

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie

De toevoeging van de per 1 januari 2019 geïmplementeerde CFC-maatregel in artikel 13ab Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 aan het arm's length beginsel in artikel 8b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Naam student: Olivia Korte

Studentnummer: 434177

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

22 juli 2019

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen	4
1. Inleiding	5
1.1 Aanleiding	5
1.2 Probleemstelling	6
1.3 Opzet	6
2. Richtlijn (EU) 2016/11641 (ATAD 1)	7
2.1 Inleiding	7
2.2 Achtergrond van de maatregel: het BEPS-rapport	8
2.2.1 Introductie	8
2.2.2 BEPS-actiepunt 3	9
2.3 De CFC-maatregel in ATAD 1	11
2.4 Deelconclusie	15
3. De CFC-maatregel in artikel 13ab Wet op de Vennootschapsbelasting 1969	16
3.1 Wetsgeschiedenis	16
3.1.1 Parlementaire stukken	16
3.1.2 Reacties op het wetsvoorstel	17
3.2 Het wetsartikel	18
3.2.1 Wanneer is er sprake van een CFC?	18
3.2.2 De fiscale gevolgen	21
3.3 Deelconclusie	22
4. Artikel 8b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 – het arm's length beginsel	23
4.1 Inleiding	24
4.2 Toepassing van artikel 8b Wet VPB	27
4.2.1 Kwalificatie van gelieerde lichamen	27
4.2.2 Lichamen	28
4.2.3 Onzakelijk handelen: dubbele bewustheid	28
4.2.4 Correcties	29
4.2.5 Dubbele belasting	30
4.3 Deelconclusie	31
5. De CFC-maatregel binnen de bestaande regelgeving	32
5.1 Inleiding	32
5.2 De Vennootschapsbelasting	32
5.3 Samenloop artikel 13ab Wet VPB met belastingverdragen	34
5.3.1 Artikel 7, lid 1, OESO-Modelverdrag	35
5.3.2 Artikel 10, lid 5, OESO-modelverdrag	36
5.4 Samenloop artikel 13ab Wet VPB met recht van de Europese Unie	37
5.4.1 Vrijheid van vestiging	38
5.4.2 Vrij verkeer van kapitaal	40
5.5 Deelconclusie	40
6. Conclusies en aanbevelingen	41

6.1 Inleiding	41
6.2 Conclusies	42
6.3 Aanbevelingen	45
Literatuurlijst	47

Lijst van gebruikte afkortingen

ATAD1	Anti-Tax Avoidance Directive 1
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BNB	Beslissingen in Nederlandse Belastingzaken
CFC	controlled foreign company
EC	Europese Commissie
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
nr.	nummer
nrs.	nummers
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NTFR-A	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht – Artikelen
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
p.	pagina
par.	Paragraaf
r.o.	rechtsoverweging
Stcrt.	Staatscourant
V-N	Vakstudie Nieuws
Wet IB	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB	Wet op de vennootschapsbela

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

De afgelopen jaren is de aandacht voor belastingontwijking door grote multinationals sterk gegroeid. Zo kopte de NOS¹ in 2016 dat Google bijna 11 miljard euro doorsluisst via Nederland en blijkt uit het bericht dat de multinational duizend keer minder belasting betaald dan wanneer het bedrijf geen dergelijke belastingconstructie zou hebben. In principe is het legaal om als bedrijf de meest gunstige structuur te kiezen voor belastingdoeleinden, maar toch is afgelopen tijd de discussie aangewakkerd in hoeverre ‘aggressive tax planning’ nog wenselijk en ethisch aanvaardbaar is. Door dispariteiten tussen de belastingssystemen van verschillende landen bestaat de mogelijkheid voor internationaal opererende bedrijven hiervan gebruik of zelf misbruik te maken. Als reactie op de toenemende aandacht voor belastingontwijking heeft de *Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling* (hierna: OESO) besloten actie te ondernemen om structuren die specifiek gericht zijn op het ontwijken van belasting tegen te gaan. In 2013 werd door de OESO het BEPS-rapport² opgesteld om *Base Erosion and Profit Shifting* tegen te gaan. Dit rapport omvat 15 actiepunten die verschillende aspecten van belastingontwijking trachten te bestrijden. Eén van deze actiepunten is het bestrijden van belastingontwijking door middel van zogenoemde *controlled foreign companies* (CFC's). Dit actiepunt ziet specifiek op situaties waarin een vennootschap een controlerend belang heeft in een dochtervennootschap die gevestigd is in een jurisdictie die vrijwel geen belasting heft over de winsten van deze dochteronderneming. De moedervennootschap kan in dit geval belasting ontwijken door haar winsten te verschuiven naar de dochtervennootschap in de laagbelastende jurisdictie. Ingevolge de *Anti Tax Avoidance Directive* 1³ (hierna: ATAD1) van de OESO werden lidstaten van de Europese Unie verplicht om per 1 januari 2019 een CFC-maatregel te implementeren om deze vorm van belastingontwijking tegen te gaan. Dit onderzoek ziet op de implementatie van deze maatregel in de Nederlandse wetgeving en tracht een kritische blik te werpen op de maatregel op zowel nationaal en internationaal niveau. Het feit dat de CFC-maatregel in de Nederlandse wetgeving pas sinds 1 januari 2019 van kracht is, maakt dit onderzoek bijzonder actueel.

