niet voor het einde van het boekjaar van de CFC zijn uitgekeerd. De dividenden worden vervolgens wel bij de bepaling van de omvang van besmette voordelen van CFC1 meegenomen, tenzij deze bij rechtstreekse uitkering door CFC2 aan belastingplichtige zouden zijn vrijgesteld. In zoverre doet zich mijns inziens derhalve geen dubbele belastingheffing voor ter zake van tussen CFC's onderling uitgekeerde dividenden. Indien de dividenduitkering van CFC2 aan CFC1 betrekking heeft op winsten van het vorige boekjaar wordt de winst van CFC2 die ten grondslag ligt aan de dividenduitkering wel onderworpen aan art. 13ab Wet Vpb 1969.³²⁴ In dat geval zal het ontvangen dividend bij CFC1 echter geen deel uitmaken van de besmette voordelen bepaald naar Nederlandse maatstaven, gelet op het feit dat de desbetreffende dividenduitkering bij rechtstreekse uitkering aan belastingplichtige op de voet van art. 13 lid 19 Wet Vpb 1969 zou zijn vrijgesteld door de hiervoor vermelde fictieve toepassing van de CFC-maatregel door CFC1 op het belang in CFC2. Geconcludeerd kan dus worden dat geen risico op dubbele belastingheffing lijkt te bestaan die het gevolg is van het feit dat verschillende CFC's hetzelfde inkomen genieten.

³²³ Zoals betoogd door V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 472, par. 6.4. Voor een nadere bespreking kan worden verwezen naar paragraaf 3.4.3.

³²⁴ Dit zal zich in de regel niet zo snel voordoen, gelet op het feit dat in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel expliciet is opgemerkt dat ten aanzien van dividenduitkeringen – bij afwezigheid van een dividendbesluit – de zogenoemde lifo-methode zal worden gehanteerd. Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 41-42.

Ad. 11: de controlerende aandeelhouder neemt de besmette voordelen tevens uit hoofde van een andere CFC-maatregel in aanmerking

Naast de CFC-maatregel zoals bedoeld in art. 13ab Wet Vpb 1969 bevat de Nederlandse wetgeving een CFC-achtige bepaling neergelegd in art. 13a Wet Vpb 1969. Op grond van deze zogenoemde herwaarderingsbepaling moet belastingplichtige onder voorwaarden zijn belang in een laagbelaste beleggingsdeelneming jaarlijks waarderen op de waarde in het economisch verkeer. Indien een CFC een positief saldo aan besmette voordelen heeft behaald en niet heeft uitgekeerd, wordt belastingplichtige ter zake daarvan belast op de voet van art. 13ab Wet Vpb 1969. Omdat voorgenoemde voordelen niet zijn uitgekeerd, vindt een waardestijging plaats van de aandelen die belastingplichtige houdt in de CFC, welke onder voorwaarden in beginsel eveneens wordt belast op grond van art. 13a Wet Vpb 1969. Deze waardeverandering wordt op grond van art. 13a lid 4 Wet Vpb 1969 echter niet in aanmerking genomen voor zover deze rechtstreeks samenhangt met voordelen die reeds uit hoofde van art. 13ab Wet Vpb 1969 bij het bepalen van de winst in aanmerking zijn genomen, dan wel in mindering kunnen worden gebracht op grond van art. 13ab lid 7 Wet Vpb 1969. Voorkomen wordt derhalve dat dezelfde voordelen tweemaal in de heffing worden betrokken, enerzijds op grond van de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 en anderzijds op grond van de herwaarderingsbepaling van art. 13a Wet Vpb 1969. Evenwel doet zich een complicatie voor indien de waardestijging tot uitdrukking komt in een jaar voorafgaand aan het jaar waarin het desbetreffende besmette voordeel is ontvangen. Dit is het geval wanneer de waarde van de CFC voor toepassing van art. 13a Wet Vpb 1969 bij het jaareinde wordt bepaald aan de hand van de *discounted cash flow*-methode en de contante waarde van de te ontvangen besmette voordelen daarbij reeds in aanmerking wordt genomen.³²⁵ Hoewel de samenhang tussen de te ontvangen besmette voordelen en de daarmee gepaard gaande waardestijging mijns inziens rechtstreeks is, lijkt dubbele heffing in dit verband niet te kunnen worden voorkomen omdat voor toepassing van art. 13a lid 4 Wet Vpb 1969 strikt genomen is vereist dat de besmette voordelen reeds bij belastingplichtige op de voet van art. 13ab Wet Vpb 1969 in aanmerking zijn genomen. In zoverre lijkt de voorkomingsmethodiek dubbele heffing op dit punt niet effectief te kunnen uitsluiten.

4.7 Deelconclusie

In dit hoofdstuk zijn de gevolgen van dubbele belastingheffing belicht en is vervolgens uiteengezet welke verschillende vormen van dubbele belasting zich kunnen voordoen door toepassing van CFC-regelgeving. Voorts is onderzocht op welke wijze de Nederlandse wetgeving deze verschillende vormen van dubbele belastingheffing al dan niet voorkomt teneinde een antwoord te formuleren op de deelvraag: *Hoe wordt dubbele belastingheffing als gevolg van toepassing van de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 voorkomen?*

Door implementatie van voorkomingsregelgeving die specifiek is gericht op de dubbele belastingheffing door toepassing van de CFC-maatregel kunnen enkele

³²⁵ V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 474, par. 9.

vormen hiervan effectief worden voorkomen. Dit betreft de volgende categorieën:

- het CFC-inkomen is in de laag-belastende jurisdictie eveneens onderworpen aan een belasting naar de winst (vorm 1); en
- de controlerende aandeelhouder wordt belast ter zake van dividendinkomsten of vervreemdingsvoordelen uit hoofde van het belang in de CFC die verband houden met reeds ingevolge de CFC-maatregel toegerekende inkomsten (vorm 3).

Voorts worden enkele vormen van dubbele belastingheffing als gevolg van toepassing van art. 13ab Wet Vpb 1969 voorkomen door reeds bestaande wet- en regelgeving, waaronder begrepen verdragsbepalingen, en door de systematiek van de Nederlandse CFC-maatregel. Dit laatste kan met name worden toegeschreven aan het feit dat de omvang van de besmette voordelen op basis van een netto-benadering en naar Nederlandse maatstaven moet worden bepaald. Op grond van bestaande wetgeving en de systematiek van de Nederlandse CFC-maatregel wordt dubbele belastingheffing voorkomen die zich in de volgende situaties zou kunnen manifesteren:

- een deel van het CFC-inkomen is onderhevig aan een verrekenprijscorrectie tussen de laag-belastende en een derde jurisdictie (vorm 5);
- op basis van een dubbele vestigingsplaats wordt dezelfde controlerende aandeelhouder in verschillende jurisdicties aan CFC-regelgeving onderworpen (vorm 7); en
- een deel van het inkomen uit hoofde van CFC1 bestaat uit inkomsten verkregen van CFC2, terwijl de voordelen uit hoofde van beide CFC's bij belastingplichtige in de heffing worden betrokken (vorm 10).

Tenslotte is geconstateerd dat een aantal vormen van dubbele belastingheffing door toepassing van de CFC-maatregel – al dan niet doelbewust – niet effectief lijkt te kunnen worden voorkomen op grond van de huidige wetgeving. Het gaat in dit verband om de volgende situaties:

- een deel van het CFC-inkomen wordt in verschillende jurisdicties op grond van CFC-regelgeving in de heffing betrokken (vorm 2);
- een deel van het CFC-inkomen wordt in een later stadium uitgekeerd en is daarbij onderworpen aan een bronbelasting (vorm 4);
- een deel van het CFC-inkomen wordt (in verschillende jurisdicties) op basis van verschillende criteria (stemrecht, aandelenbelang of winstrecht) in de CFC-heffing betrokken (vorm 6);
- een deel van de CFC-inkomsten wordt door toepassing van een hybridemismatchmaatregel eveneens uit dien hoofde in de heffing betrokken (vorm 8);
- dezelfde CFC-inkomsten worden in een staat bij zowel de aldaar gevestigde moeder- als tussenhoudstermaatschappij onderworpen aan CFC-heffing (vorm 9); en
- de controlerende aandeelhouder neemt de besmette voordelen tevens uit hoofde van een andere CFC-maatregel in aanmerking (vorm 11).

5. Toetsing voorkomingsmethodiek CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969

5.1 Inleiding

Om een antwoord te formuleren op het eerste gedeelte van de probleemstelling moet worden onderzocht in hoeverre de regelgeving ter voorkoming van dubbele heffing als gevolg van toepassing van de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 op adequate wijze is vormgegeven vanuit een beleidsmatig perspectief.³²⁶ Te dien einde wordt de regelgeving ter voorkoming van dubbele belasting getoetst aan vijf toetsingscriteria, te weten:

- Doeltreffendheid;
- Doelmatigheid;
- Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid;
- Europeesrechtelijke verenigbaarheid; en
- Internationaalrechtelijke verenigbaarheid.

De eerste drie criteria zijn ontleend aan de Nota Zicht op Wetgeving en betreffen essentiële kwaliteitseisen voor een behoorlijke wetgeving.³²⁷ Daarnaast is het van belang dat de voorkomingsregelgeving in overeenstemming is met zowel primair als secundair EU-recht, omdat nationale wetgeving die daarmee in strijd blijkt buiten toepassing wordt verklaard.³²⁸ Bovendien mag met de voorkomingsregelgeving niet in strijd worden gehandeld met door Nederland gesloten belastingverdragen, omdat anders mogelijk de goede verdragstrouw in de zin van art. 26 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht wordt geschonden. Het voorgaande heeft ertoe geleid dat ook de Europeesrechtelijke en internationaalrechtelijke verenigbaarheid als criteria zijn opgenomen in het toetsingskader.

Aan de hand van het toetsingskader wordt in dit hoofdstuk een antwoord gegeven op de deelvraag: *Voldoet de methodiek ter voorkoming van dubbele belastingheffing van de CFC-maatregel aan de in het toetsingskader vermelde toetsingscriteria?* Elk van de voorgenoemde vijf toetsingscriteria wordt daarbij steeds nader toegelicht alvorens de voorkomingsregelgeving ter zake van de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 aan het desbetreffende criterium wordt getoetst. De toetsing vindt per criterium afzonderlijk plaats. Evenwel bestaat tussen enkele toetsingscriteria overlap, welke waar nodig geadresseerd wordt.

5.2 Doeltreffendheid

Op grond van het vereiste van doeltreffendheid of effectiviteit moet regelgeving, op zijn minst in belangrijke mate, leiden tot verwezenlijking van de door de

³²⁶ Het gaat in dit verband dus niet om toetsing van de CFC-maatregel in algemene zin, doch specifiek om toetsing van de daarmee verband houdende voorkomingsregelgeving.

³²⁷ Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2.

³²⁸ HvJ EG 3 juni 1964, C-6/64 (*Costa/ENEL*), Jur. p. 1203.

wetgever beoogde doelstellingen.³²⁹ Te dien einde is het van belang dat de aan de regeling ten grondslag liggende doelstellingen helder en volledig worden geformuleerd. Dit moet inzichtelijk worden gemaakt bij de toelichting op de regelgeving.³³⁰

De doelstelling van de wetgever met de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 in algemene zin is om met de aanvullende implementatie van model A naast model B verder te gaan dan hetgeen waartoe hij ingevolge ATAD verplicht is teneinde een stopbord te vormen voor belastingontwijkingsstructuren via Nederland.³³¹ Niettegenstaande de negatieve invloed van dubbele belastingheffing op het Nederlandse investeringsklimaat zoals in paragraaf 4.2 uiteengezet, heeft de wetgever niet gekozen voor aanvullende regelgeving ter voorkoming van dubbele belasting en wordt volstaan met implementatie van de bepalingen die ATAD omtrent de voorkoming van dubbele belasting voorschrijft.³³² Volgens de wetgever past aanvullende voorkomingsregelgeving namelijk niet binnen het prohibitieve karakter van de CFC-maatregel.³³³

In aanvulling op het voorgaande moet ter vaststelling van de doelstelling van de wetgever mijns inziens ook rekening worden gehouden met de doelstellingen van de CFC-maatregel uit ATAD. Art. 13ab Wet Vpb 1969 vormt immers de nationaalrechtelijke invulling van model A uit deze richtlijn en moet derhalve in Europeesrechtelijk verband worden uitgelegd. Dit heeft tot gevolg dat ter bepaling van de doelstelling van de Nederlandse CFC-maatregel mede acht moet worden geslagen op de preambule van ATAD1. Omdat in overweging 5 preambule ATAD1 is opgenomen dat de CFC-maatregel mede tot doel moet hebben om de door haar veroorzaakte (economische) dubbele belastingheffing te voorkomen, kan deze doelstelling in mijn optiek eveneens worden geacht aan de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 ten grondslag te liggen.³³⁴ Daarom moet de doeltreffendheid van de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel mijns inziens worden beoordeeld vanuit de invalshoek dat alle vormen van dubbele belastingheffing door toedoen van de CFC-maatregel moeten worden voorkomen.

Zoals blijkt uit de in paragraaf 4.6 opgenomen analyse worden ten minste zes verschillende vormen van dubbele belastingheffing door toepassing van de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 niet op effectieve wijze voorkomen. Voor deze situaties is de nationale regelgeving dus ontoereikend, waardoor de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel in mijn optiek niet doeltreffend kan worden geacht.

³²⁹ Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 25, par. 2.2.3.

³³⁰ Ibid.

³³¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 11, par. 2.1.1.

³³² Ibid., p. 14, par. 2.1.2.4.

³³³ Ibid. Het bestaan van een spanningsveld tussen de effectiviteit van de CFC-maatregel en de voorkoming van dubbele belasting wordt onderschreven in OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 11.

³³⁴ Hoe het meergenoemde standpunt van de wetgever dat aanvullende voorkomingsregelgeving niet hoeft te worden vormgegeven zich verhoudt tot de preambule van ATAD1, wordt nader uiteengezet in paragraaf 5.5.5.

5.3 Doelmatigheid

Hoewel het van belang is dat het met de regelgeving beoogde doel wordt bereikt, moet worden voorkomen dat dit op een inefficiënte wijze gebeurt. Het is derhalve noodzakelijk dat de doelmatigheid van wetgeving wordt onderzocht. Regelgeving kan doelmatig of efficiënt worden geacht wanneer een niet te ongunstige verhouding tussen baten en lasten voor overheid of belastingplichtige voortvloeit uit de werking van de wet.³³⁵ Vanwege het feit dat geen kwantitatieve gegevens beschikbaar zijn ter vaststelling van de financiële baten en lasten van de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel, wordt de doelmatigheid aan de hand van een kwalitatieve toetsing geanalyseerd.³³⁶

Indien zich een geval van dubbele belastingheffing voordoet zoals bedoeld in art. 13 lid 19 en art. 13a lid 4 Wet Vpb 1969, berust de last formeel op belastingplichtige om aan te tonen dat een rechtstreeks verband bestaat tussen enerzijds de in aanmerking genomen CFC-voordelen en anderzijds de dividenduitkering c.q. het vervreemdingvoordeel respectievelijk de waardeestijging. Belastingplichtige zal immers bij het doen van de vennootschapsbelastingaangifte het standpunt moeten innemen dat hij aanspraak maakt op toepassing van één van voorgenoemde bepalingen. In dit verband is de wijze van belang waarop in de uitvoeringspraktijk invulling wordt gegeven aan het vereiste van 'rechtstreekse samenhang'. Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel kan worden afgeleid dat het dividendbesluit of – bij afwezigheid daarvan – de lifo-methode voor de toepassing van art. 13ab lid 2 Wet Vpb 1969 als uitgangspunt wordt gehanteerd om te bepalen of de winst van een CFC voor het jaareinde is uitgekeerd.³³⁷ Het ligt daarom voor de hand om eveneens aan te sluiten bij het dividendbesluit (of de lifo-methode) ter vaststelling van rechtstreekse samenhang tussen een dividenduitkering en eerder in aanmerking genomen CFC-voordelen. In zoverre lijkt een beroep op deze voorkomingsregeling geen buitensporige lasten met zich te brengen. Dit heeft mijns inziens eveneens te gelden voor vervreemdingsvoordelen en waardeestijgingen ter zake van de aandelen in een CFC indien in de uitvoeringspraktijk een praktische benadering wordt voorgestaan. Het ligt voor de hand dat een rechtstreekse verband met de waardeestijging mag worden aangenomen voor een bedrag dat correspondeert met de omvang van de CFC-voordelen die reeds op de voet van de CFC-maatregel in aanmerking zijn genomen. Indien wordt toegekomen aan toepassing van art. 13ab Wet Vpb 1969 is immers reeds in een eerder stadium vastgesteld dat de CFC-voordelen nog niet zijn uitgekeerd en zich dus nog in de CFC bevinden. Slechts voor zover de voordelen volgens het dividendbesluit of de lifo-methode in de tussentijd wél zijn uitgekeerd, moet de voorkoming dienovereenkomstig worden gecorrigeerd. Mijns inziens leidt de toepassing van art. 13 lid 19 of art. 13a lid 4 Wet Vpb 1969

³³⁵ Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 25, par. 2.2.3.

³³⁶ In de ramingstoelichtingen van het wetsvoorstel zijn enkel de budgettaire opbrengsten van de CFC-maatregel als geheel geschat op nihil. Zie Ramingstoelichting ATAD1, bijlage bij Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 5, par 2.2. De uitvoeringskosten van de CFC-maatregel als geheel zijn geschat op €1,24 miljoen in 2018, €1,32 miljoen in 2019 en vervolgens op structureel €0,57 miljoen per jaar. Zie Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 32.

³³⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 41-42.

ingeval van een dergelijke praktische insteek niet tot een grote uitvoeringslast. Lastiger te bepalen is de rechtstreekse samenhang tussen reeds in aanmerking genomen besmette voordelen en de vervreemding van (een zelfstandig onderdeel van) een onderneming van een als CFC aangemerkte vaste inrichting.³³⁸ In dat geval zal per vervreemd vermogensbestanddeel moeten worden aangetoond in hoeverre ter zake daarvan in het verleden voordelen en kosten tot uitdrukking zijn gekomen. In mijn optiek brengen de voorgenoemde voorkomingsregelingen voor belastingplichtige – afgezien van de vervreemding van (een deel van de onderneming van) een vaste inrichting – geen buitensporige lasten met zich. Ook de lasten voor de Belastingdienst zullen beperkt zijn, vanwege het feit dat enkel getoetst hoeft te worden of de door belastingplichtige aangeleverde bewijsstukken correct zijn en tot het gewenste resultaat leiden. De opbrengst voor belastingplichtige is daarentegen relatief groot, omdat wordt voorkomen dat tweemaal tegen een tarief van 25% (2019) vennootschapsbelasting wordt geheven over dezelfde voordelen. In zoverre kan de voorkomingsmethodiek mijns inziens doelmatig worden geacht, onder het voorbehoud dat het aantonen van een rechtstreekse samenhang in de uitvoeringspraktijk niet extra bemoeilijkt wordt ten opzichte van de voorgenoemde benadering.

Voor toepassing van art. 23e Wet Vpb 1969 zal belastingplichtige moeten aantonen dat het bedrag aan buitenlandse winstbelasting ter zake waarvan hij aanspraak wenst te maken op verrekening daadwerkelijk betaald is. Te dien einde moet hij relevante documentatie aanleveren welke door de Belastingdienst moet worden gecontroleerd. Afgevraagd kan worden of een buitenlandse belastingaangifte of –aanslag in dit kader volstaat.³³⁹ Gelet op de bewoordingen van art. 23e Wet Vpb 1969 ligt het namelijk voor de hand dat ook rekeningafschriften overlegd moeten worden teneinde de daadwerkelijke betaling aan te tonen. Daarnaast moet overbrenging naar volgende jaren van een niet-verrekenbaar gedeelte van buitenlandse belasting bij voor bezwaar vatbare beschikking geschieden ingevolge art. 23e lid 4 Wet Vpb 1969. Voorgaande uitwerking is niet anders dan hetgeen reeds bestaande praktijk is voor de toepassing van art. 23c en art. 23d Wet Vpb 1969. Geconcludeerd kan worden dat deze vorm van belastingverrekening niet veel uitvoeringslasten met zich brengt voor de Belastingdienst. Belastingplichtige draagt namelijk grotendeels de bewijslast, hetgeen logisch is omdat hij in de beste positie verkeert om de aanspraak op de verrekening te onderbouwen. De daarvoor vereiste documentatie, zoals aangiftes, aanslagen en rekeningafschriften, zouden reeds beschikbaar dan wel relatief eenvoudig te verkrijgen moeten zijn.

Gelet op het voorgaande kan worden vastgesteld dat geen zodanig ongunstige verhouding tussen baten en lasten voortvloeit uit toepassing van de voorkomingsregelgeving dat deze ondoelmatig zou kunnen worden geacht. Bij deze conclusie moet wel de kanttekening worden gemaakt dat – zoals in paragraaf 5.2 uiteengezet – de voorkomingsregelgeving niet doeltreffend is

³³⁸ In gelijke zin: V.T.P. van der Lans en M. Knops, p. 475, par. 10.3.

³³⁹ Dit lijkt te kunnen worden afgeleid uit Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 52, par. 3.1.

doordat zij ter zake van een aantal vormen van dubbele belastingheffing ontoereikend is. Op die punten leidt de CFC-maatregel tot een overkill welke een lastenverzwaring voor belastingplichtige tot gevolg heeft.

5.4 Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is het belangrijk dat het de belastingplichtige, Belastingdienst en belastingrechter helder voor ogen staat wat de wetgever wil en bedoelt en wat zij mogen of moeten doen of nalaten.³⁴⁰ In de Nota Zicht op Wetgeving is daarom gesteld dat de eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid uiterst belangrijke kwaliteitseisen zijn van behoorlijke wetgeving.³⁴¹ Daarnaast is het ten behoeve van de rechtszekerheid van belang dat de nationale wetgeving in overeenstemming is met het primair en secundair EU-recht en belastingverdragen, omdat regelgeving die daarmee strijdig is opzij wordt gezet. Dit wordt echter afzonderlijk geadresseerd in paragraaf 5.5 respectievelijk paragraaf 5.6. Voorts zou kunnen worden beargumenteerd dat tekortkomingen in de voorkomingsmethodiek kunnen leiden tot rechtsonzekerheid voor zover deze tot gevolg hebben dat een risico bestaat op dubbele belastingheffing. Evenwel is dit reeds behandeld en meegewogen bij het criterium doeltreffendheid, zodat op dit punt kan worden volstaan met een verwijzing naar paragraaf 5.2.