¹ NOS, 18 februari 2016. Google sluisst bijna 11 miljard euro door via Nederland. www.nos.nl

² BEPS OESO 2013

³ Richtlijn (EU) 2016/11641 (ATAD1).

1.2 Probleemstelling

De OESO biedt de lidstaten in ATAD1 een keuze tussen twee implementatiemogelijkheden, model A en model B. De Nederlandse staatssecretaris heeft het standpunt ingenomen dat Nederland in feite al voldeed aan model B met het in 2002 gecodificeerde arm's length beginsel in artikel 8b Wet VPB.⁴ Dit beginsel omvat in het kort dat gelieerde partijen zakelijk dienen te handelen. Echter, hij heeft in artikel 13ab Wet VPB ervoor gekozen een aanvullende CFC-maatregel te implementeren om zo verder te gaan dan het minimumniveau dat ATAD1 voorschrijft. De vraag rijst in hoeverre deze aanvullende maatregel een goede toevoeging is aan het al bestaande arm's length beginsel en waarom er gekozen is voor deze implementatie. De hoofdvraag voor dit onderzoek luidt dan ook:

Wat voegt de onlangs geïmplementeerde CFC-maatregel in artikel 13ab Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 toe aan het al bestaande 'arm's length' beginsel, geformuleerd in artikel 8b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969?

1.3 Opzet

Door middel van vier deelvragen zal een beknopt doch helder antwoord gegeven worden op bovengenoemde hoofdvraag:

- 1) *Wat is het doel van de Anti Tax Avoidance Directive 1 en welke mogelijkheden zijn er om deze richtlijn te implementeren?*
- 2) *Waarom is artikel 13ab Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 in de wet opgenomen en hoe luidt de bepaling van dit artikel?*
- 3) *Waarom is artikel 8b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 in de wet opgenomen en wat is de samenhang van dit artikel met artikel 3:25 Wet op de Inkomstenbelasting 2001?*
- 4) *Hoe past de CFC-maatregel binnen de bestaande wetgeving?*

Om antwoord te kunnen geven op deze deelvragen zal ten eerste gekeken worden naar de Europese achtergrond van de CFC-maatregel (hoofdstuk 2). Ten tweede zal de Nederlandse implementatie van de maatregel in artikel 13ab Wet VPB aan bod komen (hoofdstuk 3). Ten derde wordt gekeken naar het arm's length beginsel in artikel 8b Wet VPB (hoofdstuk 4) en tot slot worden de verhouding van de CFC-maatregel met het nationale belastingstelsel, de

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

samenloop met internationale belastingverdragen en de samenloop met het EU-recht behandeld (hoofdstuk 5). Dit zal gebeuren aan de hand van vakliteratuur en parlementaire stukken. Op basis van de antwoorden op de deelvragen zal een door mij gevormde conclusie gegeven worden en doe ik aanbevelingen naar aanleiding van mijn bevindingen (hoofdstuk 6).