Voor wat betreft de eenvoud van de voorkomingsmethodiek moet worden opgemerkt dat de voorkomingsregeling van art. 13 lid 19 Wet Vpb 1969 de deelnemingsvrijstelling van toepassing verklaart op voordelen uit hoofde van het belang in de CFC. Deze vorm van voorkoming sluit dus aan bij de reguliere systematiek van de deelnemingsvrijstelling hetgeen de eenvoud ten goede komt. Ook in art. 13a lid 4 Wet Vpb 1969 is de wettekst ter voorkoming van samenloop met de CFC-maatregel op een eenvoudige wijze vormgegeven door de herwaarderingsmaatregel in voorkomende gevallen buiten werking te stellen. Ten aanzien van art. 23e Wet Vpb 1969 zou kunnen worden gesteld dat de wetstechnische vormgeving minder eenvoudig is. In mijn optiek wordt de meer ingewikkelde wetgeving in dit verband veroorzaakt door de ingewikkeldheid van de materie.³⁴² Het is daarom van belang om te bezien of de wettekst op dit punt op eenvoudiger wijze hetzelfde doel had kunnen bereiken. Vanwege het feit dat art. 23e Wet Vpb 1969 grotendeels overeenkomstig de deelnemingsverrekening en verrekening van buitenlandse ondernemingswinsten is opgesteld, komt het mij voor dat onnodige wetsbepalingen in dit opzicht zoveel mogelijk achterwege zijn gebleven. Geconcludeerd kan worden dat de voorkomingsmethodiek wetstechnisch zo eenvoudig mogelijk is vormgegeven om het doel van de wetgever te bereiken.

Het is vervolgens de vraag of deze eenvoud wordt weerspiegeld in de uitvoeringspraktijk. Hoewel de wettekst op zichzelf ondubbelzinnig is, bestaat op enkele punten onduidelijkheid hoe in de uitvoeringspraktijk met de voorkomingsbepalingen moet worden omgegaan. Ten eerste is onduidelijk op

³⁴⁰ Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 30, par. 2.2.7.

³⁴¹ Ibid.

³⁴² Ibid.

welke wijze het rechtstreeks verband tussen diverse voordelen uit hoofde van (het belang in) de CFC en eerder in aanmerking genomen besmette voordelen moet worden aangetoond. Zoals reeds in paragraaf 5.3 is uiteengezet, ligt het voor wat betreft door de CFC uitgekeerde dividenden voor de hand om aan te sluiten bij het dividendbesluit dan wel de lifo-methode. Het is evenwel niet duidelijk hoe het rechtstreeks verband moet worden aangetoond ingeval van vervreemding of herwaardering van het aandelenbelang in de CFC, alsmede ingeval van vervreemding van (een zelfstandig deel van) de onderneming van een als CFC aangemerkte vaste inrichting. Daarnaast is geen volledig uitsluitel gegeven over de vraag hoe de daadwerkelijk door de CFC betaalde winstbelasting voor de toepassing van art. 23e Wet Vpb 1969 moet worden aangetoond.³⁴³ Hoewel in paragraaf 5.3 betreffende voorgaande onduidelijkheden enkele suggesties zijn gedaan, is het aanbevelenswaardig voor de Staatssecretaris om ten aanzien van het aantonen van een rechtstreeks verband – bij voorkeur als medewetgever – meer richtsnoeren te geven. Dit zou kunnen in de vorm van een nadere toelichting of toezegging bij de parlementaire behandeling. Anderzijds kan worden gedacht aan een verduidelijking of goedkeuring in (de vorm van) een beleidsbesluit.

Ten aanzien van de toegankelijkheid is van belang op te merken dat de CFC-maatregel in het algemeen relatief technisch en mechanisch is vormgegeven. De toegankelijkheid wordt daarmee niet bevorderd, hetgeen zodoende evenzeer te gelden heeft voor de regelgeving ter voorkoming van de dubbele belasting die uit de CFC-maatregel voortvloeit. Evenwel zullen belastingplichtigen die met de CFC-maatregel in aanraking komen zich – naar mag worden aangenomen – in de regel laten bijstaan door fiscale dienstverleners gelet op de aard en complexiteit van de materie.³⁴⁴ Eventuele ontoegankelijkheid van de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel kan derhalve bezwaarlijk worden gezien als een obstakel dat afbreuk doet aan rechtszekerheid.

5.5 Europeesrechtelijke verenigbaarheid

5.5.1 Inleiding

Zoals reeds uiteengezet in paragraaf 3.2.2 wordt aan het Unierecht een autonome rechtsorde toegekend welke voorrang heeft op de nationale rechtsorde van EU-lidstaten.³⁴⁵ Nationale wet- en regelgeving die in strijd is met EU-recht is derhalve onwettig en wordt in zoverre buiten toepassing verklaard. Het EU-recht kan worden onderverdeeld in primair en secundair EU-recht. Het primair EU-recht omvat onder meer de verdragen zoals het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: 'VEU') en het VwEU. Teneinde het EU-recht te kunnen uitoefenen kunnen de instellingen van de EU ingevolge art. 288 VwEU overgaan tot het vaststellen van verordeningen, richtlijnen en beschikkingen (*hard law*) alsmede aanbevelingen en adviezen (*soft law*). Deze vormen van secundair EU-

³⁴³ Deze onduidelijkheid blijft bestaan vanwege het feit dat de op dit punt gestelde vragen onvolledig zijn beantwoord. Zie Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 52, par. 3.1.

³⁴⁴ Dit is tevens verondersteld in de Uitvoeringstoetsen Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking, p. 5, bijlage bij Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3.

³⁴⁵ HvJ EG 3 juni 1964, C-6/64 (*Costa/ENEL*), Jur. p. 1203.

recht vinden hun rechtsgrondslag derhalve in het primair EU-recht en moeten worden vastgesteld met de daarin opgenomen wetgevingsprocedures. Bovendien moet de inhoud van het secundair EU-recht in overeenstemming zijn met en worden uitgelegd in het licht van de bepalingen van het primair EU-recht.³⁴⁶

Voorts is het van belang dat nationaalrechtelijke bepalingen inzake materie die op het niveau van de EU uitputtend is geharmoniseerd aan de bepalingen van die harmonisatieregeling worden getoetst en niet aan primair EU-recht.³⁴⁷ Gelet op het feit dat in overweging 5 preambule ATAD1 is opgenomen dat de lidstaten zelf bevoegd zijn tot het vormgeven van aanvullende regelgeving ter voorkoming van dubbele belasting door toepassing van maatregelen uit ATAD, mag worden aangenomen dat in zoverre geen sprake is van uitputtende harmonisatie. Derhalve kan de regelgeving ter voorkoming van dubbele belasting door toepassing van de CFC-maatregel mijns inziens in beginsel aan het primair EU-recht worden getoetst. Na het verdwijnen van de bepaling van art. 293 EG-verdrag,³⁴⁸ op grond waarvan lidstaten met elkaar in onderhandeling treden ter verzekering van de afschaffing van dubbele belasting binnen de Gemeenschap, gaat het in dit verband met name om de in het VwEU opgenomen verdragsvrijheden.

5.5.2 Primair EU-recht – vaststelling toepasselijke verdragsvrijheid

Vooropgesteld moet worden dat het primair EU-recht in principe niet verplicht tot het wegnemen van internationale dubbele belastingheffing op zichzelf omdat het naar zijn huidige stand niet voorziet in algemene criteria voor de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten.³⁴⁹ Dubbele belastingheffing wordt namelijk gezien als het gevolg van de parallelle uitoefening door twee lidstaten van hun soevereiniteit zodat dubbele belastingheffing *als zodanig* – voor zover deze uitoefening geen discriminatie oplevert – niet wordt aangemerkt als een beperking van de verdragsvrijheden.³⁵⁰ Bij gebrek aan een juridische basis kan het HvJ EU geen oplossing bieden voor dergelijke tweelandenproblemen en heeft het reeds geoordeeld dat het aan lidstaten zelf is om bilaterale overeenkomsten ter verdeling van de heffingsbevoegdheid te sluiten.³⁵¹ Evenwel kan een belemmering die tot uitdrukking komt bij de uitoefening van de dientengevolge toegekende heffingsbevoegdheid wel worden onderworpen aan toetsing door het HvJ EU voor zover deze belemmering voortkomt uit de verschillende behandeling door de wetgeving van één lidstaat van binnenlandse en

³⁴⁶ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 18 september 2003, C-168/01 (*Bosal Holding*), BNB 2003/344, r.o. 25-26 en HvJ EU 26 oktober 2010, C-97/09 (*Schmelz*), V-N 2010/58.20, r.o. 50.

³⁴⁷ HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (*Euro Park Service*), V-N 2017/17.12, r.o. 19.

³⁴⁸ Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap. In de zaak-Gilly is door het HvJ EG geoordeeld dat aan art. 293 EG-verdrag geen rechtstreekse werking toekwam. Deze bepaling verplichtte derhalve niet tot wegneming van dubbele heffing maar gaf enkel een onderhandelingskader aan. Zie HvJ EG 12 mei 1998, C-336/96 (*Gilly*), BNB 1998/303, r.o. 15-17.

³⁴⁹ HvJ EG 14 november 2006, C-513/04 (*Kerckhaert-Morres*), BNB 2007/73, r.o. 22. Overigens voorziet het primair EU-recht ook niet in deze criteria in relatie tot derde landen.

³⁵⁰ HvJ EG 16 juli 2009, C-128/08 (*Damseaux*), V-N 2009/39.7, r.o. 27.

³⁵¹ Ibid., r.o. 30.

buitenlandse belastingplichtigen of inkomsten.³⁵² Dubbele belastingheffing kan in dit verband deel uitmaken van een dergelijke belemmerende maatregel. Derhalve moet worden onderzocht in hoeverre de dubbele belastingheffing die gepaard gaat met de CFC-maatregel leidt tot strijdigheid met de verdragsvrijheden van het VwEU.

Ten eerste moet worden bepaald aan welke verdragsbepaling dient te worden getoetst alvorens kan worden vastgesteld of belastingplichtige in kwestie toegang heeft tot de desbetreffende verdragsvrijheid. Om te bepalen welke verdragsvrijheid van toepassing is, moet volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU allereerst worden onderzocht wat het voorwerp van de maatregel is.³⁵³ Een maatregel die alleen van toepassing is op participaties waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald (hierna: 'beslissende invloed'), valt uitsluitend onder art. 49 VwEU inzake de vrijheid van vestiging.³⁵⁴ Een bepaling die enkel van toepassing is op participaties die als belegging worden gehouden zonder dat het de bedoeling is om invloed op het bestuur en de zeggenschap van de onderneming uit te oefenen, moet daarentegen uitsluitend aan het vrije kapitaalverkeer van art. 63 VwEU worden getoetst.³⁵⁵ Indien aan de hand van het voorwerp van de desbetreffende bepaling niet kan worden bepaald of zij overwegend onder art. 49 VwEU dan wel onder art. 63 VwEU valt (hierna: een 'generieke maatregel'), moet op basis van de feiten in de zaak in kwestie worden bepaald aan welke verdragsvrijheid dient te worden getoetst.³⁵⁶ Evenwel lijkt het HvJ EU in relatie tot derde landen een afwijkende benadering voor te staan voor wat betreft generieke maatregelen. Uit de zaak-Test Claimants kan namelijk worden afgeleid dat een generieke maatregel in relatie tot derde landen getoetst kan worden aan het vrije kapitaalverkeer ongeacht de omvang van de participatie, op voorwaarde dat de in het geding zijnde regeling niet de vestigingsvoorwaarden van ondernemingen uit derde landen beïnvloedt.³⁵⁷ In dat geval lijkt dus ook een situatie van beslissende invloed onder de reikwijdte van art. 63 VwEU te vallen.

Op het eerste oog zou kunnen worden gesteld dat de CFC-regelgeving van art. 13ab Wet Vpb 1969 naar haar doelstelling enkel ziet op situaties van beslissende invloed.³⁵⁸ In die visie valt de CFC-maatregel uitsluitend onder de werkingssfeer

³⁵² B.J.M. Terra en P.J. Wattel, t.a.p., p. 454, par. 15.2.

³⁵³ Dit volgt al uit HvJ EG 13 april 2000, C-251/98 (*Baars*), BNB 2000/242, r.o. 20-26 maar komt duidelijker tot uitdrukking in HvJ EU 10 juni 2015, C-686/13 (*XAB*), V-N 2015/32.13, r.o. 17.

³⁵⁴ HvJ EU 10 juni 2015, C-686/13 (*XAB*), V-N 2015/32.13, r.o. 18.

³⁵⁵ *Ibid.*, r.o. 19.

³⁵⁶ *Ibid.*, r.o. 22-23. Indien in casu sprake is van beslissende invloed, wordt aan de vrijheid van vestiging getoetst. Wanneer de participatie in kwestie als belegging wordt gehouden, vindt toetsing aan het vrije kapitaalverkeer plaats.

³⁵⁷ HvJ EU 13 november 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation (II)*), BNB 2013/28, r.o. 98-100. Het is de vraag of het HvJ EU in de toekomst ook voor intra-EU-situaties een dergelijke benadering zal voorstaan.

³⁵⁸ Vgl. bijvoorbeeld D.M. Weber in: *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2017, par. EBR.5.0.4., die opmerkt dat CFC-regelgeving onder de categorie valt van wetgeving die uitsluitend kan worden getoetst aan de vrijheid van vestiging.

van de vrijheid van vestiging, hetgeen toetsing aan het vrij verkeer van art. 63 VwEU strikt genomen uitsluit.³⁵⁹ Evenwel kan worden betwijfeld of de CFC-maatregel in haar materiële uitwerking uitsluitend ziet op situaties van beslissende invloed, omdat de CFC-maatregel in voorkomende gevallen toepassing vindt op een belang in de CFC dat minder dan 50% van het stemrecht vertegenwoordigt. In dit verband worden door Van der Lans en Knops twee voorbeelden geschetst, te weten (i) de situatie waarin de CFC-maatregel toepassing vindt op een gesplitst belang in de CFC dat minder dan 50% van het stemrecht vertegenwoordigt en (ii) de situatie waarin belastingplichtige zelf geen kwalificerend indirect belang heeft in de CFC maar een met belastingplichtige verbonden lichaam dat wel heeft.³⁶⁰ Zij refereren voorts aan de zaak-Itelcar betreffende de Portugese *thincap*-regeling waarin het HvJ EU het vrije verkeer van kapitaal in relatie tot een derde land heeft toegepast op een maatregel die – hoewel de regeling naar doel en strekking ziet op situaties waarin een ‘bijzondere relatie’ bestaat – de facto niet is beperkt tot situaties waarin een participatie in het kapitaal wordt gehouden waarmee beslissende invloed kan worden uitgeoefend.³⁶¹

Gelet op het feit dat de CFC-maatregel – in afwijking van haar doelstelling – niet uitsluitend van toepassing is op situaties waarin belastingplichtige een beslissende invloed kan uitoefenen op grond van zijn participatie in het kapitaal van de CFC, moet deze mijns inziens worden aangemerkt als een generieke maatregel. Dientengevolge kan de CFC-maatregel in intra-EU-situaties worden getoetst aan het vrij verkeer van kapitaal wanneer in casu sprake is van een als belegging aangehouden participatie. In relatie tot derde landen zou de CFC-maatregel in mijn optiek ongeacht de omvang van de participatie³⁶² kunnen worden getoetst aan het vrij verkeer van kapitaal op voorwaarde dat de CFC-maatregel de vestigingsvoorwaarden van ondernemingen uit derde landen niet beïnvloedt.³⁶³ Mijns inziens kan worden verdedigd dat aan de laatstgenoemde voorwaarde wordt voldaan omdat de CFC-maatregel in principe niet ziet op de voorwaarden waaronder een Nederlandse vennootschap in een derde land toegang krijgt tot de markt maar enkel de behandeling betreft van de voordelen uit hoofde van de investering door de Nederlandse vennootschap in een vennootschap die gevestigd is in een derde land.³⁶⁴ Inmiddels lijkt ook de Staatssecretaris de mogelijkheid tot toetsing van de CFC-maatregel aan het vrije

³⁵⁹ HvJ EG 13 maart 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), V-N 2007/15.9, r.o. 34. Een eventuele beperking van het vrije kapitaalverkeer wordt dan als het onvermijdelijke gevolg gezien van de belemmering van de vestigingsvrijheid.

³⁶⁰ V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 467 par. 5.2.1. Ten aanzien van dit tweede voorbeeld moet worden opgemerkt dat het HvJ EU ook een samentelling van belangen van verbonden partijen in acht lijkt te nemen bij de beoordeling of sprake is van beslissende invloed. Zie HvJ EG 6 december 2007, C-298/05 (*Columbus Container Services*), V-N 2007/59.8, r.o. 29-32.

³⁶¹ HvJ EG 3 oktober 2003, C-282/12 (*Itelcar*), V-N 2013/49.18.3, r.o. 18-20.

³⁶² In gelijke zin: I.M. de Groot en P.J. te Boekhorst, ‘Gevolgen FII-2 voor de Nederlandse deelnemingsverrekening’, WFR 2013/388, par. 2.

³⁶³ Vgl. HvJ EU 13 november 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation (II)*), BNB 2013/28, r.o. 93 alsmede r.o. 99-100.

³⁶⁴ Steun voor deze opvatting kan worden ontleend aan de redenering van het HvJ EU ten aanzien van de behandeling van dividenden uit derde landen in HvJ EU 13 november 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation (II)*), BNB 2013/28, r.o. 100.

kapitaalverkeer te hebben onderkend.³⁶⁵ Gelet op het voorgaande is het van belang de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel zowel aan de vrijheid van vestiging als aan het vrij verkeer van kapitaal te toetsen.

5.5.3 Vrijheid van vestiging

Voor toetsing van de CFC-maatregel aan de vrijheid van vestiging is vereist dat de belastingplichtige in kwestie als onderdaan wordt aangemerkt van een EU-lidstaat en zijn recht op vestiging uitoefent. Aan de eerste voorwaarde wordt ingevolge art. 54 VwEU voldaan indien sprake is van een vennootschap die is opgericht naar het recht van één van de EU-lidstaten en die bovendien de statutaire zetel, het hoofdbestuur of de hoofdvestiging binnen de EU heeft. Voor de tweede voorwaarde is vereist dat belastingplichtige een economische activiteit uitoefent in een andere EU-lidstaat. In dit verband gaat het om de daadwerkelijke uitoefening van een reële activiteit die niet slechts marginaal en bijkomstig van aard is.³⁶⁶ Aldus kan een volledig kunstmatige constructie die niet de economische realiteit weerspiegelt op voorhand niet binnen de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging komen.³⁶⁷ Evenwel lijkt de jurisprudentie van het HvJ EU in dit verband niet volledig consequent, omdat het bestaan van een kunstmatige constructie zonder economische realiteit het HvJ EU in de zaak-Cadbury Schweppes niet heeft weerhouden van toetsing aan de vrijheid van vestiging, waarbij het bestaan van kunstmatigheid pas in aanmerking is genomen bij de rechtvaardiging van de belemmering.³⁶⁸

Om de CFC-maatregel te kunnen toetsen aan de vrijheid van vestiging moet de belastingplichtige dus in een andere EU-lidstaat een reële economische activiteit uitoefenen, hetgeen het geval is indien hij zich aldaar vestigt door middel van een (reële) primaire of secundaire vestiging.³⁶⁹ Gelet op het feit dat de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 op basis van de huidige conceptlijst van laag-belastende jurisdicties (bijlage 1) geen toepassing vindt in relatie tot dochtermaatschappijen en vaste inrichtingen in andere EU-lidstaten, lijkt op dit moment geen ruimte te bestaan voor toetsing aan de vrijheid van vestiging.³⁷⁰ Mocht in de toekomst een EU-lidstaat op de lijst van laag-belastende jurisdicties

³⁶⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 026, nr. 38, p. 6.

³⁶⁶ HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), BNB 2007/54, r.o. 54 respectievelijk HvJ EG 26 februari 1992, C-357/89 (*Raulin*), Jur. p. I-1027, r.o. 15. Deze laatste zaak betrof het vrije verkeer van werknemers, maar de vermelde rechtsregel kan van overeenkomstige toepassing worden geacht bij de vrijheid van vestiging. Zie D.M. Weber in: *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2017, par. EBR.5.0.2.B.b.

³⁶⁷ B.J.M. Terra en P.J. Wattel, t.a.p., p. 33, par. 3.1.3. De vaststelling hiervan moet berusten op objectieve door derden controleerbare elementen die onder meer verband houden met de mate van fysiek bestaan in termen van lokalen, personeel en uitrusting. Zie HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), BNB 2007/54, r.o. 67.

³⁶⁸ B.J.M. Terra en P.J. Wattel, t.a.p., p. 548, par. 20.5. Mogelijk is deze afwijkende benadering ingegeven door de onduidelijkheid omtrent de vraag of de getoetste regelgeving de facto uitsluitend op dergelijke kunstmatige constructies zag. Zie in dit kader ook r.o. 72. Dit is voor de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 anders vanwege de substance-uitzondering.

³⁶⁹ D.M. Weber in: *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2017, par. EBR.5.0.2.B.c. Dit volgt reeds uit art. 49 VwEU dat spreekt over de oprichting door onderdanen van agentschappen, filialen en dochterondernemingen.

³⁷⁰ Een vergelijkbare analyse heeft te gelden voor de vestigingsvrijheid in relatie tot landen die partij zijn van de EER-overeenkomst. Zie art. 31 jo. 34 van de Overeenkomst betreffende de EER.

worden opgenomen, dan lijkt toetsing aan de vrijheid van vestiging nog steeds niet mogelijk omdat daartoe vereist is dat belastingplichtige een reële economische activiteit uitoefent in de andere EU-lidstaat, hetgeen de toepassing van de CFC-maatregel ingevolge de substance-uitzondering art. 13ab lid 5 Wet Vpb 1969 strikt genomen uitsluit. Slechts ingeval deze substance-uitzondering strenger wordt uitgelegd dan de toets die het HvJ EU ten aanzien van het bestaan van reële economische activiteit aanlegt, zou zich de situatie kunnen voordoen dat belastingplichtige onder de toepassing van de CFC-maatregel valt en toch toegang heeft tot de vrijheid van vestiging. Dat ligt evenwel niet voor de hand omdat de substance-uitzondering van art. 13ab lid 5 Wet Vpb 1969 de implementatie van art. 7 lid 2 punt a ATAD, tweede volzin vormt en richtlijnconform moet worden uitgelegd.³⁷¹ Blijkens overweging 12 preambule ATAD1, tweede alinea vormt deze richtlijnbevestiging op haar beurt de invulling van de toets die het HvJ EU in zijn jurisprudentie voor de toegang tot de vrijheid van vestiging aanlegt. Hoewel in de literatuur wordt afgevraagd of de substance-uitzondering in ATAD strenger is dan de voorgenoemde door het HvJ aangelegde toets,³⁷² kan worden verdedigd dat de substance-uitzondering in ATAD in overeenstemming met het primair EU-recht moet worden uitgelegd.³⁷³ Bovendien ligt het voor de hand dat de substance-uitzondering verenigbaar zal worden geacht met de vrijheid van vestiging omdat met de vaststelling van ATAD overeenstemming is bereikt omtrent hetgeen als kunstmatig moet worden gezien.³⁷⁴ Daarnaast heeft de Staatssecretaris opgemerkt dat de concrete invulling die Nederland geeft aan de substance-uitzondering als *safe harbour* fungeert en dat het naar aanleiding van de reeds aangehaalde zaken-Deister Holding en Juhler Holding tevens mogelijk zal worden gemaakt om op andere wijze zakelijke redenen aannemelijk te maken.³⁷⁵ Derhalve lijkt ook de Staatssecretaris het communautaire begrip ‘wezenlijke economische activiteit’ in de substance-uitzondering conform het primair EU-recht te willen interpreteren.

Gelet op het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 – gelet op de huidige lijst van laag-belastende jurisdicties – niet lijkt te kunnen worden getoetst aan de vrijheid van vestiging. Wanneer de CFC-maatregel toepassing vindt, is namelijk per definitie niet voldaan aan de substance-uitzondering. In dat geval is aldus sprake van een volstrekt kunstmatige constructie die de economische realiteit niet weerspiegelt, zodat toetsing aan de vrijheid van vestiging is uitgesloten.

5.5.4 Vrij verkeer van kapitaal

Voor wat betreft de toetsing van de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel aan het vrije kapitaalverkeer moet worden vastgesteld dat een vestiging of directe investering in beginsel als kapitaalbeweging wordt aangemerkt voor de toepassing van art. 63 VwEU.³⁷⁶ In tegenstelling tot de

³⁷¹ Zie in dit verband onder meer de uiteenzetting in paragraaf 3.4.4.

³⁷² E. Swaving Dijkstra, t.a.p., p. 738, par. 3.

³⁷³ Zie onder meer de in paragraaf 5.5.1 aangehaalde zaak-Bosal Holding en zaak-Schmelz.

³⁷⁴ L.C. van Hulten, t.a.p., par. 2. Zie voor een nadere uiteenzetting paragraaf 3.3.3.

³⁷⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 15, par. 2.1.4.3.

³⁷⁶ HvJ EU 13 november 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation (II)*), BNB 2013/28, r.o. 102.

vrijheid van vestiging is in zoverre dus voor de toepassing van het vrij verkeer van kapitaal niet vereist dat daadwerkelijk een economische activiteit wordt uitgeoefend door de CFC.³⁷⁷ Doordat de CFC-maatregel (antimisbruik)regelgeving betreft die uitsluitend toepassing vindt op de vestiging of directe investering in grensoverschrijdende situaties en niet op vergelijkbare kapitaalbewegingen binnen Nederland, kan worden vastgesteld dat de CFC-maatregel in beginsel een belemmering vormt van het vrije verkeer van kapitaal. De maatregel ontmoedigt immers kapitaalbeleggingen in vennootschappen die in een andere staat zijn gevestigd. Vervolgens moet worden onderzocht of deze belemmering kan worden gerechtvaardigd. Uit vaste rechtspraak van het HvJ EU volgt dat een beperking kan worden gerechtvaardigd uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang (hierna: 'rechtvaardigingseis') op voorwaarde dat de beperking geschikt is om het nagestreefde doel te verwezenlijken (hierna: 'noodzakelijkheidseis') en niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat doel (hierna: 'proportionaliteitseis').³⁷⁸ In ieder geval zou onder verwijzing naar de zaak-Cadbury Schweppes en de zaak-SGI kunnen worden betoogd dat de beperking uit hoofde van de CFC-maatregel aan de rechtvaardigingseis voldoet vanwege de doelstelling misbruik te bestrijden, eventueel in combinatie met de doelstelling tot het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.³⁷⁹ Vanwege het bestaan van de substance-uitzondering ziet de CFC-maatregel immers slechts op volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om een fiscaal voordeel te behalen. Hoewel deze zaken zijn gewezen voor toepassing van de vrijheid van vestiging is bestrijding van misbruik van recht een algemeen beginsel van Unierecht zodat het misbruikbegrip voor elke verdragsvrijheid hetzelfde moet worden uitgelegd.³⁸⁰ Het voorgaande kan worden bevestigd door het feit dat de Cadbury Schweppes-doctrine inmiddels door het HvJ EU van overeenkomstige toepassing is verklaard op het vrije verkeer van kapitaal.³⁸¹

Het is mijns inziens echter met name de vraag of de (expliciete) acceptatie van dubbele belastingheffing in overeenstemming kan worden geacht met de proportionaliteitseis. Zo is in verschillende zaken ten aanzien van *thin cap*-regelgeving en verrekenprijsregelgeving overwogen dat het bedrag van betaalde rente uit hoofde van een bepaalde lening mag worden gecorrigeerd tot het

³⁷⁷ Vgl. D.M. Weber in: *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2017, par. EBR.5.0.2.B.b.

³⁷⁸ HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), BNB 2007/54, r.o. 47.

³⁷⁹ Ibid., r.o. 51-55. De beperking als gevolg van een antimisbruikbepaling kan slechts worden gerechtvaardigd door het doel belastingontwijking te voorkomen op voorwaarde dat de antimisbruikbepaling specifiek is gericht op volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om belasting te ontwijken (hierna: 'Cadbury Schweppes-doctrine'). Uit de zaak-SGI kan voorts worden afgeleid dat een antimisbruikmaatregel die niet specifiek is gericht op dergelijke constructies desalniettemin kan worden gerechtvaardigd uit hoofde van de doelstelling om belastingontwijking te voorkomen tezamen met de doelstelling om een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid te behouden. Zie HvJ EU 21 januari 2010, C-311/08 (*SGI*), V-N 2010/3.21, r.o. 66.

³⁸⁰ HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*), FED 2007/71, r.o. 38.

³⁸¹ Zie onder meer HvJ EU 17 september 2009, C-182/08 (*Glaxo Wellcome*), V-N 2009/47.20, r.o. 89 en in relatie tot derde landen HvJ EU 3 oktober 2013, C-282/12 (*Itelcar*), V-N 2013/49.18.3, r.o. 34.

bedrag dat onder arm's length-voorwaarden zou zijn overeengekomen, maar dat het disproportioneel is om het volledige bedrag aan rente ter zake van de desbetreffende lening in aftrek te weigeren.³⁸² Uit deze zaken kan worden afgeleid dat een maatregel disproportioneel is wanneer deze verder gaat dan noodzakelijk om de situatie te herstellen die zich bij afwezigheid van misbruik zou hebben voorgedaan.³⁸³ De dubbele belastingheffing die zich voordoet door een groter deel van de renteaftrek te weigeren wordt derhalve door het HvJ EU niet toegestaan. Dit uitgangspunt lijkt tevens in lijn met hetgeen is overwogen in de zaak-Halifax:

"93. Verder zij eraan herinnerd dat de vaststelling van een misbruik niet moet leiden tot een sanctie, waarvoor een duidelijke en ondubbelzinnige rechtsgrondslag vereist is, maar tot een verplichting tot terugbetaling als louter gevolg van deze vaststelling van een misbruik, waardoor de voorbelasting ten onrechte geheel of ten dele in aftrek is gebracht (zie in die zin arrest Emsland Stärke, reeds aangehaald, punt 56).

*94. Bijgevolg moeten transacties waarmee een misbruik gepaard is gegaan, zo worden geherdefinieerd dat de situatie wordt hersteld zoals zij zou zijn geweest zonder de transacties die dit misbruik vormen."*³⁸⁴

Gelet op het voorgaande mag misbruik dus worden bestreden voor zover sprake is van misbruik en mag deze bestrijding niet tot een sanctie leiden.³⁸⁵ Voor het herdefiniëren in vorenbedoelde zin moet worden afgevraagd wat belastingplichtige had gedaan indien zich geen misbruik – in de vorm van het gebruiken van een CFC – had voorgedaan.³⁸⁶

Betoogd zou kunnen worden dat de CFC-maatregel – welke tot doel heeft om belastingontwijking door winstverschuiving te voorkomen – verder gaat dan noodzakelijk wanneer deze zich niet slechts beperkt tot het wegnemen van misbruik c.q. ontwijking, maar daarenboven leidt tot dubbele belasting. Aan CFC-regelgeving ligt de veronderstelling ten grondslag dat de CFC zodanig in relatie staat tot de controlerende aandeelhouder dat de eerstgenoemde deze inkomsten bij afwezigheid van de relatie niet genoten zou hebben en dat deze inkomsten feitelijk toe behoren te komen aan de aandeelhouder.³⁸⁷ Gelet daarop kan de situatie waarin belastingplichtige de toegerekende inkomsten rechtstreeks zou genieten, worden geacht de situatie te zijn die zich zou voordoen bij afwezigheid

³⁸² HvJ EG 13 maart 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), V-N 2007/15.9, r.o. 83 alsmede HvJ EU 21 januari 2010, C-311/08 (*SGI*), V-N 2010/3.21, r.o. 72.

³⁸³ Vgl. B.J.M. Terra en P.J. Wattel, t.a.p., p. 383-385, par. 11.9.

³⁸⁴ HvJ EG 21 februari 2006, C-255/02 (*Halifax*), BNB 2006/170, r.o. 93-94.

³⁸⁵ D.M. Weber in: *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2017, par. EBR.5.1.7.F.

³⁸⁶ Ibid.

³⁸⁷ Zie ook Redactie Vakstudie Nieuws, 'Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking (ATAD 1). Nota naar aanleiding van het verslag', V-N 2018/63.2, p. 40 en p. 43, par. 3.1.

van een relatie c.q. misbruik.³⁸⁸ Voor zover dubbele belastingheffing zich in dat geval niet zou voordoen, gaat het doelbewust niet voorkomen van dubbele belastingheffing door toepassing van de CFC-maatregel mijns inziens verder dan noodzakelijk en lijkt de afwezigheid van aanvullende voorkomingsmaatregelen meer als een sanctie te fungeren teneinde ontwijkingsstructuren extra te straffen.³⁸⁹ Geconcludeerd kan derhalve worden dat mogelijk niet wordt voldaan aan de proportionaliteitseis wegens het gebrek aan aanvullende voorkomingsregelgeving, met als gevolg dat een belemmering van het vrije kapitaalverkeer in voorkomende gevallen niet kan worden gerechtvaardigd.

5.5.5 Secundair EU-recht

Voor wat betreft het secundair EU-recht is het van belang dat de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel niet in strijd komt met van toepassing zijnde richtlijnen. Een richtlijn is immers ingevolge art. 288 VwEU verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is. Dit heeft daarentegen niet te gelden voor de mededeling van de EC betreffende dubbele belasting op de interne markt.³⁹⁰

Op de eerste plaats is toetsing van de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel aan ATAD geboden. In dit verband is van belang dat Nederland strikt genomen voldoet aan de verplichting om voorkomingsregelgeving conform art. 8 lid 5 e.v. ATAD te implementeren. Evenwel bevat overweging 5 preambule ATAD1 de verplichting voor lidstaten om daarnaast tegemoetkoming te verlenen door middel van aftrek van de in een andere staat betaalde belasting indien de toepassing van de regels uit ATAD anderszins tot dubbele heffing leidt. Dit uitgangspunt is volgens de *Chapeau Communication* bij het *Anti-Tax Avoidance Package* bedoeld om te *verduidelijken* dat dubbele belastingheffing moet worden weggenomen en geldt voor alle situaties waarin het niet mogelijk is geacht een meer specifiek voorkomingsvoorschrift in ATAD op te nemen.³⁹¹ Bovendien moeten de regels volgens overweging 5 preambule ATAD1 mede tot doel hebben om te voorkomen dat dubbele belastingheffing ontstaat. Daar komt bij dat ATAD blijkens overweging 3 preambule ATAD1 tot doel heeft om op gecoördineerde wijze de output van de BEPS-Actiepunten in de nationale wetgeving te

³⁸⁸ Steun voor deze benadering vind ik in HvJ EU 22 december 2010, C-103/09 (*Weald Leasing*), BNB 2011/203, r.o. 51. In die zaak is aangegeven dat voor de herdefiniëring de tussenkomst van een vennootschap kan worden genegeerd indien deze tussenkomst misbruik oplevert.

³⁸⁹ Ik verwijs ook naar de uitlatingen van de Staatssecretaris dat de CFC-maatregel daardoor in voorkomende gevallen een nog meer prohibitief karakter krijgt. Zie Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 15, par. 2.1.2.4.

³⁹⁰ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité inzake Dubbele belasting op de interne markt, 11 november 2011 COM (2011) 712 definitief. Hoewel bijvoorbeeld de dividendmededeling en pensioenmededeling redenen zijn geweest voor de EC om infractieprocedures op te starten, heeft de onderhavige mededeling een minder dwingend karakter. Mijns inziens is dit het gevolg van het feit dat het voorkomen van dubbele belastingheffing noch het sluiten van bilaterale belastingverdragen naar de huidige stand van het EU-recht kan worden afgedwongen op grond van de verdragsvrijheden. Zie in dit kader HvJ EG 14 november 2006, C-513/04 (*Kerckhaert-Morres*), r.o. 21-24.

³⁹¹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad 28 januari 2016, COM(2016) 23 definitief, p. 9, par. 6. Het gaat dus om alle situaties buiten de gevallen die bestreken worden door art. 8 lid 5 e.v. ATAD.

implementeren. In dit verband is in BEPS-Actiepunt 3 het belang benadrukt van het voorkomen van elke vorm van (economische) dubbele belastingheffing die door toepassing van de CFC-maatregel ontstaat.³⁹² Het afwijken van deze verplichting leidt tot een inbreuk op de gecoördineerde implementatie van de uitkomsten van het BEPS-Actieplan en gaat derhalve ook in zoverre in tegen de doelstellingen van de richtlijn.³⁹³

Gelet op het voorgaande zou kunnen worden betoogd dat het ontbreken van voorkomingsregelgeving in de Nederlandse wetgeving ter zake van verschillende vormen van dubbele belasting door toepassing van de CFC-maatregel zonder meer in strijd komt met (de doelstelling van) ATAD. Dit standpunt moet echter genuanceerd worden wanneer de werking van art. 3 ATAD in ogenschouw wordt genomen. Op grond van die bepaling staat het lidstaten vrij verdergaande maatregelen te treffen dan waartoe zij ingevolge ATAD verplicht zijn teneinde een hoger niveau van bescherming van de binnenlandse belastinggrondslag te garanderen. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is in dit verband – zonder specifieke verwijzing naar art. 3 ATAD – opgemerkt dat doelbewust niet wordt gekozen voor aanvullende voorkomingsregelgeving teneinde de CFC-maatregel een nog meer prohibitieve werking toe te kennen.³⁹⁴ Betoogd zou kunnen worden dat op dit punt een strengere implementatie is beoogd in vorenbedoelde zin. Het is echter de vraag of art. 3 ATAD zodanig mag worden geïnterpreteerd dat lidstaten de vrijheid wordt toegekend regelgeving te implementeren die in strijd komt met één van de doelstellingen van de richtlijn. Daartoe is van belang de verhouding van de preambule bij een EU-richtlijn tot de richtlijntekst vast te stellen. De preambule van ATAD bevat de doelstellingen van deze richtlijn die vervolgens zijn geconcretiseerd in de vorm van richtlijnbepalingen die dienen om deze doelstellingen te verwezenlijken. Omdat bij de uitleg van deze richtlijnbepalingen mede acht moet worden geslagen op de aan de richtlijn ten grondslag liggende doelstellingen³⁹⁵ mag worden aangenomen dat de vrijheid van art. 3 ATAD wordt begrensd door de in de preambule opgenomen doelstellingen. Geconcludeerd kan derhalve worden dat art. 3 ATAD niet zodanig mag worden uitgelegd dat het lidstaten – bij wijze van een strengere implementatie – toegestaan is regelgeving ter voorkoming van dubbele belasting door toepassing van de CFC-maatregel achterwege te laten. Voor zover dubbele belastingheffing niet effectief wordt voorkomen, is de Nederlandse voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel dus in strijd met ATAD.

Op de tweede plaats kan worden afgevraagd of de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel in overeenstemming is met hetgeen is voorgeschreven door de

³⁹² OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 65, par. 7.1. Dat deze aanbeveling (ook) ziet op economische dubbele belastingheffing volgt ondubbelzinnig uit de in par. 7.1 opgenomen vormen van dubbele heffing en de uitwerking van de voorbeelden in par. 7.2.

³⁹³ Zie ook overweging 16 preambule ATAD1 betreffende het doel om een gebrek aan coördinatie te voorkomen.

³⁹⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 14, par. 2.1.2.4.

³⁹⁵ HvJ EU 17 april 2018, zaak C-414/16 (*Egenberger*), RvdW 2018/883, r.o. 44. Zie voor de rol van een teleologische interpretatie bij de uitleg van een richtlijn bepaling ook paragraaf 3.2.2.

MDRL. Op grond van deze richtlijn is een lidstaat onder meer verplicht om onder voorwaarden voorkoming van economische dubbele belasting te bieden ter zake van uitkeringen van winst die door vennootschappen van die lidstaat zijn ontvangen van dochterondernemingen uit andere lidstaten.³⁹⁶ In dit verband is de richtlijn indifferent tussen het verlenen van voorkoming door middel van de vrijstellingsmethode of door middel van toekenning van een verrekening van door (klein-)dochtermaatschappijen verschuldigde belasting, mits elk van hen in een EU-lidstaat is gevestigd en overigens aan de voorwaarden van de richtlijn voldoet.³⁹⁷ Evenwel wordt ingevolge art. 1 lid 2 MDRL verhinderd dat de voordelen van de MDRL worden toegekend voor kunstmatige constructies met als doel om een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel of de toepassing van de richtlijn ondermijnt. Bovendien is in art. 1 lid 4 MDRL opgenomen dat de richtlijn geen beletsel vormt voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke bepalingen ter bestrijding van belastingontduiking, belastingfraude en misbruik. Mijns inziens moeten deze bepalingen in lijn met het algemene Unierechtelijke beginsel van misbruik van recht worden uitgelegd.³⁹⁸ In dit verband is in de zaak-Eqiom door het HvJ EU beslist dat in het huidige art. 1 lid 4 MDRL – de reeds genoemde bepaling van art. 1 lid 2 MDRL was nog niet geïmplementeerd – uitdrukking is gegeven aan het algemene beginsel van Unierecht dat niemand zich met misbruik kan beroepen op de door het rechtsstelsel van de Unie geboden rechten.³⁹⁹ Vervolgens is onder verwijzing naar de zaak-Cadbury Schweppes overwogen dat een nationale wettelijke regeling fraude en misbruik beoogt te voorkomen wanneer zij specifiek tot doel heeft gedragingen te verhinderen die erin bestaan volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de realiteit en bedoeld zijn om ten onrechte een belastingvoordeel te verkrijgen.⁴⁰⁰ Omdat de CFC-maatregel vanwege het bestaan van de substance-uitzondering slechts toepassing kan vinden ingeval sprake is van een dergelijke kunstmatige constructie als bedoeld in de zaak-Cadbury Schweppes (zie paragraaf 5.5.4), mag worden aangenomen dat belastingplichtigen die onder toepassing van de CFC-maatregel vallen zich niet kunnen beroepen op de richtlijn ingevolge art. 1 lid 2 alsmede lid 4 MDRL.⁴⁰¹ De voorkomingsmethodiek kan derhalve op voorhand al niet in strijd met de voorschriften van de MDRL worden geacht.

Overigens moet worden opgemerkt dat in art. 13 lid 19 Wet Vpb 1969 is voorzien in een vrijstelling ter zake van dividenden die rechtstreeks samenhangen met reeds in aanmerking genomen CFC-voordelen. Bij afwezigheid van een dergelijke rechtstreekse samenhang wordt op de voet van art. 13aa jo. art. 23c Wet Vpb 1969 de deelnemingsverrekening toegepast op de dividenduitkeringen. Dit komt overeen met de reguliere voorkomingsmethodiek

³⁹⁶ Art. 2 jo. art. 4 lid 1 MDRL.

³⁹⁷ Art. 4 lid 1 onderdeel a respectievelijk b MDRL. De genoemde voorwaarden zijn opgenomen in art. 2 en 3 MDRL.

³⁹⁸ Zie ook paragraaf 5.5.4. In gelijke zin: A. Cordewener, t.a.p., p. 63-64, par. 4.

³⁹⁹ HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (*Eqiom*), BNB 2018/55, r.o. 26.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, r.o. 30.

⁴⁰¹ Bovendien is op dit moment geen EU-lidstaat opgenomen in de lijst met laag-belastende jurisdicties zodat een beroep op de MDRL per definitie niet lijkt te kunnen slagen.

ten aanzien van niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen. Mocht toch toetsing plaatsvinden aan de MDRL, dan zou zich derhalve mijns inziens geen strijdigheid daarmee voordoen omdat is voorzien in regelgeving ter voorkoming van de vormen van dubbele belasting die door de MDRL worden bestreken.