2. Richtlijn (EU) 2016/11641 (ATAD 1)

Om te kunnen analyseren wat de toevoeging is van artikel 13ab, de CFC-maatregel, aan het al bestaande ‘at arm’s length’ beginsel, geformuleerd in artikel 8b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969, is het van belang de achtergrond van deze maatregel te begrijpen. De maatregel vloeit voort uit de Richtlijn tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (*Anti-Tax Avoidance Directive*, hierna: ‘ATAD1’).⁵ Deze richtlijn, waarin landen verplicht worden een aantal anti-misbruikbepalingen te implementeren, vloeit op haar beurt voort uit het *Base Erosion and Profit Shifting* (hierna: ‘BEPS’) rapport van de OESO, met als doel het verschuiven van winsten tegen te gaan.⁶ In dit hoofdstuk wordt in deel 2.2 kort ingegaan op dit laatstgenoemde rapport.

2.1 Inleiding

Op 12 juli 2016 heeft de Raad van Ministers van de Europese Unie ATAD1 vastgesteld in vervolg op het al eerdergenoemde BEPS-rapport. Zoals de titel van de richtlijn al aangeeft, is het doel van ATAD1 het bestrijden van belastingontwijkingspraktijken die invloed hebben op de interne markt. De richtlijn benadrukt dat het een politieke prioriteit is ervoor te zorgen dat belasting over winsten geheven wordt in het land waar deze winsten worden gegenereerd, om grondslaguitholling en winstverschuiving tegen te gaan.⁷ Daarnaast heeft ATAD1 het doel om op een coherente wijze maatregelen te implementeren in de lidstaten van de Europese Unie en gezamenlijk belastingontwijking tegen te gaan. Belangrijk hierbij is dat er billijk en doeltreffend belasting wordt geheven. Ook wordt het belang van een gemeenschappelijke

⁵ Richtlijn (EU) 2016/11641 (ATAD1).

⁶ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Parijs: OECD Publishing 2015.

⁷ Overweging 1 Preamble ATAD1.

benadering benadrukt om de interne markt van de Europese Unie te verbeteren en ervoor te zorgen dat de maatregelen het gewenste effect hebben.⁸

De Europese Unie wil deze doelstellingen bereiken door voor de belastingstelsels van de lidstaten van de Europese Unie een minimumniveau in te stellen op verschillende gebieden van belastingontwijking. Dit niveau is voor elk land gelijk maar hier mag van worden afgeweken indien een lidstaat strengere maatregelen wenst te implementeren.⁹ Dit komt ook naar voren in artikel 3 ATAD1 waarin staat dat de richtlijn geen belemmering is voor bepalingen die een hoger niveau van bescherming van de heffingsgrondslag waarborgen.

De richtlijn behelst vijf verschillende maatregelen: de beperking van de aftrekbaarheid van rente in artikel 4, exitheffingen in artikel 5, een algemene antimisbruikregel in artikel 6, de regel betreffende gecontroleerde buitenlandse vennootschappen (cfc's) in artikel 7 en het kwalificatieconflict door hybride structuren in artikel 9 ATAD1. Van al deze maatregelen zal in deze scriptie alleen gekeken worden naar de regel betreffende gecontroleerde buitenlandse vennootschappen (cfc's).

Tot slot verplicht artikel 11 ATAD1 de lidstaten om uiterlijk 31 december 2018 de wetbepaling gereed te hebben en deze bekend te maken. Dit heeft dan ook geleid tot de implementatie van de CFC-maatregel in het Nederlandse belastingstelsel in artikel 13ab VPB op 1 januari 2019.

2.2 Achtergrond van de maatregel: het BEPS-rapport

2.2.1 Introductie

Door de globalisering van de afgelopen decennia is de integratie van verschillende nationale economieën en markten sterk toegenomen, met als gevolg dat een goed werkend internationaal belastingstelsel nog nooit zo belangrijk is geweest als nu. Doordat in de huidige situatie elk land een ander belastingstelsel hanteert, ontstaan er mogelijkheden voor bedrijven voor grondslaguitholling en het verschuiven van winsten naar landen waarin weinig belasting betaald wordt. De G20-leiders hebben in 2013 daarom een actieplan

⁸ Overweging 2 Preambule ATAD1.

⁹ Overweging 3 en 5 Preambule ATAD1.

opgesteld om grondslaguitholling en het verschuiven van winsten tegen te gaan. Dit resulteerde in een aantal rapporten, gepubliceerd in 2015 door de OESO, die de basis voor een richtlijn vormen om belastingontwijking tegen te gaan.¹⁰

Het BEPS-actieplan omvat vijftien actiepunten. Deze actiepunten omvatten elk een ander internationaal probleem en een oplossing hiervoor. Actiepunt 3 van het BEPS-rapport gaat over het versterken van CFC-maatregelen en is dus relevant voor deze scriptie. Alleen dit actiepunt zal in dit hoofdstuk behandeld worden.