5.6 Internationaalrechtelijke verenigbaarheid

5.6.1 Rechtsorde belastingverdragen

Op basis van de huidige conceptlijst van aangewezen laag-belastende jurisdicties (zie bijlage 1) kan de CFC-maatregel in 2019 toepassing vinden in relatie tot enkele landen waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft afgesloten dat voorziet in een winst- en dividendartikel. Het gaat in dit verband om Bahrein, Koeweit, Qatar, Saoedi-Arabië en de Verenigde Arabische Emiraten. Bij het sluiten van deze belastingverdragen heeft elk van de verdragsluitende partijen zich verbonden tot tenuitvoerlegging van het verdrag hetgeen door hen te goeder trouw moet worden uitgevoerd.⁴⁰² Wanneer nationale regelgeving van één der verdragsluitende partijen in weerwil van het belastingverdrag toepassing vindt en daarmee heffingsbevoegdheid naar de desbetreffende partij wordt verschoven, wordt in strijd met het verdrag gehandeld en wordt de goede verdragstrouw jegens de verdragspartner geschonden. Om dat te voorkomen, vindt Nederlandse regelgeving die niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van een verdrag ingevolge art. 94 van de Grondwet geen toepassing. In een dergelijk geval zou belastingplichtige zich rechtstreeks op de verdragsvoorschriften kunnen beroepen.⁴⁰³ Nederland hanteert namelijk de monistische benadering op grond waarvan de direct werkende verdragsbepalingen tot de nationale rechtsorde van Nederland behoren zonder dat daartoe implementatiewetgeving vereist is.⁴⁰⁴ Voor zover verdragsbepalingen een directe werking hebben en het toepassingsbereik van de Nederlandse heffingsbevoegdheid begrenzen, hebben de Nederlandse nationale heffingsregels daarom geen effect.⁴⁰⁵

Daarnaast kan uit rechtspraak van het HvJ EU worden afgeleid dat aan het EU-recht een hogere rechtsorde wordt toegekend dan aan belastingverdragen.⁴⁰⁶ Derhalve kan de inhoud van een belastingverdrag formeel gezien worden getoetst aan het primair EU-recht. Evenwel blijkt onder meer uit de zaak-Gilly dat het HvJ EU de algemeen aanvaarde regels van internationaal belastingrecht in principe respecteert.⁴⁰⁷ Naar de huidige stand van het EU-recht kan derhalve worden gesteld dat de inhoud van belastingverdragen in materiële zin niet wordt getoetst aan het primair EU-recht.⁴⁰⁸ Verder volgt uit vaste rechtspraak

⁴⁰² Art. 26 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.

⁴⁰³ C. van Raad in: *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2018, par. 3.1.3.A.

⁴⁰⁴ Ibid., par. 3.1.3.B.

⁴⁰⁵ Ibid., par. 3.1.3.C.

⁴⁰⁶ HvJ EG 12 mei 1998, C-336/96 (*Gilly*), BNB 1998/303 en HvJ EG 16 juli 2009, C-128/08 (*Damseaux*), V-N 2009/39.7.

⁴⁰⁷ HvJ EG 12 mei 1998, C-336/96 (*Gilly*), BNB 1998/303, r.o. 31. Een uitzondering hierop lijkt te kunnen worden gevonden in HvJ EG 16 oktober 2008, nr. C 527/06 (*Renneberg*), BNB 2009/50.

⁴⁰⁸ Zie in dit verband ook HvJ EG 16 juli 2009, C-128/08 (*Damseaux*), V-N 2009/39.7, r.o. 30-33.

dat een lidstaat zich niet op een belastingverdrag kan beroepen om te ontkomen aan de verplichtingen die krachtens het VwEU op hem rusten.⁴⁰⁹ Omdat richtlijnverplichtingen hun rechtsgrondslag vinden in art. 115 VwEU heeft dit mijns inziens eveneens te gelden voor de verplichtingen uit hoofde van ATAD. Niettegenstaande eventuele andersluidende bepalingen in toepasselijke belastingverdragen zal Nederland derhalve verplicht zijn de CFC-maatregel toe te passen conform ATAD, hetgeen zou kunnen leiden tot schending van de goede verdragstrouw ingeval Nederland daarmee zijn heffingsrechten eenzijdig en posterieur uitbreidt. Zoals hiervoor echter reeds uiteengezet, zou de CFC-maatregel voor zover strijdig met een belastingverdrag echter buiten toepassing moeten blijven.⁴¹⁰ Het is niet duidelijk hoe met dit spanningsveld moet worden omgegaan.⁴¹¹

Gelet op het voorgaande is het in ieder geval van belang om te onderzoeken of de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel verenigbaar is met de hiervóór genoemde belastingverdragen.⁴¹² Voor zover strijdigheid met een belastingverdrag wordt geconstateerd, is het – gelet op het geconstateerde spanningsveld – vervolgens van belang te bepalen of deze strijdigheid moet worden toegerekend aan de verplichtingen ingevolge ATAD of aan de Nederlandse implementatie daarvan.

5.6.2 Toetsing voorkomingsmethodiek CFC-maatregel aan belastingverdragen

Vooropgesteld moet worden dat de belastingverdragen met Bahrein, Koeweit, Qatar, Saoedi-Arabië en de Verenigde Arabische Emiraten (hierna: de ‘relevante belastingverdragen’) zijn gebaseerd op het OESO-modelverdrag, hetgeen betekent dat bij de uitleg van de desbetreffende verdragen mede acht moet worden geslagen op het officiële OESO-commentaar.⁴¹³ In het OESO-commentaar is geëxpliciteerd dat de voorkomingsregels in belastingverdragen uitsluitend zien op juridische dubbele belastingheffing en dat het wegnemen van economische dubbele belastingheffing buiten de reikwijdte van het OESO-modelverdrag valt.⁴¹⁴ Ingeval verdragsluitende staten de problemen van dubbele economische heffing wensen te verhelpen, dienen zij dit blijkens het OESO-commentaar in de bilaterale onderhandelingen te bewerkstelligen. Slechts ten aanzien van art. 9 lid 2 van het OESO-modelverdrag is op dit punt een uitzondering gemaakt.⁴¹⁵ Ook wordt sinds de update van het commentaar op het OESO-modelverdrag in het jaar 2000 de dubbele belastingheffing die voortkomt

⁴⁰⁹ HvJ EG 14 december 2006, C-170/05 (*Denkavit*), BNB 2007/132, r.o. 53.

⁴¹⁰ Zoals geoordeeld ten aanzien van de behandeling van afkoop van pensioenaanspraken in HR 5 september 2003, nr. 37 657, BNB 2003/380, r.o. 3.5.

⁴¹¹ Vgl. P. Kavelaars, t.a.p., par. 3.3.

⁴¹² Overigens heeft hetzelfde te zijner tijd te gelden ten aanzien van belastingverdragen die zijn gesloten met landen die in de toekomst op de lijst van laag-belastende jurisdicties worden opgenomen.

⁴¹³ Dit volgt uit Kamerstukken I/II 2007/08, 31 591, A en nr. 1, p. 2–3 (Bahrein), Kamerstukken II 2000/01, 27 907, nr. 394 en 1 (Koeweit), Kamerstukken I/II 2008/09, 31 764, A en nr. 1, p. 2–3 (Qatar), Kamerstukken I/II 2010/11, 32 523, A en nr. 1, p. 2 en 3 (Saoedi-Arabië) en Kamerstukken I/II 2009/10, 32 346, A en nr. 1 (Verenigde Arabische Emiraten).

⁴¹⁴ Par. 1 en 2 van het commentaar op art. 23A en B van het OESO-modelverdrag. In gelijke zin: V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, t.a.p., par. 6.1.

⁴¹⁵ Par. 5 van het commentaar op art. 9 van het OESO-modelverdrag.

uit classificatieverschillen tussen twee staten in de meeste gevallen via het voorkomingsartikel opgelost.⁴¹⁶ Evenwel heeft Nederland op dit punt het voorbehoud gemaakt dat het zich enkel aan de conclusies van het zogenoemde *Partnership Report*⁴¹⁷ wil binden indien en voor zover dit expliciet geregeld is in de tekst van het belastingverdrag in kwestie, in de uitkomst van een onderling overlegprocedure zoals bedoeld in art. 25 van het OESO-modelverdrag dan wel in unilateraal beleid.⁴¹⁸

Bij de totstandkoming van de relevante belastingverdragen is geen bijzondere aandacht besteed aan het voorkomen van economische dubbele belastingheffing, waardoor mag worden aangenomen dat deze soort dubbele belastingheffing zich als zodanig buiten de reikwijdte van deze verdragen bevindt. Vanwege het feit dat nagenoeg alle van de in paragraaf 4.3 onderscheiden vormen heffing van twee verschillende subjecten en/of over twee verschillende objecten behelst, is in zoverre sprake van economische dubbele belastingheffing en biedt toepassing van de onderhavige verdragen geen uitkomst. Slechts twee van de genoemde vormen betreffen het risico op juridische dubbele belastingheffing. Dit betreft ten eerste de situatie waarin belastingplichtige een vaste inrichting heeft in de andere verdragsluitende staat die als CFC wordt aangemerkt voor de toepassing van art. 13ab Wet Vpb 1969. Voor zover de winst behaald met de desbetreffende vaste inrichting bestaat uit besmette voordelen vindt de objectvrijstelling ingevolge art. 15e lid 10 Wet Vpb 1969 geen toepassing. Op de voet van art. 15e lid 10 jo. art. 23e Wet Vpb 1969 kan de belasting naar de winst van de vaste inrichting die door belastingplichtige in de andere verdragsluitende staat is betaald, worden verrekend met de in Nederland verschuldigde belasting over de besmette voordelen. In beginsel zou Nederland echter de vrijstellingsmethode ter voorkoming van voorgenoemde dubbele belastingheffing moeten hanteren op grond van het equivalent van art. 23A lid 1 van het OESO-modelverdrag.⁴¹⁹ Voor zover op dit punt geen nadere bepalingen zijn vormgegeven, zou toepassing van de verrekeningsmethode derhalve in strijd komen met de goede verdragstrouw.⁴²⁰ Evenwel is in elk van de relevante belastingverdragen voorzien in een zogenoemde *switch-over*bepaling zodat de uitsluiting van de objectvrijstelling kan doorwerken onder het desbetreffende verdrag.⁴²¹ In zoverre kan de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel dus niet in strijd worden geacht met de relevante belastingverdragen.⁴²² Voor zover de lijst van laag-belastende jurisdicties in de toekomst andere landen omvat waarmee

⁴¹⁶ C. van Raad in *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2018, par. 1.1.2.

⁴¹⁷ OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships (Issues in International Taxation nr. 6)*, Parijs: OECD Publishing 1999. De voorgenoemde update van het commentaar op art. 1 van het OESO-modelverdrag is op de uitkomsten van het *Partnership Report* gebaseerd.

⁴¹⁸ Paragraaf 27.1 van het commentaar op art. 1 van het OESO-modelverdrag. In paragraaf 80 van het commentaar op art. 23A en B van het OESO-modelverdrag is dit voorbehoud meer in het bijzonder gemaakt voor het voorkomingsartikel.

⁴¹⁹ Zie bijvoorbeeld art. 22 lid 2 van het belastingverdrag tussen Nederland en Bahrein.

⁴²⁰ D.W. Blum, t.a.p., p. 311, par. 5.2.3.

⁴²¹ Zie bijvoorbeeld art. 22 lid 4 van het belastingverdrag tussen Nederland en Bahrein.

⁴²² Vgl. V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, t.a.p., par. 6.1.

Nederland een belastingverdrag is overeengekomen, zal steeds moeten worden nagegaan of het desbetreffende verdrag verplicht tot vrijstelling van de inkomsten uit hoofde van een vaste inrichting en of het een *switch-overbepaling* bevat. Overigens is het sinds 1996 vast Nederlands verdragsbeleid een dergelijke *switch-overbepaling* in bilaterale belastingverdragen op te nemen,⁴²³ zodat strijdigheid van de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel op dit punt ook in de toekomst niet voor de hand ligt.

Daarnaast kan het risico bestaan op juridische dubbele belastingheffing indien belastingplichtige een dubbele vestigingsplaats heeft. In dat geval zou zich in theorie de situatie kunnen voordoen waarin zowel Nederland als een andere staat (gedeeltelijk) dezelfde besmette voordelen uit hoofde van een CFC in de heffing betreft op de voet van hun nationaalrechtelijke CFC-maatregelen. Zoals reeds betoogd in paragraaf 4.6 doet deze vorm van juridische dubbele belastingheffing zich niet voor omdat elk van de relevante belastingverdragen een bepaling bevat op grond waarvan conflicten betreffende de vestigingsplaats worden opgelost.⁴²⁴ Ook indien de lijst van laag-belastende jurisdicties in de toekomst wordt aangevuld met andere staten waarmee Nederland een belastingverdrag heeft afgesloten, mag worden aangenomen dat het probleem van een dubbele vestigingsplaats op overeenkomstige wijze wordt opgelost.⁴²⁵ Derhalve lijkt deze vorm van juridische belastingheffing niet tot uiting te kunnen komen.

Geconcludeerd kan worden dat de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel niet strijdig kan worden geacht met de door Nederland gesloten belastingverdragen ter voorkoming van dubbele belasting in relatie tot laag-belastende jurisdicties.

5.7 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel getoetst aan vijf criteria teneinde een antwoord te geven op de deelvraag: *Voldoet de methodiek ter voorkoming van dubbele belastingheffing van de CFC-maatregel aan de in het toetsingskader vermelde toetsingscriteria?*

Vanwege het feit dat een aantal vormen van dubbele belastingheffing als gevolg van de CFC-maatregel niet wordt voorkomen, kan de voorkomingsregelgeving in mijn optiek niet doeltreffend worden geacht. Voor zover in dit verband wél regelgeving is vormgegeven, leidt deze niet tot een zodanig ongunstige

⁴²³ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 14, par 2.1.2.4.

⁴²⁴ Voor de toepassing van de belastingverdragen met Bahrein en de Verenigde Arabische Emiraten wordt de vestigingsplaats door middel van een onderling overlegprocedure vastgesteld. Voor de andere relevante belastingverdragen geldt de traditionele *corporate tie-breaker* op grond waarvan de vestigingsplaats wordt vastgesteld in de staat waar de feitelijke leiding is gelegen.

⁴²⁵ In dit verband is van belang op te merken dat art. 4 lid 2 MLI erin voorziet dat de onderling overlegprocedure doorwerkt naar de Nederlandse belastingverdragen voor zover daarin nog niet is voorzien. Nederland heeft namelijk geen voorbehoud gemaakt ten aanzien van deze bepaling (Kamerstukken II 2017/18, 34 853, nr. 3, p. 9, par. 4).

verhouding tussen baten en lasten dat deze ondoelmatig zou kunnen worden geacht. Het feit dat de voorkomingsmethodiek niet doeltreffend is, leidt echter tot extra lasten voor belastingplichtige waardoor afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid.

In het kader van rechtszekerheid is de voorkomingsmethodiek getoetst op eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid. Geconcludeerd wordt dat de voorkomingsregelgeving zo eenvoudig is vormgegeven als mogelijk, maar dat onduidelijkheid bestaat omtrent enerzijds hoe een 'rechtstreeks verband' tussen bepaalde voordelen en reeds in aanmerking genomen besmette voordelen moet worden aangetoond en anderzijds hoe moet worden bewezen dat in het buitenland verschuldigde winstbelasting daadwerkelijk is betaald. Tenslotte is betoogd dat de (voorkomingsregelgeving van de) CFC-maatregel wellicht niet als toegankelijk kan worden beschouwd, maar dat de desbetreffende belastingplichtigen zich in de regel laten bijstaan door fiscale dienstverleners zodat een eventueel gebrek aan toegankelijkheid geen obstakel kan vormen.

Ten aanzien van de verenigbaarheid met het primair EU-recht is geconcludeerd dat de voorkomingsregelgeving mogelijk strijdig is met het vrij verkeer van kapitaal. Daarentegen lijkt geen ruimte te bestaan voor toetsing aan de vrijheid van vestiging. Ten aanzien van secundair EU-recht is geconcludeerd dat de voorkomingsmethodiek in strijd kan worden geacht met (de doelstelling van) ATAD. Voorts is beargumenteerd dat de voorkomingsregelgeving niet in strijd kan worden geacht met de MDRL.

Tot slot lijkt de voorkomingsregelgeving van de CFC-maatregel niet in strijd te komen met door Nederland gesloten belastingverdragen in relatie tot laag-belastende jurisdicties. Belastingverdragen zien naar hun aard in de regel niet op de voorkoming van economische dubbele heffing zodat enkel de verenigbaarheid van (de voorkoming van) juridische dubbele belastingheffing met de verdragen is onderzocht. Geconcludeerd is dat de regelgeving ter zake van de voorkoming van juridische dubbele belastingheffing – onder meer door het bestaan van een *switch-over* bepaling in elk van de getoetste verdragen – niet in strijd komt met de goede verdragstrouw.

Schematisch kan het voorgaande als volgt worden samengevat:

Tabel 1	Doeltreffendheid	Doelmatigheid	Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid	Europeesrechtelijke verenigbaarheid	Internationaalrechtelijke verenigbaarheid
Huidige voorkomingsmethodiek	- -	+	+	- -	++

6. Alternatieven ter voorkoming van dubbele belastingheffing

6.1 Inleiding

In hoofdstuk 5 is geconcludeerd dat de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 naar de huidige stand van zaken niet aan alle toetsingscriteria van het toetsingskader voldoet. Het is derhalve belangrijk om te onderzoeken welke alternatieven voorhanden zijn die beter in lijn met het toetsingskader kunnen worden geacht ter beantwoording van de deelvraag: *Welke alternatieven ter voorkoming van dubbele belastingheffing bestaan er en sluiten deze beter aan bij de in het toetsingskader vermelde toetsingscriteria?* Vanwege het feit dat Nederland ingevolge ATAD onder meer gebonden is aan de implementatie van een CFC-maatregel conform model A of model B moet elk alternatief zijn oorsprong vinden in één van deze modellen. Om die reden wordt in dit hoofdstuk ten eerste onderzocht in hoeverre binnen de huidige implementatie van model A aanpassingen mogelijk zijn teneinde de voorkomingsmethodiek op betere wijze te doen aansluiten bij het toetsingskader (alternatief A). Vervolgens wordt gezien in hoeverre de voorkomingsmethodiek voldoet aan het toetsingskader wanneer implementatie van model A zou worden losgelaten en wordt overgegaan tot richtlijnconforme implementatie van model B (alternatief B). Elk van de alternatieven wordt in het hiernavolgende nader uitgewerkt en voorzien van een evaluatie in het licht van het toetsingskader.

6.2 Alternatief A: aanpassing implementatie model A

6.2.1 Voorgestelde aanpassingen

In alternatief A wordt de huidige vormgeving van de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 als uitgangspunt genomen en wordt een voorstel tot aanpassing gedaan per vorm van dubbele belastingheffing die onder toepassing van de huidige regelgeving niet wordt voorkomen zoals opgenomen in paragraaf 4.7. Voor een uiteenzetting betreffende de oorzaak van deze vormen van dubbele belastingheffing wordt verwezen naar paragraaf 4.6. Reeds op dit punt moet worden opgemerkt dat het investeringsklimaat in principe gebaat is bij elk van de voorgestelde aanpassingen omdat het risico op dubbele belastingheffing daarmee wordt beperkt.

Ad vorm 2: een deel van het CFC-inkomen wordt in verschillende jurisdicties op grond van CFC-regelgeving in de heffing betrokken

Teneinde cumulatie van heffing uit hoofde van verschillende CFC-maatregelen te voorkomen, verdient het aanbeveling een zogenoemde *multi-tier indirect tax credit* in de Wet Vpb 1969 te introduceren.⁴²⁶ Op grond van een dergelijke voorkomingsregel zou een verrekening moeten worden verleend met de in Nederland ingevolge art. 13ab Wet Vpb 1969 geheven belasting voor zover ter

⁴²⁶ In dit kader is in de literatuur aanbevolen dat de EC een communicatie of commentaar publiceert teneinde samenloop van CFC-regelgeving te voorkomen ten behoeve van de harmonisatie en rechtszekerheid. Zie G. van Hulle, t.a.p., p. 723-724, par. 5. Bij afwezigheid van een dergelijke harmonisatie is het wenselijk om nationaalrechtelijk reeds maatregelen te treffen.

zake van de desbetreffende besmette voordelen door tussenschakels in het buitenland belasting is betaald op de voet van een CFC-maatregel (hierna: 'intermediaire CFC-heffing'). Het is daarbij van belang dat een voorrangsregel wordt opgenomen opdat prioriteit wordt gegeven aan de CFC-regelgeving van de jurisdictie van de aandeelhouder die het dichtstbij de CFC zit in de keten van aandeelhouderschap.⁴²⁷ Niet alleen verkeert een (meer) directe aandeelhouder in een betere positie om de grondslaguitholling te bestrijden,⁴²⁸ maar ook ligt het meer voor de hand dat diens grondslag is uitgehold in plaats van die van belastingplichtige. Wanneer de sleutelfuncties namelijk op het niveau van belastingplichtige worden verricht, leidt art. 8b Wet Vpb 1969 – in geval van toepassing conform model B – reeds tot toerekening van de CFC-inkomsten aan belastingplichtige. Het verlenen van een verrekening heeft in mijn optiek de voorkeur ten opzichte van de vrijstellingsmethode. Hoewel beide methoden ter voorkoming van dubbele belasting in overeenstemming zijn met zowel primair als secundair EU-recht,⁴²⁹ doet de verrekeningsmethode meer recht aan de ratio van de CFC-maatregel omdat in dat geval verzekerd is dat per saldo heffing plaatsvindt tot minimaal het tarief dat geldt in de Nederlandse vennootschapsbelasting. Bovendien kan verrekening van intermediaire CFC-heffing worden geprefereerd boven aftrek daarvan omdat de verrekeningsmethode op een meer effectieve wijze dubbele belastingheffing voorkomt. Door verrekening toe te staan wordt de intermediaire CFC-heffing namelijk direct in mindering gebracht op de verschuldigde vennootschapsbelasting in plaats van op de heffingsgrondslag van belastingplichtige.⁴³⁰

Mijns inziens is het wenselijk dat de *multi-tier indirect tax credit* met betrekking tot intermediaire CFC-heffing van zowel andere EU-lidstaten als derde staten wordt verleend voor zover het heffing over dezelfde besmette voordelen betreft. Dit voorkomt namelijk verstoringen doordat belastingplichtige zou worden geprikkeld om tussenhoudsters van derde landen naar lidstaten te verplaatsen. Het verdient bij de vormgeving van de *multi-tier indirect tax credit* voorts aanbeveling om de verrekening te beperken tot het bedrag aan vennootschapsbelasting dat in Nederland verschuldigd is ter zake van de besmette voordelen. Zo wordt voorkomen dat buitenlandse belasting de facto wordt teruggegeven door de Nederlandse fiscus. Het feit dat in dat geval per saldo geen Nederlandse vennootschapsbelasting verschuldigd is ter zake van de besmette voordelen doet in mijn optiek geen afbreuk aan de effectiviteit van de CFC-maatregel omdat in casu reeds is bijgeheven tot een niveau van ten minste het Nederlandse vennootschapsbelastingtarief. De prikkel tot winstverschuiving naar een laag-belastende jurisdictie is dan reeds weggenomen.

⁴²⁷ OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 66, par. 7.2.2. Hierbij gaat een (meer) direct belang voor op een indirect belang in de CFC.

⁴²⁸ G. Maisto, t.a.p., p. 328, par. 2.

⁴²⁹ B.J.M. Terra en P.J. Wattel, t.a.p., p. 137-138, par. 4.2.2.5.

⁴³⁰ Vgl. OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 66, par. 7.2.1.

Teneinde een toename in complexiteit te beperken en zoveel mogelijk aan te sluiten bij de reguliere systematiek ter verrekening van buitenlandse belasting, verdient het mijns inziens de voorkeur om de voorgestelde *multi-tier indirect tax credit* te implementeren in art. 23e Wet Vpb 1969. Te dien einde zou het begrip winstbelasting moeten worden uitgebreid zodat dit ook intermediaire CFC-heffing omvat en moet de beperking tot enkel de door de CFC betaalde belasting vervallen.⁴³¹ Aangesloten zou kunnen worden bij de systematiek die reeds in art. 23c leden 3 en 4 Wet Vpb 1969 geldt, met dien verstande dat de verrekening – zoals reeds uiteengezet – niet beperkt moet blijven tot intra-EU-situaties. Daarnaast moet de meergenoemde voorrangregeling worden geïmplementeerd, hetgeen vorm kan krijgen door enkel verrekening van de intermediaire CFC-heffing toe te staan voor zover deze is betaald door lichamen waarin belastingplichtige een (indirect) belang heeft. Evenwel moet worden voorkomen dat de voorgestelde aanpassing een onevenredige toename in de administratieve lastendruk met zich brengt. Het verdient in dit kader aanbeveling dat de bewijslast in beginsel op belastingplichtige rust om de omvang en betaling van de intermediaire CFC-heffing aan te tonen aan de hand van de buitenlandse belastingaangifte en/of belastingaanslag en rekeningafschriften. Dit komt mij redelijk voor omdat belastingplichtige in dit verband in de beste positie verkeert. Gelet op de steeds groter wordende internationale informatie-uitwisseling betreffende belastingheffing kan mijns inziens ook de door de fiscus te verrichten controle goed uitvoerbaar worden geacht.⁴³²

Ad vorm 4: een deel van het CFC-inkomen wordt in een later stadium uitgekeerd en is daarbij onderworpen aan een bronbelasting

Evenals de Duitse wetgeving zou de Wet Vpb 1969 moeten voorzien in verrekening van buitenlandse bronheffing die verschuldigd en betaald is over dividenduitkeringen door de CFC met de verschuldigde belasting door toepassing van de CFC-maatregel.⁴³³ In economische zin is het namelijk niet relevant of een winstbelasting op de besmette voordelen van de CFC drukt of een (onverrekenbare) bronbelasting bij uitkering door de CFC van de besmette voordelen in kwestie. Een en ander kan wetstechnisch vorm krijgen door de buitenlandse bronheffing die door de CFC is afgedragen onder de reikwijdte van het begrip winstbelasting voor de toepassing van art. 23e Wet Vpb 1969 te brengen. Het ligt daarbij voor de hand dat een rechtstreeks verband tussen de dividenduitkering door de CFC en reeds in aanmerking genomen besmette voordelen uit hoofde van de CFC wordt vereist. Voor wat betreft het verschil in timing tussen de heffing op de voet van de CFC-maatregel en de bronheffing die verschuldigd is bij latere uitkering van de besmette voordelen zou kunnen worden aangesloten bij hetgeen door de Staatssecretaris is opgemerkt ten

⁴³¹ Vgl. OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 66, par. 7.2.2.

⁴³² Gedacht kan worden aan de Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG alsmede aan de informatie-uitwisselingsbepalingen in verdragen ter voorkoming van dubbele belasting en verdragen inzake de uitwisseling van informatie betreffende belastingzaken.

⁴³³ Vgl. T. Moser en S. Hentschel, t.a.p., p. 621, par. 3.8.2.

aanzien van na toepassing van de CFC-maatregel betaalde buitenlandse winstbelasting.⁴³⁴ In dat geval zou overbrenging van de verrekening van de bronheffing naar volgende jaren kunnen plaatsvinden.

Door bronheffing in de laag-belastende jurisdictie onder de reikwijdte van het begrip winstbelasting te brengen, wordt tevens voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan de voorgestelde verrekening van intermediaire CFC-heffing. Het is namelijk goed denkbaar dat deze intermediaire CFC-heffing in de desbetreffende landen wordt verminderd met meergenoemde bronheffing, zoals in Duitsland het geval is. In wezen vormen de bronheffing en intermediaire CFC-heffing in dat geval communicerende vaten. Voor zover Nederland slechts verrekening van de intermediaire CFC-heffing zou verlenen, zou de verrekening van de bronheffing in de andere staat per saldo ongedaan worden gemaakt hetgeen zou leiden tot cumulatie van belastingheffing.

Ad vorm 6: een deel van het CFC-inkomen wordt (in verschillende jurisdicties) op basis van verschillende criteria (stemrecht, aandelenbelang of winstrecht) in de CFC-heffing betrokken

Zoals reeds betoogd in paragraaf 3.4.3 zou het ter voorkoming van dubbele belastingheffing vanuit economisch perspectief wenselijk zijn om de voordelen uit hoofde van een CFC in aanmerking te nemen voor zover belastingplichtige bij (rechtstreekse) uitkering gerechtigd zou zijn tot de winst van de CFC.⁴³⁵ Ook in het eindrapport van BEPS-Actiepunt 3 is aanbevolen dat de regels inzake de toerekening van de voordelen niet mogen leiden tot het in aanmerking nemen van meer dan 100% van het inkomen van de CFC.⁴³⁶ Indien een bepaling wordt ingevoerd teneinde een dergelijke overkill te voorkomen, wordt in de aangehaalde passage van het eindrapport aanbevolen om antimisbruikbepalingen op te nemen teneinde te voorkomen dat splitsing van het belang tot gevolg heeft dat de besmette voordelen aan belastingplichtige niet conform zijn daadwerkelijke invloed op de CFC worden toegerekend. Zo moet mijns inziens bijvoorbeeld voorkomen worden dat een prikkel bestaat om het recht op een aandeel in de winst van de CFC af te splitsen en onder te brengen in een land dat geen CFC-regelgeving kent of een land dat weliswaar CFC-regelgeving kent maar een lager effectief vennootschapsbelastingtarief.

Vanwege het feit dat voorgenoemde overkill niet gemakkelijk unilateraal kan worden opgelost, zou het – des te meer – wenselijk zijn geweest als ATAD dienaangaande richtsnoeren had bevat. Zelfs wanneer de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 zodanig moet worden uitgelegd dat toerekening van de besmette voordelen slechts plaatsvindt voor zover belastingplichtige een (indirect) recht heeft op een aandeel in de winst van de CFC,⁴³⁷ blijft dubbele

⁴³⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, p. 53, par. 3.1.

⁴³⁵ In gelijke zin wordt betoogd door T. Moser en S. Hentschel, t.a.p., p. 611, par. 3.2.2.

⁴³⁶ OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 62, par. 6.2.2.

⁴³⁷ V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 469, par. 6.1, betogen dat deze benadering kan worden afgeleid uit de memorie van toelichting. Voor zover die benadering juist blijkt, wordt het risico op dubbele belastingheffing op dit punt gedeeltelijk beperkt ten opzichte van de

belastingheffing namelijk bestaan voor zover de staat van vestiging van een andere controlerende aandeelhouder CFC-regelgeving hanteert die voor de toerekening wél aansluit bij het criterium dat doorslaggevend is geweest bij het voldoen aan de controletoets. Evenwel ontslaat dat Nederland niet van de verplichting tot het vormgeven van regelgeving teneinde dubbele belastingheffing zoveel mogelijk te voorkomen.

Gelet op het voorgaande verdient aanpassing van art. 13ab Wet Vpb 1969 aanbeveling waarbij zowel het risico op dubbele belastingheffing als het risico op omzeiling van de CFC-maatregel wordt beperkt. Ter voorkoming van misbruik is het mijns inziens wenselijk dat het begrip belang voor de toepassing van art. 13ab lid 1 Wet Vpb 1969 in beginsel moet worden opgevat als het belang dat doorslaggevend is geweest in het voldoen aan de controletoets. Daarnaast zou in mijn optiek moeten worden voorzien in de mogelijkheid voor belastingplichtige om aan te tonen dat toerekening volgens de hoofdregel tot een onredelijke uitkomst leidt die geen recht doet aan de economische gerechtigdheid. Dit zou – gelet op de aard van deze vorm van dubbele belastingheffing – bij voorkeur kunnen geschieden aan de hand van een goedkeuring van de Staatssecretaris waarin hij zich bereid verklaart onder voorwaarden de hardheidsclausule van art. 63 AWR toe te passen. Op grond daarvan zouden de voordelen uit hoofde van de CFC kunnen worden bepaald aan de hand van het recht op de winst van de CFC indien door belastingplichtige wordt aangetoond dat:

- a) samenloop van CFC-regelgeving per saldo leidt tot het in aanmerking nemen van meer dan 100% van de besmette voordelen; en
- b) de splitsing van het belang niet in overwegende mate is gericht op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing.

Voorgaande oplossing – waarbij de CFC-voordelen niet in de heffing worden betrokken voor zover het recht op winst van de CFC direct noch indirect bij belastingplichtige berust – verdient de voorkeur boven verrekening van de door andere aandeelhouders betaalde belasting uit hoofde van hun belang in de CFC. Niet alleen doet de voorgestelde oplossing namelijk meer recht aan de economische gerechtigdheid bij uitkering, maar ook verdient dit om uitvoeringstechnische redenen de voorkeur boven verrekening van de door andere controlerende aandeelhouders betaalde belasting. Ingevolge voorwaarde b wordt met een subjectieve toets voorkomen dat de goedkeuring wordt verleend met als doel om belastingheffing te ontgaan of uit te stellen. Onder andere kan daarbij worden meegewogen dat de besmette voordelen weliswaar bij andere controlerende aandeelhouders in aanmerking worden genomen omdat het winstrecht bij hen berust, maar dat deze in de heffing worden betrokken tegen een aanmerkelijk lager belastingtarief dan in Nederland.

Doordat de bewijslast in de voorgestelde goedkeuring rust op belastingplichtige – hij verkeert immers in de beste positie om het voorgaande aan te tonen – wordt de uitvoeringslast voor de fiscus aanmerkelijk beperkt. Om dezelfde reden verdient de voorgestelde oplossing tevens de voorkeur boven de benadering

benadering waarin het criterium als uitgangspunt wordt gehanteerd dat doorslaggevend is geweest voor het voldoen aan de controletoets.

waarin in eerste instantie de economische gerechtigdheid als uitgangspunt wordt genomen voor de toerekening waarbij de inspecteur de mogelijkheid zou krijgen om misbruik aan te tonen. Verder moet de goedkeuring enkel van toepassing zijn voor zover de verschuldigde belasting niet reeds voor verrekening in aanmerking komt als intermediaire CFC-heffing voor toepassing van het aangepaste art. 23e Wet Vpb 1969.

Ad vorm 8: een deel van de CFC-inkomsten wordt door toepassing van een hybridemismatchmaatregel eveneens uit dien hoofde in de heffing betrokken

Teneinde deze vorm van dubbele belastingheffing te voorkomen, moet een bepaling worden geïntroduceerd ter zake van de samenloop tussen de CFC-maatregel en de hybridemismatchmaatregelen. Daarbij moet rekening worden gehouden met het feit dat elk van deze maatregelen een implementatie vormt van een verplichting op grond van een EU-richtlijn. Het verdient in mijn optiek de voorkeur om een aanpassing aan te brengen in de hybridemismatchmaatregelen om zoveel mogelijk een inbreuk op de winstberekening naar Nederlandse maatstaven voor de toepassing van de CFC-maatregel te voorkomen.⁴³⁸ Daar komt bij dat de hybridemismatchmaatregelen conceptueel gezien aansluiten bij het resultaat, namelijk in casu aftrek zonder betrekking in de heffing,⁴³⁹ dat in economische zin reeds is geneutraliseerd door toepassing van de CFC-maatregel.

Op de eerste plaats moet een uitzondering worden opgenomen in art. 13 lid 17 onderdeel a Wet Vpb 1969. Deze bepaling moet buiten toepassing blijven voor zover de daar bedoelde aftrek bij de berekening van de besmette voordelen voor toepassing van de CFC-maatregel wordt geweigerd. Hoewel de CFC-maatregel de aftrekbaarheid als zodanig niet ongedaan maakt, vindt vanuit economisch perspectief immers een corresponderende heffing plaats zodat in die zin feitelijk de fiscale gevolgen van de hybridemismatch reeds zijn geneutraliseerd. Voorts verdient het aanbeveling om het begrip 'betrekking in de heffing' voor de toepassing van het voorgestelde art. 12ac lid 1 onderdeel a Wet Vpb 1969 uit te breiden. Van betrekking in de heffing zou mede sprake moeten zijn indien de aftrek van de betaling ter zake van een hybride instrument wordt geweigerd bij de berekening van de besmette voordelen voor de toepassing van de CFC-maatregel. In economische zin drukt namelijk door toepassing van de CFC-maatregel vennootschapsbelasting op een bedrag gelijk aan en corresponderend met de door belastingplichtige ontvangen vergoeding. In zoverre zou dan geen sprake meer zijn van een hybridemismatch voor de toepassing van het voorgestelde art. 12ab lid 1 Wet Vpb 1969.

⁴³⁸ Berekening naar Nederlandse maatstaven is in dit verband namelijk verplicht op grond van art. 8 lid 1 ATAD.

⁴³⁹ Dit heeft in ieder geval te gelden voor de hybridemismatchmaatregelen in art. 9 e.v. ATAD. Hoewel dit in mindere mate volgt uit de bewoordingen van de hybridemismatchmaatregel van art. 4 lid 1 onderdeel a MDRL, lijkt deze bepaling wel op dezelfde leest geschoeid daar deze blijkens overweging 2 preambule Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 het voorkomen van dubbele niet-heffing tot doel heeft.

De voorgestelde aanpassingen kunnen mijns inziens in overeenstemming worden geacht met zowel de verplichtingen ingevolge de MDRL als de verplichtingen ingevolge ATAD. Bedacht dient te worden dat de Staatssecretaris het in het verleden niet in overeenstemming met de tekst van art. 4 lid 1 onderdeel a MDRL heeft geacht om art. 13 lid 17 Wet Vpb 1969 buiten toepassing te laten indien de betaling in de heffing werd betrokken op grond van buitenlandse CFC-regelgeving, omdat Nederland de betaling in de heffing moet betrekken indien deze bij de betaler aftrekbaar is.⁴⁴⁰ Indien Nederlandse CFC-regelgeving daarentegen van toepassing is, wordt de betaling in economische zin door Nederland in de heffing betrokken. De MDRL is bovendien strikt genomen niet van toepassing op situaties waarin de CFC-maatregel geldt omdat op de lijst van laag-belastende jurisdicties geen EU-lidstaten zijn opgenomen. Bijgevolg kan de voorgestelde bepaling in principe niet worden getoetst aan de MDRL.⁴⁴¹ Daarnaast zou voor de verenigbaarheid van de voorgestelde aanpassing van art. 13 lid 17 onderdeel a Wet Vpb 1969 met de MDRL steun kunnen worden gevonden in de preambule bij de Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli waarin is opgemerkt dat de MDRL niet mag leiden tot situaties van dubbele niet-heffing, waarvan in casu per saldo geen sprake is.⁴⁴²

Voor wat betreft ATAD kan worden gewezen op de preambule waarin is opgemerkt dat toepassing van de daarin opgenomen regels niet mag leiden tot dubbele belastingheffing,⁴⁴³ hetgeen met de wijziging in het voorgestelde art. 12ac lid 1 onderdeel a Wet Vpb 1969 wordt bewerkstelligd. Bovendien lijkt ruimte te bestaan voor de voorgestelde verruiming van het begrip 'betrekking in de heffing' omdat art. 2 lid 9 ATAD het begrip 'aftrek zonder betrekking in de heffing' definieert als de aftrek van een (veronderstelde) betaling *'zonder dat dezelfde betaling of veronderstelde betaling in het rechtsgebied van de ontvanger in de heffing wordt betrokken voor belastingdoeleinden'*. Vervolgens wordt het begrip 'betrekking in de heffing' gedefinieerd als: *'het bedrag dat krachtens de wetgeving van het rechtsgebied van de ontvanger in rekening wordt gebracht bij de berekening van de belastbare winst.'* Mijns inziens kan worden verdedigd dat de betaling in economische zin in de heffing wordt betrokken in het rechtsgebied van de ontvanger (Nederland) doordat aftrek hiervan voor CFC-doeleinden wordt geweigerd.

Ad vorm 9: dezelfde CFC-inkomsten worden in een staat bij zowel de aldaar gevestigde moeder- als tussenhoudstermaatschappij onderworpen aan CFC-heffing
Voorkomen moet worden dat dezelfde besmette voordelen bij zowel een Nederlandse moeder- als tussenhoudstermaatschappij in de heffing worden betrokken op de voet van de CFC-maatregel. Hoewel deze vorm van dubbele

⁴⁴⁰ Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 6, p. 14. Aldus is bijvoorbeeld de toepassing van Amerikaanse CFC-heffing niet relevant.

⁴⁴¹ Daarbij moet worden aangetekend dat het HvJ EU in het verleden reeds toetsing aan een richtlijn mogelijk heeft geacht voor situaties die strikt genomen niet onder de reikwijdte daarvan vielen. Zie in dit verband HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95 (*Leur-Bloem*), BNB 1998/32, r.o. 25-27 en HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Zwijnenburg*), BNB 2010/257, r.o. 33. Dit ging echter om zuiver interne situaties en betrof de uitleg van een communautair begrip als zodanig.

⁴⁴² Overweging 2 preambule Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014.

⁴⁴³ Overweging 5 preambule ATAD1.

belastingheffing feitelijk de binnenlandse variant is van de hiervoor besproken vorm 2, verdient het vanuit het oogpunt van doelmatigheid de voorkeur om de CFC-maatregel buiten toepassing te laten voor zover dezelfde besmette voordelen dubbel in aanmerking zouden worden genomen. In tegenstelling tot vorm 2 is namelijk in binnenlandse situaties in principe niet van belang wat het belastingtarief is waartegen de intermediaire CFC-heffing plaatsvindt. Bovendien hoeft geen rechtstreeks verband te worden aangetoond, omdat de vaststelling bij beide belastingplichtigen van de besmette voordelen uit hoofde van de CFC op dezelfde wijze geschiedt. Het is voorts van belang dat een voorrangsregel wordt opgenomen betreffende het lichaam dat de besmette voordelen uit hoofde van de CFC effectief in aanmerking moet nemen. Gelet op het feit dat de tussenhoudstermaatschappij een direct(er) belang heeft in de CFC, ligt het voor de hand om heffing op haar niveau prioriteit te geven.⁴⁴⁴

Ad vorm 11: de controlerende aandeelhouder neemt de besmette voordelen tevens uit hoofde van een andere CFC-maatregel in aanmerking

De samenloop tussen de CFC-maatregel en de herwaarderingsverplichting wordt op ontoereikende wijze voorkomen door art. 13a lid 4 Wet Vpb 1969. Teneinde overlap tussen deze maatregelen volledig uit te sluiten, is het aan te bevelen om de herwaarderingsverplichting van art. 13a Wet Vpb 1969 af te schaffen voor zover de beleggingsdeelneming een CFC is of houdt.⁴⁴⁵ De herwaarderingsverplichting zou derhalve volledig buiten toepassing moeten blijven op een direct belang in een CFC en pro rata op een belang in een beleggingsdeelneming voor zover de waarde van dat belang bestaat uit indirecte deelnemingen in CFC's. Mijns inziens wordt daarmee geen afbreuk gedaan aan de doelstelling van de herwaarderingsverplichting, zijnde het tegengaan van uitstel van heffing over beleggingen door deze te houden via een laag-belaste buitenlandse deelneming.⁴⁴⁶ In de gevallen waarin overlap bestaat, zal de CFC-maatregel immers in principe tot belastingheffing over de onderliggende besmette voordelen leiden. Daarbij moet worden opgemerkt dat de CFC-maatregel bovendien een min of meer vergelijkbare doelstelling heeft.⁴⁴⁷

6.2.2 Evaluatie alternatief A

De voorgestelde aanpassingen van de implementatie van model A in de Wet Vpb 1969 hebben tot gevolg dat het risico op dubbele belastingheffing aanmerkelijk wordt beperkt. Dit heeft als voordeel dat de doeltreffendheid van de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel in belangrijke mate toeneemt. Voorkomen moet worden dat de toename in doeltreffendheid leidt tot een afname in doelmatigheid. Daarom is bij de voorgestelde maatregelen rekening gehouden met het doel dat de uitvoeringslasten zoveel mogelijk beperkt moeten blijven door bijvoorbeeld bepaalde regelingen in voorkomende gevallen buiten toepassing te verklaren en de bewijslast te laten rusten op degene die in dat

⁴⁴⁴ Zie voor een vergelijkbare voorrangsregel: OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 66, par. 7.2.2.

⁴⁴⁵ V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 474, par. 9.

⁴⁴⁶ In Kamerstukken I 1989/90, 20 701, nr. 78b, p. 17 is dit opgemerkt ten aanzien van het vervallen art. 28b Wet Vpb 1969, waarmee art. 13a Wet Vpb 1969 overeenkomt.

⁴⁴⁷ V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 474, par. 9.

verband in de beste positie verkeert. Desalniettemin zal het pakket aan voorgestelde aanpassingen leiden tot enige toename in uitvoeringslasten voor zowel belastingplichtige als de fiscus, niet op de laatste plaats vanwege de toegenomen lappendeken aan aanvullende maatregelen en de samenloop daartussen. Daar staat tegenover dat belastingplichtige financieel gebaat is bij de vormgeving van een meer alomvattende voorkomingsmethodiek, zodat deze last ten opzichte van de uitgangssituatie wordt weggenomen.