2.2.2 BEPS-actiepunt 3

CFC-maatregelen zijn anti-misbruikmaatregelen die specifiek zien op de situatie waarin winsten verschoven worden naar gecontroleerde lichamen in landen waarin deze winsten tegen een laag of zelfs een nihil belastingtarief worden belast. Actiepunt 3 van het BEPS-actieplan omvat aanbevelingen met betrekking tot de invulling van deze CFC-maatregelen. Het doel van dit actiepunt is om aanbevelingen voor maatregelen te doen die effectief zijn in het tegengaan van grondslaguitholling en het verschuiven van winsten. Door het behandelen van verschillende elementen en het geven van een aantal ‘bouwstenen’ wordt het landen mogelijk gemaakt om snel en effectief een CFC-maatregel te implementeren.¹¹

Volgens het BEPS-rapport zijn er aantal overwegingen om een CFC-maatregel te implementeren. Zo heeft een CFC-maatregel een afschrikkend effect. De maatregel hoeft er in beginsel niet voor te zorgen dat belastinginkomsten toenemen maar is eigenlijk ontwikkeld om te voorkomen dat bedrijven hun winsten verschuiven naar andere landen. Daarnaast benoemt het rapport de interactie met *transfer pricing* regels als een overweging. Zo kan volgens het rapport nog steeds belastingontwijking mogelijk zijn, zelfs als er sprake is van zakelijke prijzen. De CFC-maatregel kan gezien worden als een aanvulling op de transfer pricing regels, maar dit hoeft niet per se zo te zijn. Het rapport benadrukt dat transfer pricing regels de behoefte aan een CFC-maatregel niet wegnemen omdat de transfer pricing regels kijken naar de feiten en omstandigheden, terwijl de CFC-maatregel een duidelijkere en

¹⁰ Explanatory Statement, OECD 2015. p. 4

¹¹ Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, OECD 2015 p. 11

technische maatregel is waarbij gekeken wordt naar concrete criteria en niet naar alle feiten en omstandigheden. Wel is het zo dat de CFC-maatregel wordt toegepast na toetsing aan de transfer pricing regels.¹² Verder benoemt het rapport nog het bevorderen van effectiviteit, administratieve lastenverlichting en het voorkomen van dubbele belasting als overwegingen voor landen om een CFC-maatregel te implementeren.

De aanbevelingen die vervolgens gedaan worden, zijn onderverdeeld in zes bouwstenen. De eerste bouwsteen behandelt de vraag welke entiteiten onder de CFC-maatregel vallen. De aanbeveling is om een brede definitie op te nemen, zodat de maatregel ook transparante entiteiten omvat. Daarnaast wordt aangeraden om met betrekking tot het bepalen van de controle in een bepaalde entiteit zowel te kijken naar economische en juridische controle als naar direct en indirect belang. Een CFC zou hierbij 'controlled' zijn als er sprake is van een belang van meer dan 50%, maar landen zijn vrij om dit percentage tot een lager niveau te brengen.¹³ De tweede bouwsteen brengt de aanbeveling met zich mee dat landen een tarief, vergelijkbaar met het eigen tarief, vaststellen waarbij de maatregel niet van toepassing is. Deze uitzondering kan gecombineerd worden met bijvoorbeeld een witte lijst, waarop landen staan die een effectief belastingtarief hebben vergelijkbaar met het land dat de CFC-maatregel invoert.¹⁴ Verder wordt als derde bouwsteen een aanbeveling gedaan om een definitie voor inkomen te hanteren, waaronder in elk geval inkomen valt waarmee belasting ontweken zou kunnen worden.¹⁵

De aanbeveling uit de vierde bouwsteen is dat bij het bepalen van de omvang van de winst gekeken moet worden naar de regels van de woonstaat van de belanghouder. Belangrijk hierbij is dat alleen verrekend mag worden binnen entiteiten in dezelfde staat.¹⁶ Tenslotte worden in de vijfde en zesde bouwsteen aanbevelingen gedaan met betrekking tot de toerekening van inkomen aan de juiste aandeelhouders en voorkoming van dubbele belasting.¹⁷

¹² Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, OECD 2015 p. 14

¹³ Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, OECD 2015 p. 21

¹⁴ Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, OECD 2015 p. 33

¹⁵ Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, OECD 2015 p. 43

¹⁶ Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, OECD 2015 p. 57

¹⁷ Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, OECD 2015 p. 61-65

In de toelichting bij het BEPS-actiepunt 3 komt naar voren dat de aanbevelingen die gedaan worden geen minimumstandaarden zijn, zoals wel het geval is in ATAD1, maar dat de aanbevelingen tot doel hebben de landen een efficiënte maatregel aan te reiken, mochten zij ervoor kiezen een CFC-maatregel te implementeren.¹⁸

2.3 De CFC-maatregel in ATAD 1

Zoals eerder vermeld vloeit ATAD1, en de daarin verplichte invoering van een CFC-maatregel, voort uit hierboven behandeld BEPS-actiepunt 3. In artikel 7 en 8 ATAD1 is voor de lidstaten van de EU bepaald op welke manier zij een CFC-maatregel moeten implementeren. In feite worden er twee modellen aangereikt waartussen de lidstaten kunnen kiezen: model A en model B. Het verschil in deze modellen komt naar voren in artikel 7 tweede lid ATAD1 dat betrekking heeft op de categorieën van inkomensbestanddelen. In deze paragraaf behandel ik artikel 7 en 8 ATAD1 en verduidelijk ik het verschil tussen model A en model B zoals zij zijn vormgegeven in ATAD1.

2.3.1 Kwalificatie van CFC's

Lid 1 van artikel 7 ATAD1 geeft een definitie van CFC's. Een entiteit of vaste inrichting wordt op grond van deze bepaling gezien als een CFC als aan de volgende twee voorwaarden is voldaan:

- a) De belastingplichtige houdt zelf of tezamen met gelieerde ondernemingen een direct of indirect belang van meer dan 50% van de stemrechten, bezit direct of indirect meer dan 50% van het kapitaal of heeft recht op meer dan 50% van de winst.
- b) De uiteindelijk betaalde winstbelasting door de entiteit is lager dan het verschil tussen de belasting die zou zijn geheven in het geval dat de entiteit in het land van de lidstaat belast zou zijn en de daadwerkelijke door de entiteit betaalde winstbelasting. Dit houdt in dat de betaalde winstbelasting door de entiteit in de staat waarin deze entiteit gelegen is minder dan de helft van de winstbelasting bedraagt die betaald zou zijn indien de entiteit in de lidstaat belast zou zijn voor deze winst.

¹⁸ Explanatory Statement, OECD 2015. p. 13

Er is hier sprake van cumulatieve voorwaarden: alleen als aan beide voorwaarden is voldaan, is er sprake van een CFC.

2.3.2 Grondslag

Het tweede lid van artikel 7 ATAD1 geeft aan welke inkomsten van de CFC de lidstaat mag opnemen in de belastinggrondslag. Artikel 7 tweede lid ATAD1 is verdeeld in twee onderdelen. Zoals eerder vermeld, komt in dit lid het verschil tussen model A en model B naar voren, waarbij model A specifieke inkomstencategorieën noemt en model B een meer generieke bepaling van deze categorieën omvat.

2.3.2.1 Model A

Op grond van artikel 7 lid 2 onderdeel a ATAD1 (model A) kunnen de lidstaten kiezen voor een zogenoemde entiteitsbenadering, die inhoudt dat wanneer er sprake is van een entiteit die kwalificeert als CFC, bepaalde inkomsten in de belastinggrondslag worden opgenomen. De lidstaat neemt de niet-uitgekeerde inkomsten van de CFC of de inkomsten van een vaste inrichting in de belastinggrondslag op indien zij afkomstig zijn van de volgende categorieën:

- 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 vervreemding van aandelen;
- iv) Inkomsten uit financiële leasing;
- v) Inkomsten uit verzekerings-, bank- en andere financiële activiteiten;
- vi) Inkomsten uit factureringsvennootschappen die hun inkomsten halen uit goederen en diensten, gekocht en verkocht aan gelieerde ondernemingen, en weinig of geen economische waarde toevoegen.

Deze opsomming is uitputtend, waardoor alleen deze specifieke inkomsten in de grondslag kunnen worden opgenomen.

De richtlijn voorziet bij deze entiteitsbenadering in een uitzondering. Er wordt geen inkomen in de grondslag opgenomen wanneer de CFC een wezenlijke economische activiteit uitoefent.