Voor wat betreft eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid is het van belang op te merken dat de vormgeving van de aanvullende bepalingen ter voorkoming van dubbele belasting zal leiden tot een toename in complexiteit. Daarentegen zal het voorkomen van een cumulatie van antimisbruikbepalingen de eenvoud ten goede komen. De duidelijkheid van de voorgestelde maatregelen kan in belangrijke mate worden bevorderd door een uitgebreide parlementaire toelichting. Daarbij zou het dienstig zijn om per voorkomingsbepaling een voorbeeld op te nemen en nader in te gaan op de samenloop tussen verschillende voorkomingsbepalingen. Het is in dit kader bovendien van belang dat nadere richtsnoeren worden gegeven aangaande de wijze waarop in de uitvoeringspraktijk een beroep kan worden gedaan op de voorgestelde bepalingen. Tenslotte moet worden geconstateerd dat de toegankelijkheid niet toeneemt, maar wederom geldt dat belastingplichtigen op wie de CFC-maatregel toepassing vindt in de regel fiscale dienstverleners in de arm zullen hebben genomen.

De Europeesrechtelijke verenigbaarheid van de voorkomingsmethodiek neemt in belangrijke mate toe omdat het risico op dubbele belastingheffing door de voorgestelde aanpassingen wordt geminimaliseerd. Voor wat betreft de toetsing aan het primair EU-recht heeft dit tot gevolg dat (meer) recht wordt gedaan aan de proportionaliteitseis. Daarnaast wordt hiermee uitvoering gegeven aan de doelstelling van ATAD om dubbele belastingheffing door toepassing van haar regels te voorkomen.

Tot slot wordt geen effect verwacht op de internationaalrechtelijke verenigbaarheid. Zoals reeds betoogd in paragraaf 5.6.2 bestaat in de uitgangssituatie al geen strijdigheid met door Nederland gesloten verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. De voorgestelde aanpassingen in de implementatie van model A zien op economische dubbele belastingheffing, waardoor aan deze verenigbaarheid geen afbreuk wordt gedaan.

Gelet op het voorgaande wordt tot de volgende slotsom gekomen ten aanzien van alternatief A:

Tabel 2	Doeltreffendheid	Doelmatigheid	Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid	Europeesrechtelijke verenigbaarheid	Internationaalrechtelijke verenigbaarheid
Alternatief A	++	0	0	++	++

6.3 Alternatief B: richtlijnconforme implementatie model B

6.3.1. Voorgestelde vormgeving

Bij de Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking neemt het kabinet het standpunt in dat het *arm's length*-beginsel dat is verankerd in art. 8b Wet Vpb 1969 reeds een voldoende implementatie vormt van model B.⁴⁴⁸ Deze opvatting vindt haar grondslag in de veronderstelling dat het *arm's length*-beginsel een open norm is waarvan de interpretatie wordt bepaald door de binnen de OESO gemaakte afspraken.⁴⁴⁹ Meer in het bijzonder stelt de Staatssecretaris in de aangehaalde passage dat de OESO *Transfer Pricing Guidelines* (hierna: 'OESO TP-guidelines') op die manier in beginsel een rechtstreekse werking hebben in de Nederlandse rechtspraak. Dit standpunt heeft de Staatssecretaris reeds in een eerder stadium ingenomen in het Besluit verrekenprijzen 2018.⁴⁵⁰ Aldus wordt een dynamische interpretatie van art. 8b Wet Vpb 1969 verondersteld. In die opvatting is het mijns inziens aannemelijk dat model B reeds in de Nederlandse wet is geïmplementeerd omdat de 2017-update van de OESO TP-guidelines de conclusies reflecteert van BEPS-Actiepunten 8-10.⁴⁵¹ Toerekening onder model B geschiedt eveneens volgens het *arm's length*-beginsel en reflecteert eveneens de uitwerking van voorgenoemde update van de OESO TP-guidelines.⁴⁵²

In mijn optiek kan worden betwist of aan het *arm's length*-beginsel een zodanig ruime werking kan worden toegeschreven als voor de toepassing van model B vereist is. De door de Staatssecretaris veronderstelde dynamische werking lijkt namelijk op gespannen voet te staan met eerdere uitlatingen. Hoewel bij de invoering van art. 8b Wet Vpb 1969 in 2002 is opgemerkt dat de OESO TP-guidelines rechtstreekse werking hebben in de Nederlandse rechtspraak,⁴⁵³ is dit standpunt genuanceerd in de nota naar aanleiding van het verslag.⁴⁵⁴ De Staatssecretaris heeft daarin namelijk verduidelijkt dat met doorwerking wordt bedoeld op het feit dat de rechter bij de uitleg van art. 8b Wet Vpb 1969 naar verwachting mede acht zal slaan op de OESO TP-guidelines welke in dit verband vergelijkbaar zijn met opvattingen van gezaghebbende schrijvers en conclusies van advocaten-generaal bij de HR.⁴⁵⁵ Van Kalmthout leidt uit het voorgaande af dat geen sprake is van een rechtstreekse doorwerking van de OESO TP-guidelines in art. 8b Wet Vpb 1969 en dat daartoe de richtlijnen zélf in Nederlandse wetgeving in formele of materiële zin zouden moeten worden

⁴⁴⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 11, par. 2.1.

⁴⁴⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 8, par. 2.1.3 en Kamerstukken I 2018/19, 35 030, nr. C, p. 4, par. 3.

⁴⁵⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. BWBR0040893, Stcrt. 2018, 26874, NTFR 2018/1244, p. 3, par. 2.1.

⁴⁵¹ OECD, 10 juli 2017, <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-releases-latest-updates-to-the-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations.htm>.

⁴⁵² V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, t.a.p., par. 3.2.

⁴⁵³ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 8, par. 2.8.

⁴⁵⁴ H. Lohuis in G.I. van Eijk, J.J.H. Reijnen, H. Lohuis en J.D. Schouten, t.a.p., par. 2

⁴⁵⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5, p. 47-48.

omgezet, hetgeen niet is gebeurd.⁴⁵⁶ Voorts betoogt Van Kalmthout dat van het officiële commentaar bij het OESO-modelverdrag kan worden gezegd dat het een functie vervult die min of meer overeenkomt met die van kamerstukken bij de interpretatie van de Nederlandse wet in formele zin, hetgeen niet gezegd kan worden van de OESO TP-guidelines omdat (i) de wetgever met art. 8b Wet Vpb 1969 niet heeft bedoeld een wijziging te brengen in het totaalwinstbegrip van art. 3.8 Wet IB 2001 en (ii) de OESO TP-guidelines eerder een uitwerking zijn van het *arm's length*-beginsel dan een toelichting daarop.⁴⁵⁷ Mede gelet op het voorgaande mag mijns inziens een dynamische interpretatie van art. 8b Wet Vpb 1969 niet zonder meer worden aangenomen en verdient aanpassing van de wet de voorkeur.⁴⁵⁸

In het onderhavige alternatief, waarin de Nederlandse implementatie volledig conform model B plaatsvindt, moeten de bepalingen in de Wet Vpb 1969 inzake de CFC-maatregel gebaseerd op model A worden geschrapt. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is het mijns inziens dienstig om – gegeven de wens tot volledige implementatie van model B – over te gaan tot aanpassing van art. 8b Wet Vpb 1969 teneinde de functionele analyse van art. 8 lid 2 ATAD in de Nederlandse wetgeving te implementeren c.q. te verduidelijken.⁴⁵⁹ Daarbij moet tevens worden vastgesteld in welke gevallen art. 8b Wet Vpb 1969 de sterke werking toegekend krijgt die benodigd is voor model B. Art. 7 lid 1 ATAD verplicht namelijk enkel tot toerekening conform model B ingeval is voldaan aan de deelnemingstoets en belastingdruktoets zoals behandeld in paragraaf 3.3.2. Deze wetswijziging zou de wetgever – indien gewenst – eveneens in staat stellen om uitsluitel te bieden aangaande de dynamische interpretatie van het *arm's length*-beginsel.

Wanneer model B volledig in art. 8b Wet Vpb 1969 wordt geïmplementeerd, vindt heffing bij belastingplichtige plaats over de inkomsten die weliswaar door de CFC worden ontvangen maar toerekenbaar zijn aan de sleutelfuncties die door belastingplichtige worden uitgeoefend. Deze toerekening vindt plaats conform het (aangepaste) *arm's length*-beginsel. Wanneer de CFC bijvoorbeeld juridisch eigenaar van immateriële activa is terwijl belastingplichtige de daarmee samenhangende sleutelfuncties verricht en het risico draagt, kan in zoverre slechts een risicovrije vergoeding worden toegerekend aan de CFC.⁴⁶⁰ Het resterende gedeelte van de door de CFC behaalde voordelen kan worden toegerekend aan de functies en risico's van belastingplichtige, hetgeen geschiedt in de vorm van een informele kapitaalstorting in de CFC.⁴⁶¹ Dit leidt tot een verhoging van de winst van belastingplichtige en – slechts ingeval van een corresponderende aanpassing in de laag-belastende jurisdictie – tot een

⁴⁵⁶ L.F. van Kalmthout, 'Verrekenprijzen' in: 'Over de grenzen van de vennootschapsbelasting', opstellen aangeboden aan prof. Mr. D. Juch, Deventer: Kluwer 2002. In vergelijkbare zin: J.T. van Egdom, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational (FM nr. 115)*, Deventer: Kluwer 2017, p. 17.

⁴⁵⁷ Ibid.

⁴⁵⁸ In gelijke zin: H. Lohuis in G.I. van Eijk, J.J.H. Reijnen, H. Lohuis en J.D. Schouten, t.a.p., par. 2

⁴⁵⁹ V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, t.a.p., par. 7.

⁴⁶⁰ Vgl. F. Majdowski en K. Bronzewska, t.a.p., p. 220, par. 4.3.3.

⁴⁶¹ Vgl. H. Lohuis in G.I. van Eijk, J.J.H. Reijnen, H. Lohuis en J.D. Schouten, t.a.p., par. 2

overeenkomstige verlaging van de winst van de CFC. Naarmate de CFC meer risico draagt en/of meer functies uitoefent, dient deze een hogere vergoeding toegerekend te krijgen.⁴⁶²

Voorkoming dubbele belastingheffing

Bij de implementatie van model B in art. 8b Wet Vpb 1969 moet worden bezien in hoeverre aan de verplichtingen ter voorkoming van dubbele belastingheffing ingevolge ATAD wordt voldaan. Vooropgesteld moet worden dat de implementatie dient te voorzien in voorkoming van dubbele belastingheffing voor de situaties zoals opgenomen in art. 8 lid 5 e.v. ATAD. Ten behoeve van het overzicht wordt elk van deze bepalingen hierna integraal opgenomen. Art. 8 lid 5 ATAD luidt als volgt:

‘Wanneer de entiteit winst aan de belastingplichtige uitkeert, en deze uitgekeerde winst in de belastbare inkomsten van de belastingplichtige is begrepen, worden de bedragen van de inkomsten die voordien overeenkomstig artikel 7 [ATAD] in de belastinggrondslag waren begrepen, afgetrokken van de belastinggrondslag bij de berekening van de belasting die verschuldigd is over de uitgekeerde inkomsten, teneinde te garanderen dat er geen dubbele heffing plaatsvindt.’

Voor wat betreft een direct belang in een CFC heeft te gelden dat dit in de regel als een belang in een beleggingsdeelneming wordt aangemerkt en dat de deelnemingsvrijstelling daarop geen toepassing vindt. Vervreemdingsvoordelen en dividenduitkeringen zijn derhalve in beginsel belast. Ten aanzien van dividenduitkeringen door een direct gehouden CFC moet worden opgemerkt dat de Nederlandse wetgeving niet voorziet in een mogelijkheid tot afboeking van de uitkering op – door de informele kapitaalstorting verhoogde – kostprijs van de deelneming.⁴⁶³ Zodoende wordt de dividenduitkering in beginsel volledig in de heffing betrokken. Derhalve moet bij de implementatie van model B aanpassing van de wet plaatsvinden dan wel een toezegging worden gedaan om in dergelijke gevallen de dividenduitkering af te boeken van de kostprijs als ware het zogenoemd meegekocht dividend.⁴⁶⁴ In dat geval wordt de dividenduitkering niet in de heffingsgrondslag van belastingplichtige begrepen en is in zoverre voldaan aan de verplichting van art. 8 lid 5 ATAD.

De bepaling in art. 8 lid 5 ATAD lijkt op het eerste oog enkel te zien op een direct belang in de CFC. Naar de letter van de bepaling is deze namelijk enkel van toepassing op winst die de CFC aan belastingplichtige uitkeert. Dit is slechts anders indien voorgenoemde winstuitkering tevens de situatie beoogt te omvatten waarin uitkering aan een tussenhoudstermaatschappij plaatsvindt die de desbetreffende winst vervolgens uitdeelt aan belastingplichtige. Gelet op het feit dat de CFC-maatregel naar haar aard op zowel directe als indirecte belangen ziet, is de laatstgenoemde opvatting mijns inziens verdedigbaar. Dit leidt bovendien tot een meer alomvattende voorkoming van dubbele belasting. Voor zover het door de tussenhoudstermaatschappij uitgekeerde dividend bij

⁴⁶² Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 9, par. 2.1.3.

⁴⁶³ V.T.P. van der Lans en M. Knops, t.a.p., p. 461, par. 2.1.

⁴⁶⁴ Ibid.

belastingplichtige in de belastinggrondslag wordt betrokken, moet daarom worden voorzien in een voorkomingsbepaling. Dit kan zich enkel voordoen indien het belang in de tussenhoudstermaatschappij niet kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling. Voor zover de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, moet in mijn optiek ook voor een indirect belang de mogelijkheid worden geïntroduceerd om de dividenduitkering af te boeken op de – reeds met de informele kapitaalstorting verhoogde – kostprijs van de deelneming in de tussenhoudstermaatschappij.

Tot slot moet worden opgemerkt dat een als CFC aangemerkte vaste inrichting naar haar aard geen dividend kan uitkeren waardoor in dit verband niet in nadere regelgeving hoeft te worden voorzien.

Ten aanzien van vervreemdingsvoordelen is in art. 8 lid 6 ATAD het volgende voorgeschreven:

‘Wanneer belastingplichtige zijn deelneming in de entiteit of het bedrijf van de vaste inrichting vervreemdt en een deel van de vervreemdingsopbrengsten voordien overeenkomstig artikel 7 [ATAD] in de belastinggrondslag is begrepen, wordt dat bedrag afgetrokken van de belastinggrondslag bij de berekening van de belasting die verschuldigd is over die opbrengsten, teneinde te garanderen dat er geen dubbele heffing plaatsvindt.’

Gelet op het feit dat de informele kapitaalstorting de kostprijs van het belang in de CFC verhoogt, wordt een eventuele vervreemdingsopbrengst dienovereenkomstig verlaagd.⁴⁶⁵ Deze uitwerking geldt op overeenkomstige wijze voor een middellijk gehouden deelneming in de CFC. Derhalve lijkt geen nadere regelgeving noodzakelijk voor de implementatie van art. 8 lid 6 ATAD.

Daarnaast moet worden gezien of art. 8 lid 6 ATAD noopt tot vormgeving van nadere regelgeving ter zake van de vervreemding van een deel van het bedrijf van een als CFC aangemerkte vaste inrichting. Mijns inziens kan de vaste inrichting op voorhand al niet de vermogensbestanddelen toegerekend krijgen waarmee voordelen worden behaald die door toepassing van art. 8b Wet Vpb 1969 worden toegerekend aan het hoofdhuis. In zoverre worden namelijk de zogenoemde *significant people functions* uitgevoerd door het hoofdhuis en kan het economisch eigendom van de desbetreffende vermogensbestanddelen niet worden toegerekend aan de vaste inrichting op grond van het Besluit winstallocatie vaste inrichtingen.⁴⁶⁶ In mijn optiek kan daarom in dit verband geen sprake zijn van dubbele belastingheffing.

Tenslotte bevat art. 8 lid 7 ATAD de volgende verplichting tot voorkoming van dubbele belasting:

⁴⁶⁵ V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, t.a.p., par. 7.

⁴⁶⁶ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 15 januari 2011, nr. IFZ 2010/457M, Stcrt. 2011, 1375, BNB 2011/91, par. 2.1.

‘De lidstaat van de belastingplichtige staat toe dat de door de entiteit of vaste inrichting betaalde belasting van de belastingschuld van de belastingplichtige wordt afgetrokken in de staat waar hij zijn fiscale woonplaats heeft of zich bevindt. De aftrek wordt berekend overeenkomstig het nationale recht.’

Aan de verplichting van art. 8 lid 7 ATAD lijkt slechts te worden voldaan indien nadere regelgeving wordt vormgegeven. De huidige implementatie van model B voorziet immers niet in een mogelijkheid om de door de CFC betaalde belasting in mindering te brengen op de in Nederland verschuldigde belasting. Evenwel betogen Van der Lans en Verhoog dat nadere regelgeving wellicht niet noodzakelijk is omdat art. 8 lid 7 ATAD aftrek van de door de CFC verschuldigde belasting voorschrijft overeenkomstig het nationale recht.⁴⁶⁷ De informele kapitaalstorting naar nationaal recht heeft immers tot gevolg dat de CFC naar Nederlands nationaal recht geen CFC-inkomsten meer geniet omdat deze inmiddels aan belastingplichtige zijn toegerekend. Evenwel is het mijns inziens nog maar de vraag of de laag-belastende jurisdictie voorziet in een corresponderende aanpassing uit hoofde van verrekenprijsregelgeving, waardoor het ter voorkoming van dubbele belastingheffing wenselijk is om toch in aanvullende regelgeving te voorzien.⁴⁶⁸ Vanwege het feit dat art. 8 lid 7 ATAD verplicht tot verrekening van de daadwerkelijk door de CFC betaalde belasting, is een eventuele corresponderende verrekenprijsaanpassing daar reeds in verwerkt en wordt voorkomen dat verrekening wordt verleend voor een te hoog bedrag. Gelet op het voorgaande bestaat mijns inziens de verplichting een bepaling op te nemen op grond waarvan de door de CFC betaalde belasting kan worden verrekend met de ingevolge art. 8b Wet Vpb 1969 verschuldigde belasting over de voordelen van de CFC. Het voorgaande heeft mutatis mutandis eveneens te gelden voor een als CFC aangemerkte vaste inrichting.

Naast de expliciete bepalingen ter voorkoming van dubbele belastingheffing moet voorts worden gezien in hoeverre overweging 5 preambule ATAD1 tot vormgeving van aanvullende voorkomingsregelgeving verplicht. In dit kader is van belang dat ten minste een risico op dubbele belastingheffing bestaat voor zover door andere lidstaten een CFC-maatregel conform model A wordt toegepast op de CFC zónder dat voorafgaand aan die toepassing een correctie van de aan de CFC toerekenbare inkomsten plaatsvindt uit hoofde van verrekenprijsregelgeving. Deze dubbele belastingheffing komt in feite neer op vorm 2 zoals in paragraaf 4.6 onderscheiden. Voor zover de andere EU-lidstaat verrekenprijsregelgeving heeft opgenomen in haar nationale vennootschapsbelastingstelsel, lijkt een dergelijke berekening niet in overeenstemming met art. 8 lid 1 ATAD omdat de besmette voordelen onder model A moeten worden berekend volgens de vennootschapsbelastingregels van de desbetreffende lidstaat, hetgeen betekent dat verrekenprijscorrecties fictief plaats moeten vinden vóór toerekening. Voor zover de desbetreffende EU-

⁴⁶⁷ V.T.P. Van der Lans en M. Verhoog, t.a.p., par. 8.

⁴⁶⁸ De laag-belastende jurisdictie zou dan verrekenprijsregelgeving moeten hanteren die vergelijkbaar is met de Nederlandse. Indien een verdrag van toepassing is in relatie tot de laag-belastende jurisdictie bestaat de verplichting tot een corresponderende verrekenprijsaanpassing ingevolge een verdragsartikel gebaseerd op art. 9 lid 2 van het OESO-modelverdrag.

lidstaat desalniettemin de voordelen zonder correctie in de heffing betreft, zou dubbele belastingheffing mogelijk kunnen worden voorkomen indien tussen Nederland en de desbetreffende EU-lidstaat een belastingverdrag van toepassing is dat een bepaling conform art. 9 lid 2 OESO-modelverdrag bevat. Op grond van een dergelijke bepaling bestaat de verplichting tot het doen van een corresponderende aanpassing of het aangaan van een onderling overlegprocedure in dit verband voor zover de voorwaarden die zijn overeengekomen of opgelegd tussen belastingplichtige en de entiteit in de andere EU-lidstaat afwijken van het *arm's length*-beginsel.⁴⁶⁹ Hoewel de onzakelijke voorwaarden in juridische zin zijn overeengekomen met de CFC, zou kunnen worden verdedigd dat daarmee aan de entiteit in de andere EU-lidstaat voorwaarden zijn opgelegd welke een bevoordeling van die entiteit met zich brengen die niet zou hebben plaatsgevonden bij afwezigheid van gelieerdheid.⁴⁷⁰ In zoverre zou kunnen worden betoogd dat op de voet van een bepaling conform art. 9 lid 2 OESO-modelverdrag in ieder geval een onderling overlegprocedure mogelijk is betreffende een corresponderende verrekenprijscorrectie zodat eventuele resterende dubbele belastingheffing op dit punt kan worden voorkomen.