Dit dient beoordeeld te worden aan de hand van feiten en omstandigheden, waarbij gekeken wordt naar bijvoorbeeld personeel en de activa van de CFC. Wel kan deze uitzondering door lidstaten buiten beschouwing worden gelaten als de CFC gelegen is in een derde land of in een land dat niet deelneemt aan de EER-overeenkomst.

2.3.2.2 Model B

Mocht een lidstaat kiezen voor model B van de CFC-methode, wordt de transactiebenadering toegepast. Op grond van artikel 7 lid 2 onderdeel b ATAD1 worden alleen die inkomsten in de heffingsgrondslag opgenomen, wanneer deze niet-uitgekeerde inkomsten voortkomen uit kunstmatige constructies. Deze kunstmatige constructies moeten daarbij als doel hebben een belastingvoordeel te behalen.

Bij deze transactiebenadering is het van belang wat verstaan wordt onder een 'kunstmatige constructie'. Volgens ATAD1 is een constructie kunstmatig indien de CFC geen eigenaar van de activa is of indien de CFC de risico's die behoorden bij het ontstaan van de inkomsten niet heeft genomen indien de CFC niet gecontroleerd werd door een vennootschap waar de sleutelfuncties worden verricht. Deze sleutelfuncties zijn de functies die een essentiële rol vervullen bij het proces waarbij de betreffende inkomsten bij de CFC worden gegenereerd.

Ingevolgde artikel 7 lid 4 ATAD1 is er een mogelijkheid om een *de minimis*-uitzondering te implementeren wanneer gekozen wordt voor de transactiebenadering. Deze uitzondering houdt in dat de inkomsten van de CFC uitgesloten worden indien:

- a) De boekhoudkundige winst van de CFC niet meer dan 750.000 EUR is en hiervan maximaal 75.000 EUR uit andere activiteiten dan normale handel gegenereerd wordt; of
- b) Deze boekhoudkundige winst van de CFC maximaal 10% is van de exploitatiekosten die behoren bij hetzelfde tijdvak. Tot deze kosten behoren niet de kosten van goederen die worden verkocht in het buitenland voor belastingdoeleinden en evenmin de betalingen aan gelieerde ondernemingen.

2.3.3 De maatstaf van heffing

Ook bij de berekening van de inkomsten die in de grondslag van de heffing worden opgenomen, wordt in ATAD1 onderscheid gemaakt tussen model A en model B. Dit is geregeld in respectievelijk artikel 8 lid 1 ATAD1 en artikel 8 lid 2 ATAD1. Wel geldt voor zowel model A als model B dat de inkomsten van de CFC naar evenredigheid worden toegerekend aan de belastingplichtige die het belang houdt in de CFC. Toerekening moet ingevolge artikel 8 lid 3 ATAD1 plaatsvinden naar evenredigheid van de gehouden deelneming.

2.3.3.1 Model A

Wanneer een lidstaat kiest voor de entiteitsbenadering, en dus voor model A, schrijft artikel 8 lid 1 ATAD1 voor dat de in de grondslag op te nemen inkomsten worden berekend aan de hand van de nationale belastingregels van de lidstaat waarvan de belastingplichtige inwoner is. Daarnaast bepaalt het eerste lid dat bij keuze voor model A verliezen van de CFC niet in aanmerking genomen mogen worden in de lidstaat van de belastingplichtige, en deze dus alleen in het land waarin de CFC gevestigd is verrekend kunnen worden met winsten die daar behaald worden.

2.3.3.2 Model B

Wanneer gekozen is voor de transactiebenadering van model B vindt ingevolge artikel 8 lid 2 ATAD de toerekening plaats op een andere manier dan wanneer gekozen is voor model A. Uit het tweede lid blijkt dat alleen inkomsten mogen worden opgenomen in de grondslag die voortkomen uit activa en risico's die verbonden zijn met sleutelfuncties van de belastingplichtige die een deelneming heeft in de CFC. Voor inkomsten die gegenereerd worden door sleutelfuncties die verbonden zijn met de CFC vindt toerekening plaats op basis van het zakelijkheidsbeginsel.

Dit zakelijkheidsbeginsel komt overeen met het at arm's length beginsel. Dit houdt in dat de toerekening van de winsten en vergoedingen aan ofwel de CFC ofwel de belastingplichtige plaatsvindt conform zakelijke prijzen en onder zakelijke omstandigheden. Dit is dan ook het uitgangspunt van de transactiebenadering: verbonden partijen handelen met elkaar zoals zij ook zouden doen met onafhankelijke partijen. De transacties tussen verbonden partijen

moeten dus zakelijk zijn. Het vaststellen van deze prijzen wordt ook wel transferpricing genoemd.

2.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is gekeken naar de achtergrond van artikel 13ab Wet VPB het BEPS-actieplan en de ATAD1 richtlijn. Uit de analyse in dit hoofdstuk blijkt dat de richtlijn ATAD1 in overwegende mate aansluit bij de aanbevelingen die gedaan zijn in BEPS-actiepunt 3. Wel kan ik concluderen dat, hoewel het BEPS-actiepunt aanbeveelt een entiteit als CFC te kwalificeren als er een verschil is in tarief tussen het land waarin de entiteit gevestigd is en het land waarin de belastingplichtige gevestigd is, ATAD1 dit niet voorschrijft aan de lidstaten. Het feit dat ATAD1 afwijkt op dit punt is naar mijn mening niet verkeerd omdat het niet alleen nuttig is om te kijken naar tarieven maar ook naar grondslaguitholling. Doordat de grondslag van belastingheffing verkleind wordt kan namelijk ook belastingontwijking plaatsvinden, ongeacht het belastingtarief.

Daarnaast valt op dat de aanbevelingen in BEPS-actiepunt 3 landen de keuze laten om een CFC-maatregel te implementeren. Dit in tegenstelling tot ATAD1, waarin de lidstaten verplicht werden vanaf 1 januari 2019 een CFC-maatregel te implementeren in de nationale regelgeving.

Tot slot kwam in dit hoofdstuk naar voren dat er twee manieren zijn om de CFC-maatregel te implementeren: model A en model B. Het verschil tussen deze twee opties zit met name in de manier waarop de inkomsten van de CFC worden bepaald. Model A hanteert een entiteitsbenadering en bij model B wordt een transactiebenadering toegepast. Bij dit laatste model komt ook het at arm's length beginsel naar voren. Op dit beginsel zal in hoofdstuk 3 verder worden ingegaan.

3. De CFC-maatregel in artikel 13ab Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Vanaf 1 januari 2019 is de CFC-maatregel opgenomen in het Nederlandse belastingstelsel. De CFC-bepaling in artikel 13ab Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 lijkt erg op de bepaling zoals deze is voorgeschreven in ATAD1 maar wijkt op sommige punten af. In dit hoofdstuk worden de Nederlandse bepaling en de achtergrond hiervan besproken en worden de verschillen met ATAD1 aangestipt.

3.1 Wetsgeschiedenis

3.1.1 Parlementaire stukken

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van artikel 13ab VPB komt naar voren waarom gekozen is om model A als zogenoemde ‘aanvullende CFC-maatregel’ te implementeren. Nederland heeft al een bepaling die belastingontwijking van CFC’s tegengaat in de Vennootschapsbelasting, het arm’s-length beginsel in artikel 8b VPB, en op grond van dit artikel wordt winst al tot de belastinggrondslag in Nederland gerekend als deze winst daar ook thuishoort. Volgens de wetgever past Nederland hierdoor al model B toe zoals voorgeschreven in ATAD1. Nederland zou in principe dus geen aanvullende maatregel hoeven te implementeren naar aanleiding van de voorschriften van ATAD1.¹⁹

Echter, Nederland heeft besloten om een stap verder te gaan dan BEPS en ATAD1 voorschrijven en heeft als aanvulling op het al in de wet voorkomende model B ook een variant van model A geïmplementeerd. Doordat Nederland al aan de minimumstandaard van BEPS-actiepunt 3 voldoet, is het volgens dit actiepunt toegestaan om de CFC-maatregel verder te nuanceren om zo een strengere maatregel te bereiken (zie paragraaf 2.1). Het doel van deze aanvullende maatregel is om te voorkomen dat constructies die als doel hebben belasting te ontwijken door met winsten te schuiven, zich niet meer voordoen. De rol van de aanvullende maatregel is om ook de inkomsten in de grondslag te betrekken die niet al door het arm’s-length beginsel aan de Nederlandse belastingplichtige toe te rekenen zijn.²⁰

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

²⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 4.