De dubbele belastingheffing van vorm 6 kan zich in beginsel niet manifesteren omdat onder model B slechts toerekening van de voordelen van de CFC plaatsvindt aan de entiteit die de daarop betrekking hebbende sleutelfuncties verricht, hetgeen niet wordt beïnvloed door het bestaan van een gesplitst belang. Voor zover andere landen model A hanteren (zonder voorafgaande fictieve verrekenprijscorrecties) zou zich eventueel dubbele belastingheffing kunnen voordoen maar heeft mutatis mutandis hetzelfde te gelden als hetgeen hiervoor ten aanzien van vorm 2 is uiteengezet. Voorts kan dubbele belastingheffing door toepassing van de CFC-maatregel op zowel een binnenlandse moeder- als tussenhoudstermaatschappij (vorm 9) zich naar de aard van de CFC-maatregel onder model B niet voordoen omdat slechts toerekening aan elk van hen plaatsvindt voor zover de sleutelfuncties door de desbetreffende maatschappij worden verricht. Bovendien lijkt dubbele belastingheffing als gevolg van een samenloop tussen de herwaarderingsmaatregel en de CFC-maatregel (vorm 11) zich niet te kunnen manifesteren onder model B omdat een secundaire verrekenprijscorrectie met zich brengt dat belastingplichtige een informele kapitaalstorting in de CFC verricht voor zover de voordelen van de CFC op grond van de primaire correctie aan belastingplichtige zijn toegerekend. In zoverre wordt de kostprijs van de deelneming in de CFC verhoogd en de herwaarderingswinst dienovereenkomstig verlaagd.

⁴⁶⁹ Zie ook par. 2 van het commentaar op art. 9 van het OESO-modelverdrag.

⁴⁷⁰ De in de andere EU-lidstaat gevestigde tussenhoudstermaatschappij wordt namelijk bevoordeeld voor zover belastingplichtige de CFC inkomsten doet toekomen waartoe belastingplichtige zelf de relevante sleutelfuncties verricht. Dit resulteert namelijk in een waardestijging van het belang dat de tussenhoudstermaatschappij houdt in de CFC. Deze bevoordeling wordt onderstreept door de naar Nederlandse maatstaven onderkende informele kapitaalstorting door belastingplichtige in de tussenhoudster.

Evenwel lijkt de bronbelasting die door de CFC verschuldigd is over de uitkering van de voordelen aan belastingplichtige – voor zover de omvang van deze uitkering niet in de laag-belastende jurisdictie gecorrigeerd wordt – tot dubbele belastingheffing te kunnen leiden voor zover deze voordelen door belastingplichtige op grond van model B in de heffing zijn betrokken (vorm 4). Eveneens moet een risico op dubbele belastingheffing worden onderkend bij samenloop van hybridemismatchmaatregelen en de CFC-maatregel (vorm 8). Een en ander is evenwel mede afhankelijk van de concrete implementatie van model B in de Nederlandse wetgeving en de vraag of een uitgekeerd dividend – zoals hiervoor is bepleit – mag worden afgeboekt op de kostprijs van de deelneming in de CFC en zodoende niet in de heffing wordt betrokken. Voor zover een risico op dubbele belastingheffing in de voorgenoemde twee situaties resteert, wordt aanbevolen aan te sluiten bij de uiteengezette oplossingen ter zake van model A (paragraaf 6.2.1).

6.3.2 Evaluatie alternatief B

Onder meer vanwege het feit dat model B in essentie is gestoeld op het uitgangspunt dat belasting moet worden geheven waar economische activiteit plaatsvindt, lijkt het risico op dubbele belastingheffing reeds in belangrijke mate te worden beperkt door de aard van de CFC-maatregel zélf. Onder vormgeving van een klein aantal flankerende voorkomingsbepalingen lijkt dit risico nagenoeg geneutraliseerd te kunnen worden zonder dat dit leidt tot een ondoordringbare wettekst. Op die manier wordt de doeltreffendheid van de voorkomingsmethodiek onder model B gewaarborgd zonder dat dit in belangrijke mate afbreuk doet aan doelmatigheid.

Daarnaast lijkt enkel de vormgeving van de flankerende voorkomingsbepalingen de eenvoud en duidelijkheid te kunnen verminderen, maar ook in dit geval is een essentiële rol weggelegd voor een uitgebreide parlementaire toelichting. Voor wat betreft de toegankelijkheid moet worden opgemerkt dat belastingplichtigen die met de CFC-maatregel worden geconfronteerd in de regel zullen worden bijgestaan door een fiscaal dienstverlener. Vanwege de neutralisatie van dubbele belastingheffing lijkt ook in Europees- en internationaalrechtelijk verband geen strijdigheid te bestaan voor wat betreft de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel conform model B. Dientengevolge wordt de voorkomingsmethodiek onder alternatief B op de volgende wijze beoordeeld:

Tabel 3	Doeltreffendheid	Doelmatigheid	Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid	Europeesrechtelijke verenigbaarheid	Internationaalrechtelijke verenigbaarheid
Alternatief B	++	+	+	++	++

6.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk zijn twee alternatieven onderzocht voor wat betreft de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 teneinde de volgende deelvraag te beantwoorden: *Welke alternatieven ter voorkoming van dubbele belastingheffing bestaan er en sluiten deze beter aan bij de in het toetsingskader vermelde toetsingscriteria?*

Als alternatief voor de huidige voorkomingsmethodiek is op de eerste plaats onderzocht op welke wijze de door de wetgever voorgestane implementatie van de CFC-maatregel op een meer alomvattende wijze kan voorzien in voorkomingsregelgeving (alternatief A). Daarbij is tot een aantal concrete aanbevelingen gekomen omtrent aanvullende bepalingen ter voorkoming van dubbele belasting. Geconcludeerd wordt dat het risico op dubbele belastingheffing op die manier in belangrijke kan worden beperkt, hetgeen de doeltreffendheid en Europeesrechtelijke verenigbaarheid van de voorkomingsmethodiek sterk bevordert. Evenwel leidt de toepassing van de aanvullende voorkomingsregels alsmede de samenloop daartussen tot een toename van de complexiteit en de uitvoeringslasten voor zowel belastingplichtige als fiscus. Desalniettemin wordt tot de slotsom gekomen dat de voorgestelde aanpassing van de implementatie van model A tot een resultaat leidt dat beter aansluit bij de in het toetsingskader opgenomen toetsingscriteria.

Daarnaast is onderzocht in hoeverre een richtlijnconforme implementatie van model B aansluit bij de in het toetsingskader opgenomen toetsingscriteria. Vanwege de aard van model B lijkt dubbele belastingheffing in minder gevallen te kunnen ontstaan, zodat slechts in beperkte mate moet worden voorzien in aanvullende regelgeving ter voorkoming van dubbele belasting. Ten opzichte van alternatief A brengt dit een aanmerkelijke toename in doelmatigheid en eenvoud met zich, zodat wordt geconcludeerd dat alternatief B het best aansluit bij de in het toetsingskader opgenomen toetsingscriteria. Een en ander kan schematisch als volgt worden weergegeven:⁴⁷¹

Tabel 4	Doeltreffendheid	Doelmatigheid	Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid	Europeesrechtelijke verenigbaarheid	Internationaalrechtelijke verenigbaarheid	Totaalscore
Huidige voorkomingsmethodiek	- -	+	+	- -	++	0
Alternatief A	++	0	0	++	++	+
Alternatief B	++	+	+	++	++	+/++

⁴⁷¹ De totaalscore is het gemiddelde van de vijf toetsingscriteria, waarbij aan elk van hen een gelijk gewicht is toegekend.

7. Conclusies en aanbevelingen

7.1 Inleiding

De bestrijding van belastingontwijkingspraktijken door multinationale ondernemingen staat heden ten dage binnen de EU hoog op de politieke agenda. Gewaarborgd moet volgens de EC namelijk worden dat belasting wordt betaald waar waarde en winsten worden gegenereerd.⁴⁷² Met de vaststelling van de antibelastingontwijkingsrichtlijn ATAD wordt beoogd een stap te zetten in de richting van een – volgens de EC – eerlijkere en meer doeltreffende belastingheffing en worden de EU-lidstaten verplicht tot implementatie van een aantal antibelastingontwijkingsmaatregelen per 1 januari 2019.⁴⁷³ Eén van deze maatregelen betreft de aanpak van belastingontwijking door het gebruik van CFC's, waarmee de belastinggrondslag van de jurisdictie waar de economische activiteiten worden verricht in voorkomende gevallen kan worden uitgehold en winsten kunnen worden verschoven naar laag-belastende jurisdicties. Tot aan de implementatie van de verplichtingen ingevolge ATAD kende Nederland geen met de CFC-maatregel vergelijkbare regelgeving in de Wet Vpb 1969. In de aanloop naar de implementatie van de daarom volstrekt nieuwe CFC-maatregel is geconstateerd dat toepassing daarvan tot dubbele belastingheffing leidt die niet in alle gevallen wordt opgelost.⁴⁷⁴ Daarbij zijn zorgen geuit omtrent het effect dat een dergelijke deficiëntie heeft op het Nederlandse vestigingsklimaat.⁴⁷⁵ Evenwel is in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat niet wordt voorzien in aanvullende regelgeving teneinde de resterende dubbele belastingheffing te neutraliseren zodat de CFC-maatregel een meer afschrikwekkende werking krijgt.⁴⁷⁶ Het is derhalve de vraag in hoeverre dubbele belastingheffing door toepassing van de CFC-maatregel op adequate wijze wordt voorkomen onder de regelgeving zoals die naar verwachting luidt per 1 januari 2019. De discussie omtrent de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel heeft daarom geleid tot de volgende centrale probleemstelling in dit onderzoek:

Wordt dubbele belastingheffing als gevolg van de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 op adequate wijze voorkomen of is aanpassing van de regelgeving hieromtrent noodzakelijk?

Het onderzoek naar de probleemstelling is opgesplitst in vijf deelvragen welke in het hiernavolgende de revue passeren. Aan de hand van de daarop betrekking hebbende deelconclusies wordt een antwoord geformuleerd op de probleemstelling.

⁴⁷² Overweging 1 preambule ATAD1.

⁴⁷³ Overweging 2 preambule ATAD1.

⁴⁷⁴ Reactie op internetconsultatie implementatie ATAD1: Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, 21 augustus 2017, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1/reactie/0bfa6dfe-4af3-46f2-bbb8-fa18a7f7ee6e>, p. 8.

⁴⁷⁵ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD1', V-N 2017/39.14, p. 10 en 11.

⁴⁷⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 14, par. 2.1.2.4.

7.2 Conclusies

Hoofdstuk 2: Wat is de noodzaak voor invoering van CFC-maatregelen en op welke wijze kunnen deze worden vormgegeven?

Door het gebruik van CFC's kunnen multinationale ondernemingen de belastinggrondslag uithollen van de landen waar zij economisch actief zijn door winsten te verschuiven naar laag-belastende jurisdicties. CFC's zijn derhalve instrumenteel in het bereiken van belastingontwijking en agressieve *tax planning*. Belastingontwijking met CFC's is mogelijk door drie onderliggende kenmerken van vennootschapsbelastingstelsels. In dit verband is ten eerste van belang dat (buitenlandse) rechtspersonen in de regel als zelfstandig belastingplichtigen worden erkend en diensgevolge inkomsten toegerekend kunnen krijgen. Daar komt bij dat de vestigingsplaats van dergelijke rechtspersonen gemakkelijk te manipuleren blijkt zodat in feite kan worden bewerkstelligd dat deze onderworpen zijn in laag-belastende jurisdicties. Ten slotte heeft de tweetrapssystematiek van vennootschapsbelastingstelsels tot gevolg dat de aandeelhouder van de rechtspersoon pas belast wordt over de winst van de rechtspersoon op moment van winstuitkering. Dit leidt ten minste tot heffingsuitstel over de door de CFC behaalde winst, hetgeen met CFC-maatregelen moet worden bestreden. Daarnaast kan CFC-regelgeving zijn gericht op het voorkomen van winstverschuiving op zichzelf en kan zij als aanvulling op verrekenprijsregelgeving fungeren. Om deze doelstellingen te bereiken kunnen CFC-maatregelen in verschillende vormen worden gegoten welke grosso modo in de volgende vier categorieën kunnen worden onderverdeeld: de *piercing the veil approach*, de *attribution approach*, de *deemed dividend approach* en de *fair value of the shares approach*. De concrete invulling van CFC-regelgeving wordt ingegeven door de beleidsdoelstellingen van een jurisdictie, de kenmerken van haar belastingstelsel en haar internationaalrechtelijke verplichtingen.

Hoofdstuk 3: Hoe is de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 vormgegeven en welke tekortkomingen kunnen daarbij worden onderkend?

Op grond van de CFC-maatregel van art. 13ab Wet Vpb 1969 wordt belastingplichtige onder voorwaarden belast ter zake van bepaalde categorieën door de CFC genoten passief inkomen. Afgezien van het landenbereik is de CFC-maatregel volgens het kabinet conform model A van ATAD vormgegeven zodat deze mijns inziens richtlijnconform moet worden uitgelegd. Voor de interpretatie van de CFC-maatregel moet daarom acht worden geslagen op de context van art. 7 en 8 ATAD alsmede de voorstukken en doelstelling van ATAD. Voor zover de CFC-maatregel afwijkt van ATAD lijkt een rechtstreeks beroep door belastingplichtige op een voordeliger richtlijnbevestiging mogelijk indien deze onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is. Dit beroep lijkt enkel te kunnen worden verhinderd indien uit de parlementaire stukken blijkt dat de CFC-maatregel doelbewust in strengere zin is geïmplementeerd dan waartoe ATAD verplicht.

Ten opzichte van ATAD kan op enkele punten worden afgevraagd of de Nederlandse implementatie van de CFC-maatregel richtlijnconform is. Ten eerste lijkt ATAD te verplichten de CFC-maatregel ook op indirect gehouden vaste inrichtingen toe te passen, hetgeen door Nederland niet is overgenomen. Daarnaast moet voor de toepassing van de CFC-maatregel een *effectief* tarief van

minder dan 12,5% (2019) als uitgangspunt worden genomen, waar Nederland een *statutair* tarief van 9% hanteert. Verder lijkt de concrete invulling van de substance-uitzondering in strijd met zowel ATAD als het primair EU-recht. De Staatssecretaris heeft op dit punt inmiddels toegezegd de substance-uitzondering in lijn met het primair EU-recht te brengen. Tot slot lijkt de bewijslastverdeling voor wat betreft de substance-uitzondering niet in overeenstemming met het voorschrift in ATAD dat strekt tot een gedeelde bewijslast.

Daarnaast kan een aantal onduidelijkheden c.q. onvolkomenheden worden onderkend in de CFC-maatregel dat mogelijk afbreuk doet aan zijn effectiviteit. Ten eerste is de controletoeets zodanig vormgegeven dat de CFC-maatregel enerzijds in voorkomende gevallen toepassing mist op situaties waarin belastingplichtige de facto controle uitoefent over de CFC en anderzijds juist toepassing vindt op bepaalde situaties waarin deze invloed ontbreekt. Ten tweede mist de CFC-maatregel toepassing op indirect gehouden vaste inrichtingen hetgeen mogelijkheden creëert tot herstructurering teneinde de CFC-maatregel te omzeilen. Ten derde heeft de vormgeving van de vestigingstoets tot gevolg dat de effectieve belastingdruk over de besmette voordelen irrelevant is, zodat een gecontroleerd lichaam dat gevestigd is in een jurisdictie met een strikt territoriaal belastingsysteem en een voldoende hoog statutair tarief niet onder toepassing van de CFC-maatregel valt indien de desbetreffende jurisdictie niet op de EU-lijst is opgenomen. Ten vierde lijkt een transparante entiteit die nergens gevestigd is niet te voldoen aan de vestigingstoets, in ieder geval indien deze is opgericht naar het recht van een jurisdictie die niet is opgenomen in de lijst van laag-belastende jurisdicties. Ten vijfde lijkt toepassing van de CFC-maatregel door voorafgaande toepassing van het *arm's length*-beginsel in voorkomende gevallen tot slechts een marginale toerekening van besmette voordelen te leiden. Ten zesde is onduidelijk op welke wijze de besmette voordelen moeten worden toegerekend wanneer sprake is van een gesplitst belang. Ten zevende kan toepassing van de CFC-maatregel worden ontkomen door de besmette voordelen binnen het jaar uit te keren aan een tussenhoudster die niet in een laag-belastende jurisdictie is gevestigd. Ten achtste bestaat onduidelijkheid over de wijze waarop de berekening van de besmette voordelen moet plaatsvinden voor zover deze door de CFC zijn ontvangen van een hybride entiteit. Ten negende is eveneens niet duidelijk op welke wijze de besmette voordelen van een CFC naar Nederlandse maatstaven moeten worden berekend indien deze weliswaar als lichaam wordt aangemerkt voor de toepassing van de CFC-maatregel, maar voor de toepassing van de Wet Vpb 1969 als transparant moet worden aangemerkt. Tenslotte is het voor met name de grotere multinationale ondernemingen relatief eenvoudig om aan de vooraf opgestelde absolute substance-criteria te voldoen waardoor de CFC-maatregel in die gevallen toepassing mist.

Hoofdstuk 4: Hoe wordt dubbele belastingheffing als gevolg van toepassing van de CFC-maatregel in de Wet Vpb 1969 voorkomen?

De CFC-maatregel voorziet slechts in beperkte mate tot regelgeving ter voorkoming van dubbele belastingheffing. Evenwel kan een aantal vormen van dubbele belastingheffing zich niet manifesteren door de systematiek van de CFC-

maatregel en reeds bestaande (bilaterale) regelgeving. Van de in totaal elf onderscheiden vormen wordt het risico op zes verschillende vormen van dubbele belastingheffing in onvoldoende mate geneutraliseerd. Het betreft in dit verband ten minste de volgende situaties:

- een deel van het CFC-inkomen wordt in verschillende jurisdicties op grond van CFC-regelgeving in de heffing betrokken (vorm 2);
- een deel van het CFC-inkomen wordt in een later stadium uitgekeerd en is daarbij onderworpen aan een bronbelasting (vorm 4);
- een deel van het CFC-inkomen wordt (in verschillende jurisdicties) op basis van verschillende criteria (stemrecht, aandelenbelang of winstrecht) in de CFC-heffing betrokken (vorm 6);
- een deel van de CFC-inkomsten wordt door toepassing van een hybridemismatchmaatregel eveneens uit dien hoofde in de heffing betrokken (vorm 8);
- dezelfde CFC-inkomsten worden in een staat bij zowel de aldaar gevestigde moeder- als tussenhoudstermaatschappij onderworpen aan CFC-heffing (vorm 9); en
- de controlerende aandeelhouder neemt de besmette voordelen tevens uit hoofde van een andere CFC-maatregel in aanmerking (vorm 11).

Hoofdstuk 5: Voldoet de methodiek ter voorkoming van dubbele belastingheffing van de CFC-maatregel aan de in het toetsingskader vermelde toetsingscriteria?

Ter beantwoording van het eerste gedeelte van de probleemstelling is de – in voorkomende gevallen onvolkomen – regelgeving ter voorkoming van dubbele belasting getoetst aan vijf toetsingscriteria. Geconcludeerd is dat de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel vanwege het bestaan van deficiënties onvoldoende doeltreffend kan worden geacht in het voorkomen van dubbele belastingheffing. Voor zover is voorzien in bepalingen ter voorkoming van dubbele belasting kan de regelgeving doelmatig worden geacht. Evenwel wordt aan de doelmatigheid gedeeltelijk afbreuk gedaan door de lasten die drukken op belastingplichtige door de onvoldoende neutralisatie van de dubbele belastingheffing. Voorts is geconcludeerd dat de voorkomingsmethodiek in zekere mate voldoet aan het criterium eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid. Hoewel de voorkomingsmethodiek op een zo eenvoudig mogelijke wijze lijkt te zijn vormgegeven, bestaat onduidelijkheid voor wat betreft de invulling die moet worden gegeven aan het rechtstreeks verband en op welke wijze de in het buitenland betaalde winstbelasting moet worden aangetoond. De wetstechnische vormgeving van de voorkomingsmethodiek alsmede van de CFC-maatregel als geheel kan niet zonder meer toegankelijk worden geacht. Evenwel mag worden aangenomen dat een belastingplichtige die op onderhavige wijze grensoverschrijdend actief is zich in de regel laat bijstaan door een fiscaal dienstverlener.

Voor wat betreft het criterium Europeesrechtelijke verenigbaarheid is geconcludeerd dat de CFC-maatregel in voorkomende gevallen kan worden getoetst aan het vrije kapitaalverkeer zoals opgenomen in art. 63 e.v. VwEU. Met name vanwege de inbreuk op het proportionaliteitsbeginsel die wordt gemaakt door het (doelbewuste) gebrek aan aanvullende voorkomingsregelgeving lijkt de voorkomingsmethodiek te kunnen leiden tot een niet te rechtvaardigen

belemmering van het vrije kapitaalverkeer. Daarnaast is geconcludeerd dat hetzelfde gebrek aan aanvullende voorkomingsregelgeving leidt tot een strijdigheid met de doelstellingen en preambule van ATAD die niet gerechtvaardigd kan worden met een beroep op art. 3 ATAD.

Tenslotte is de voorkomingsmethodiek verenigbaar geacht met de door Nederland gesloten belastingverdragen. In dit verband kunnen enkel de regels ter voorkoming van juridische dubbele belastingheffing worden getoetst aan de verenigbaarheid met belastingverdragen, omdat deze naar hun aard niet zien op de voorkoming van economische dubbele belastingheffing. Geconcludeerd is dat met name de *switch-overbepaling* en *corporate tie-breaker* strijdigheid van de voorkomingsmethodiek van de CFC-maatregel met de relevante belastingverdragen voorkomt.

Gelet op het voorgaande kan het eerste gedeelte van de probleemstelling ontkennend worden beantwoord. In mijn optiek wordt dubbele belastingheffing als gevolg van de CFC-maatregel niet op voldoende adequate wijze voorkomen vanwege het feit dat ter voorkoming van enkele vormen van dubbele heffing (doelbewust) niet is voorzien in aanvullende regelgeving. Om die reden is onderzoek naar een alternatieve en meer adequate voorkomingsmethodiek noodzakelijk geacht.

Hoofdstuk 6: Welke alternatieven ter voorkoming van dubbele belastingheffing bestaan er en sluiten deze beter aan bij de in het toetsingskader vermelde toetsingscriteria?

Gezien het feit dat ATAD verplicht tot implementatie van CFC-regelgeving conform model A dan wel model B is binnen die ruimte gezocht naar alternatieven die geacht worden de dubbele belastingheffing door toepassing van CFC-regelgeving op meer adequate wijze te voorkomen. Ten eerste is onderzocht in hoeverre de huidige implementatie van model A beter aansluit bij het toetsingskader wanneer wordt voorzien in aanvullende regelgeving ter voorkoming van de resterende vormen van dubbele belastingheffing (alternatief A). In dit kader is tot een aantal aanbevelingen gekomen die leiden tot een belangrijke toename in doeltreffendheid en Europeesrechtelijke verenigbaarheid. Vanwege de toegenomen complexiteit en samenloop tussen de aanvullende voorkomingsbepalingen wordt echter een aanvullende uitvoeringslast gecreëerd voor de fiscus en belastingplichtige. Hoewel belastingplichtige gebaat is bij een meer alomvattende voorkoming van dubbele belasting leidt de toename in uitvoeringslasten tot een afname in doelmatigheid. Deze complexiteit doet eveneens in enige mate afbreuk aan het criterium eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.

Vervolgens is geanalyseerd in hoeverre dubbele belastingheffing op een meer adequate wijze kan worden voorkomen bij richtlijnconforme implementatie van model B in plaats van model A (alternatief B). Geconcludeerd is dat een aantal vormen van dubbele belastingheffing zich in dat geval vanwege de aard van model B niet kunnen voordoen. Slechts voor de resterende vormen van dubbele belastingheffing moet worden voorzien in aanvullende regelgeving. De reductie in complexiteit en samenloop tussen deze aanvullende maatregelen leiden tot

een belangrijke toename in doelmatigheid en eenvoud ten opzichte van alternatief A. De evaluatie van de huidige voorkomingsmethodiek, alternatief A en alternatief B is schematisch weergegeven in tabel 4.⁴⁷⁷

Vanwege de conclusie dat enerzijds de huidige voorkomingsmethodiek niet adequaat is geacht en dat anderzijds op dit punt betere alternatieven beschikbaar blijken, moet op het tweede gedeelte van de probleemstelling worden geantwoord dat aanpassing van de regelgeving omtrent de voorkoming van dubbele belastingheffing door de CFC-maatregel noodzakelijk is.

7.3 Aanbevelingen

In het licht van het antwoord op de probleemstelling worden de wetgever en de beleidsmaker opgeroepen tot vormgeving van nieuwe wetgeving respectievelijk nieuw beleid teneinde dubbele belastingheffing door toepassing van de CFC-maatregel te voorkomen. Met de huidige implementatie van de CFC-maatregel wordt dubbele belastingheffing namelijk niet op adequate wijze voorkomen zodat aanpassing van de regelgeving hieromtrent noodzakelijk is. Niet alleen is de huidige regelgeving namelijk niet doeltreffend, maar tevens is deze onverenigbaar met het primair en secundair EU-recht. Deze onverenigbaarheid leidt bovendien tot rechtsonzekerheid voor belastingplichtigen. Een adequate voorkomingsregelgeving zou recht doen aan de doelstelling tot het behouden van een aantrekkelijk investeringsklimaat, welke één van de pijlers is van het huidige kabinet. Een lager risico op dubbele belastingheffing bevordert namelijk de concurrentiepositie van in Nederland gevestigde bedrijven die grensoverschrijdende activiteiten ontplooiën. Hoewel de bestrijding van belastingontduiking en belastingontwijking eveneens een beleidsdoelstelling van het huidige kabinet vormt, is het disproportioneel om ontwijkingsstructuren zodanig te straffen dat meer belasting verschuldigd wordt dan het geval zou zijn geweest bij afwezigheid van een ontwijkingsmotief. In dit kader zijn in dit onderzoek verschillende aanbevelingen gedaan en zijn enkele alternatieven geëvalueerd. Teneinde op een meer adequate wijze de dubbele belastingheffing te voorkomen die zich voordoet door toepassing van de nieuwe CFC-regelgeving wordt in eerste instantie aanbevolen om de CFC-maatregel volledig conform model B in de Nederlandse wetgeving te implementeren. Het risico op dubbele belastingheffing door toepassing van model B blijkt zeer gering, met name vanwege het feit dat deze vorm van CFC-regelgeving conceptueel gezien is gestoeld op het uitgangspunt dat belasting wordt betaald waar de economische activiteit plaatsvindt en waarde wordt gecreëerd. Een dergelijke benadering is overigens tevens in lijn met de doelstellingen van het BEPS-Actieplan en voldoet aan de definitie van een eerlijkere belastingheffing zoals gehanteerd door de EC.

Bedacht moet echter worden dat de noodzaak tot een adequate voorkomingsregelgeving – nu zij slechts onderdeel uitmaakt van de CFC-maatregel als geheel – op zichzelf niet doorslaggevend kan zijn bij de aanbeveling om model B te implementeren. De doelstelling van de CFC-maatregel moet daarbij eveneens in aanmerking worden genomen, welke is

⁴⁷⁷ Zoals opgenomen in paragraaf 6.4.

gelegen in het (effectief) bestrijden van belastingontwijking door gebruik van CFC's. Evenwel wordt in dit onderzoek geconcludeerd dat de voorgestane implementatie van de CFC-maatregel conform model A niet zonder meer effectief kan worden geacht in het bereiken van haar doelstelling. Sterker nog, met de huidige invulling leidt model A slechts tot effectieve belastingheffing indien de sleutelfuncties die te relateren zijn aan het passieve inkomen door de CFC zelf worden uitgevoerd. Slechts in de gevallen waarin de CFC – ondanks het feit dat deze de sleutelfuncties verricht – niet voldoet aan de substance-uitzondering lijkt het in beginsel mogelijk om de inkomsten van de CFC effectief in de Nederlandse vennootschapsbelastingheffing te betrekken. Evenwel bestaat ook voor die gevallen – zo is geconcludeerd in dit onderzoek – een aantal mogelijkheden om effectieve toepassing van de CFC-maatregel conform model A te mitigeren. Derhalve kan niet anders geconcludeerd worden dan dat de CFC-maatregel conform model A in zeer beperkte mate bijdraagt aan het voorkomen van belastingontwijking met CFC's naast voorafgaande (fictieve) toepassing van art. 8b Wet Vpb 1969 conform model B bij de berekening van de belastinggrondslag van zowel belastingplichtige als van de CFC. In mijn optiek pleit de ineffectiviteit van model A des te meer voor een volledige, richtlijnconforme implementatie van model B. Mocht niettegenstaande de voorgaande overwegingen toch gekozen worden voor het behoud van de CFC-maatregel in haar huidige vorm, dan is – gelet op het feit dat de huidige voorkomingsmethodiek ondoeltreffend en EU-rechtelijk onverenigbaar is – in ieder geval aanvullende regelgeving ter voorkoming van dubbele belastingheffing noodzakelijk.

Literatuurlijst

Vakliteratuur

M.G. Allingham en A. Sandmo, 'Income tax evasion: A theoretical analysis', *Journal of Public Economics* (1) 1972, 323-338

D.W. Blum, 'Controlled Foreign Companies: Selected Policy Issues – or the Missing Elements of BEPS Action 3 and the Anti-Tax Avoidance Directive', *Intertax* 2018, Volume 46, Issue 4

J.J. van den Broek, 'Grensoverschrijdende omzettingen van vennootschappen', *WFR* 2018/114

F. Cachia, 'Aggressive Tax Planning: An Analysis from an EU Perspective', *EC Tax Review* 2017-5

D. Canè, 'Controlled Foreign Corporations as Fiscally Transparent Entities. The Application of CFC Rules in Tax Treaties', *World Tax Journal* November 2017

A. Cordewener, 'Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards under Treaty Freedoms and EU Directives?', *EC Tax Review* 2017-2

W.J. Corlett en D.C. Hague, 'Complementarity and the Excess Burden of Taxation', *Review of Economic Studies*, 21(1), 21-30

G.I. van Eijk, J.J.H. Reijnen, H. Lohuis en J.D. Schouten, 'Wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking (ATAD1)', *NTFR* 2018/2247

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

I.M. de Groot en P.J. te Boekhorst, 'Gevolgen FII-2 voor de Nederlandse deelnemingsverrekening', *WFR* 2013/388

G. van Hulle, 'Current Challenges for EU Controlled Foreign Company Rules', *Bulletin for International Taxation* December 2017

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

C. Kahlenberg, 'The Interplay between the OECD Recommendations of Actions 2 and 3 Regarding Hybrid Structures', *Intertax* 2016, Volume 44, Issue 4

- M.A. Kane, 'The Role of Controlled Foreign Company Legislation in the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project', *Bulletin for International Taxation* June/July 2014
- L. Kaplow en S. Shavell, 'Any non-welfarist method of policy assessment violates the Pareto principle', *Journal of Political Economy*, 109(2), 281-286
- P. Kavelaars, 'Earningsstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen', *TFO* 2016/147.1
- J. Kruithof, 'Strategieën tegen belastingontwijking van multinationals', *WFR* 2013/1418
- B. Kuźniacki, 'The Need to Avoid Double Economic Taxation Triggered by CFC Rules under Tax Treaties, and the Way to Achieve It', *Intertax* 2015, Volume 43, Issue 12
- V.T.P. van der Lans en M. Knops, 'De (aanvullende) CFC-maatregel van artikel 13ab Wet Vpb', *MBB* 2018/11
- V.T.P. van der Lans en M. Verhoog, 'De CFC-maatregel (art. 7 en 8 Anti-ontgaansrichtlijn)', *FED* 2016/111
- H. Lohuis, M.H.C. Ruijschop, G.I. van Eijk en J.J.H. Reijnen, 'Internetconsultatie implementatie richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken (ATAD1)', *NTFR* 2017/1902
- G. Maisto, 'Controlled Foreign Company Legislation, Corporate Residence and Anti-Hybrid Arrangement Rules', *Bulletin for International Taxation* June/July 2014
- F. Majdowski en K. Bronzewska, 'Revolutionary Changes to the Arm's Length Principle under the OECD BEPS Project: Have CFC Rules Become Redundant?', *Intertax* 2018, Volume 46, Issue 3
- T. Moser en S. Hentschel, 'The Provisions of the EU Anti-Tax Avoidance Directive Regarding Controlled Foreign Company Rules: A Critical Review Based on the Experience with the German CFC Legislation', *Intertax* 2017, Volume 45, Issue 10
- P.B.N. van Os, 'Richtlijnconforme implementatie en interpretatie van nationale wetgeving ter omzetting van een richtlijn, met als casus art. 13, lid 17, Wet VPB 1969 ter omzetting van de Antismismatchrichtlijn', *NTFR-A* 2018/7
- Redactie Vakstudie Nieuws, 'Anti-Tax Avoidance Directive', *V-N* 2016/37.3
- Redactie Vakstudie Nieuws, 'Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD1', *V-N* 2017/39.14

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking (ATAD 1). Nota naar aanleiding van het verslag', V-N 2018/63.2

A. Rust, 'CFC Legislation and EC Law', Intertax 2008, Volume 36, Issue 11

E. Saez, en S. Stantcheva, 'Generalized social marginal welfare weights for optimal tax theory', American Economic Review, 106(1), 24-45

J. Schönfeld Bonn, 'CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive', EC Tax Review 2017-3

F.P.J. Snel, 'De Europese belastingontwijkingsrichtlijn en deelnemingsvrijstelling', NTFR 2016/1895

J.E. Stiglitz en P. Dasgupta, 'Differential taxation, public goods, and economic efficiency', Review of Economic Studies, 38(2), 151-174

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

A. Tokola, 'The Implementation of the Controlled Foreign Company Rules in the EU Anti-Tax Avoidance Directive in Finland, Luxembourg and the Netherlands – The Effects on the Holding Company Structures of Finnish Groups', Bulletin for International Taxation March 2018

M.F. de Wilde, 'Rapport BEPS Actiepunt 3: 'Designing Effective Controlled Foreign Company Rules'', NTFR 2015/2723

Boeken, rapporten en internetbronnen

BBC, 12 november 2012, 'Starbucks, Google and Amazon grilled over tax avoidance', <https://www.bbc.com/news/business-20288077>.

Commissie Economische en Monetaire Zaken (ECON) van het Europees Parlement, *Rapport inzake Strijd tegen belastingfraude, belastingontwijking en belastingparadijzen*, (2013/2060(INI)), 2 mei 2013

Consultatiedocument implementatie ATAD1, 10 juli 2017, www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1

Consultatiedocument implementatie ATAD2, 29 oktober 2018, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad2>

Deloitte Tax Guides and Country Highlights, 2018, <https://dits.deloitte.com/#TaxGuides>

J.T. van Egdom, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational (FM nr. 115)*, Deventer: Kluwer 2017

EY Worldwide Corporate Tax Guide 2018, april 2018,
[https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-2018-worldwide-corporate-tax-guide/\\$FILE/EY-2018-worldwide-corporate-tax-guide.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-2018-worldwide-corporate-tax-guide/$FILE/EY-2018-worldwide-corporate-tax-guide.pdf)

Fiscale Encyclopedie de Vakstudie – Algemeen deel

Fiscale Encyclopedie de Vakstudie – Nederlands Internationaal Belastingrecht

G20 Leaders Declaration, 19 juni 2012,
http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/131069.pdf

J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2015

A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

B. Jacobs, *De prijs van gelijkheid*, Amsterdam: Prometheus – Bert Bakker 2015

L.F. van Kalmthout, 'Verrekenprijzen' in: 'Over de grenzen van de vennootschapsbelasting', opstellen aangeboden aan prof. Mr. D. Juch, Deventer: Kluwer 2002.

Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité inzake Dubbele belasting op de interne markt, 11 november 2011 COM (2011) 712 definitief

Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad 28 januari 2016, COM(2016) 23 definitief

NDFR – Deel Formeel belastingrecht

OECD, 5 oktober 2015, <http://www.oecd.org/tax/oecd-presents-outputs-of-oecd-g20-beps-project-for-discussion-at-g20-finance-ministers-meeting.htm>

OECD, 10 juli 2017, <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-releases-latest-updates-to-the-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations.htm>

OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing: Parijs 2013

OECD, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation. Actions 8-10: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015

OECD, *Background Brief – Inclusive Framework on BEPS*, Parijs: OECD Publishing 2017

OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015

OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships (Issues in International Taxation nr. 6)*, Parijs: OECD Publishing 1999

Vgl. K. Pomerleau en E. Potosky, 'Corporate Income Tax Rates around the World, 2016', <https://files.taxfoundation.org/legacy/docs/TaxFoundation-FF525.pdf>

C. van Raad in: *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2018

Reactie op internetconsultatie implementatie ATAD1: Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, 21 augustus 2017, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1/reactie/0bfa6dfe-4af3-46f2-bbb8-fa18a7f7ee6e>

Reactie op internetconsultatie implementatie ATAD1: Register Belastingadviseurs, 27 augustus 2017, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1/reactie/93b98415-66f8-4c56-8565-0ed087522a9d>

Reactie op internetconsultatie implementatie ATAD1: Tax Committee American Chamber of Commerce, 8 september 2017, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1/reactie/cb10a69d-598a-4245-8e47-f9d600e29818>

J.E. Stiglitz en J.K. Rosengard, *Economics of the public sector*, New York – Londen: W.W. Norton & Company, Inc. 2015 (vierde druk)

B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012

D.M. Weber in: *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2017

Parlementaire stukken

Eerste Kamer der Staten-Generaal

Kamerstukken I 1989/90, 20 701, nr. 78b

Kamerstukken I/II 2000/01, 27 907, nrs. 394 en 1

Kamerstukken I/II 2007/08, 31 591, A en nr. 1

Kamerstukken I/II 2008/09, 31 764, A en nr. 1

Kamerstukken I/II 2009/10, 32 346, A en nr. 1

Kamerstukken I/II 2010/11, 32 523, A en nr. 1

Kamerstukken I 2018/19, 35 030, nr. C

Tweede Kamer der Staten-Generaal

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

Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3

Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5

Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8

Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3

Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3

Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 6

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

Kamerstukken II 2017/18, 25 087, nr. 188 (Brief aanpak belastingontwijking en belastingontduiking)

Kamerstukken II 2017/18, 34 566, nr. 4

Kamerstukken II 2017/18, 34 700, nr. 34, bijlage bij (*Regeerakkoord 2017 'Vertrouwen in de toekomst'*)

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

Kamerstukken II 2017/18, 34 853, nr. 3

Kamerstukken II 2018/19, 35 000, nr. 44

Kamerstukken II 2018/19, 35 026, nr. 38

Kamerstukken II 2018/19, 35 028, nr. 3

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

Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3

Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, bijlage bij (*Ramingstoelichting ATAD1*)

Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, bijlage bij (*Uitvoeringstoetsen Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking*)

Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7

Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 10

Besluiten

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 18 juli 2008, nr. CPP 2007/664M, Stcrt. 2008, 151, BNB 2008/261

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, nr. CPP 2009/519M, Stcrt. 2009, 19749, BNB 2010/58

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 15 januari 2011, nr. IFZ 2010/457M, Stcrt. 2011, 1375, BNB 2011/91

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. BWBR0040893, Stcrt. 2018, 26874, NTFR 2018/1244

Overig

R. Giebels, 'Belastingwetten zijn lang niet streng genoeg, zegt commissie', *Volkskrant* 5 juli 2017

C. Vos, 'Nederland moet meer doen tegen belastingontwijking multinationals' *Volkskrant* 19 juni 2017

Rechtspraakoverzicht

Hof van Justitie EU/EG

HvJ EG 3 juni 1964, C-6/64 (*Costa/ENEL*), Jur. p. 1203

HvJ EG 24 juli 1982, C-8/81 (*Becker*), Jur. p. 53

HvJ EG 26 februari 1992, C-357/89 (*Raulin*), Jur. p. I-1027

HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95 (*Leur-Bloem*), BNB 1998/32

HvJ EG 12 mei 1998, C-336/96 (*Gilly*), BNB 1998/303

HvJ EG 13 april 2000, C-251/98 (*Baars*), BNB 2000/242

HvJ EG 15 januari 2002, C-43/00 (*Randers Sport*), V-N 2002/8.26

HvJ EG 18 september 2003, C-168/01 (*Bosal Holding*), BNB 2003/344

HvJ EG 3 oktober 2003, C-282/12 (*Itelcar*), V-N 2013/49.18.3

HvJ EG 21 februari 2006, C-255/02 (*Halifax*), BNB 2006/170

HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), BNB 2007/54

HvJ EG 14 november 2006, C-513/04 (*Kerckhaert-Morres*), BNB 2007/73

HvJ EG 14 december 2006, C-170/05 (*Denkavit*), BNB 2007/132

HvJ EG 13 maart 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), V-N 2007/15.9

HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*), FED 2007/71

HvJ EG 6 december 2007, C-298/05 (*Columbus Container Services*), V-N 2007/59.8

HvJ EG 16 oktober 2008, nr. C 527/06 (*Renneberg*), BNB 2009/50

HvJ EG 16 juli 2009, C-128/08 (*Damseaux*), V-N 2009/39.7

HvJ EU 17 september 2009, C-182/08 (*Glaxo Wellcome*), V-N 2009/47.20

HvJ EU 21 januari 2010, C-311/08 (*SGI*), V-N 2010/3.21

HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08 (*X Holding*), BNB 2010/166

HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Zwijnenburg*), BNB 2010/257

HvJ EU 26 oktober 2010, C-97/09 (*Schmelz*), V-N 2010/58.20

HvJ EU 22 december 2010, C-103/09 (*Weald Leasing*), BNB 2011/203

HvJ EU 13 november 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation (II)*), BNB 2013/28

HvJ EU 10 juni 2015, C-686/13 (*X AB*), V-N 2015/32.13

HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (*Euro Park Service*), V-N 2017/17.12

HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (*Eqiom*), BNB 2018/55

HvJ EU 20 december 2017, C-504/16 (*Deister Holding*) en C-613/16 (*Juhler Holding*), BNB 2018/56

HvJ EU 17 april 2018, zaak C-414/16 (*Egenberger*), RvdW 2018/883

Hoge Raad

HR 11 maart 1926, B. 3788

HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217

HR 23 september 1993, nr. 27 293, BNB 1993/193

HR 19 januari 1994, nr. 28 646, BNB 1994/87

HR 9 mei 2003, nr. 37 553, BNB 2003/331

HR 5 september 2003, nr. 37 657, BNB 2003/380

Bijlage 1 – Lijst laag-belastende jurisdicties 2019

Statutair tarief van minder dan 9%:

- Anguilla
- Bahama's
- Bahrein
- Belize
- Bermuda
- Britse Maagdeneilanden
- Guernsey
- Isle of Man
- Jersey
- Kaaimaneilanden
- Koeweit
- Qatar
- Saoedi-Arabië
- Turks- en Caicoseilanden
- Vanuatu
- Verenigde Arabische Emiraten

EU-lijst non-coöperatieve jurisdicties voor belastingdoeleinden:

- Amerikaans Samoa
- Amerikaanse Maagdeneilanden
- Guam
- Samoa
- Trinidad en Tobago

Bijlage 2 – Substance-eisen art. 13ab lid 11 Wet Vpb 1969

- 1) Ten minste de helft van het totale aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden van dat lichaam woont of is feitelijk gevestigd in de staat waarin dat lichaam is gevestigd;
- 2) De in die staat wonende of gevestigde bestuursleden beschikken over de benodigde professionele kennis om hun taken naar behoren uit te voeren, tot welke taken ten minste behoort de besluitvorming, op grond van de eigen verantwoordelijkheid van dat lichaam en binnen het kader van de normale concernbemoeienis, over door dat lichaam af te sluiten transacties, alsmede het zorg dragen voor een goede afhandeling van de afgesloten transacties;
- 3) Dat lichaam beschikt over gekwalificeerd personeel voor de adequate uitvoering en registratie van de door dat lichaam af te sluiten transacties;
- 4) In de staat waarin dat lichaam is gevestigd, worden de bestuursbesluiten van dat lichaam genomen;
- 5) In de staat waarin dat lichaam is gevestigd worden de belangrijkste bankrekeningen van dat lichaam aangehouden;
- 6) In de staat waarin dat lichaam is gevestigd wordt de boekhouding van dat lichaam gevoerd;
- 7) Dat lichaam heeft een bedrag aan loonkosten dat een vergoeding vormt voor de werkzaamheden en dat overeenkomt met wat vertaald naar Nederlandse maatstaven ten minste € 100.000 zou bedragen; en
- 8) Dat lichaam heeft gedurende een periode van ten minste 24 maanden een in de staat waarin dat lichaam is gevestigd gelegen onroerende zaak of deel van een onroerende zaak ter beschikking waarbij zich in die onroerende zaak, onderscheidenlijk dat deel, een kantoor bevindt dat is voorzien van gebruikelijke faciliteiten voor de uitoefening van de hiervoor genoemde werkzaamheden en die werkzaamheden ook daadwerkelijk in dat kantoor worden uitgeoefend.