Verder komt uit de Memorie van Toelichting naar voren dat de aanvullende CFC-maatregel de functie heeft van een prohibitieve maatregel. Het primaire doel is niet om extra belastingopbrengsten te genereren maar om belastingontwijking tegen te gaan door middel van het afschrikkende effect van de maatregel. De budgettaire opbrengst van de CFC-maatregel wordt in de toelichting dan ook geschat op nihil.²¹

3.1.2 Reacties op het wetsvoorstel

Uit de reacties die voortkwamen uit de internetconsultatie komt naar voren dat het overgrote deel van de belangstellenden een voorkeur uitsprak voor model B. Een van de belangrijkste argumenten voor deze keuze was vaak de extra administratieve lasten die model A met zich meebrengt.²²

Uit de literatuur komt ook een ander punt van kritiek over de keuze voor model A naar voren. Dit heeft betrekking op dubbele belasting. Zo is Swaving Dijkstra van mening dat het arm's length beginsel in artikel 8b Wet VPB een algemene maatregel is en dus een breed toepassingsbereik heeft. De transactiebenadering conform model B van ATAD1 kan volgens Dijkstra via dit artikel ook effectief worden toegepast op situaties met een CFC indien het begrip 'significant people functions' duidelijk wordt uitgelegd. Daarnaast voorkomt dit begrip dat er dubbele belasting geheven kan worden, wat wel het geval kan zijn bij de entiteitsbenadering van model A. Volgens Dijkstra brengt het begrip 'significant people functions' met zich mee dat deze functies maar op één plaats vervuld kunnen worden. Dit heeft tot gevolg dat de winst alleen toegerekend wordt aan het lichaam waarin deze functie vervuld wordt. Er kan dus maar door een enkele lidstaat belasting geheven worden over deze winst.²³ Dubbele belasting kan ontstaan door toepassing van CFC-wetgeving in onder andere de situatie waarin het CFC-inkomen eveneens belast is in de laagbelastende jurisdictie of in de situatie waar eenzelfde deel van het inkomen door middel van CFC-maatregelen in meerdere landen in de belastinggrondslag wordt betrokken.²⁴

²¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 22.

²² Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 19.

²³ E. 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.

²⁴ OECD, *Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 65.

Bellingwout neemt hetzelfde standpunt in als Dijkstra en zegt dat doordat de winst wordt belast in het land waar de 'significant people functions' uitgevoerd worden, de winst conform het BEPS-rapport wordt belast in de staat waarin de waarde wordt gecreëerd.²⁵ Ook Lohuis uit kritiek op de keuze voor model A en is met Dijkstra en Bellingwout van mening dat wanneer gekozen zou worden voor model B geen dubbele belasting geheven wordt, wat wel het geval is bij de entiteitsbenadering van model A.²⁶

3.2 Het wetsartikel

Zoals vermeld is de aanvullende CFC-maatregel in de vorm van model A opgenomen in artikel 13ab VPB. Het artikel kent elf leden en zal in deze paragraaf in hoofdlijnen uitgelegd worden.

3.2.1 Wanneer is er sprake van een CFC?

Voor de beschouwing van artikel 13ab VPB wordt eerst gekeken naar de kwalificatie van de CFC. Dit wordt geregeld in lid 3 van het artikel. Voor toepassing van de aanvullende CFC-maatregel kwalificeert een lichaam als een CFC wanneer aan een van de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) De belastingplichtige heeft, direct of indirect, meer dan 50% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een lichaam;
- b) De belastingplichtige heeft een belang, direct of indirect, dat meer dan 50% van de statutaire stemrechten van een lichaam vertegenwoordigt; of
- c) De belastingplichtige heeft, direct of indirect, recht op meer dan 50% van de winst van een lichaam.

Als aan een van deze voorwaarden is voldaan dient nog aan een tweede vereiste te worden voldaan. Zo moet het lichaam gevestigd zijn in een staat waarbij deze staat:

- i) op 1 oktober van het vorige kalenderjaar een winstbelasting heft met een tarief dat nihil of lager dan 9% is; of

²⁵ 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.

²⁶ H. Lohuis, 'Onacceptabele wetgeving' (2017), <www.taxlive.nl>.

- ii) vermeld is op de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden in het vorige kalenderjaar.

Indien het lichaam aan deze twee stappen voldoet, kwalificeert het als een CFC.

3.2.1.1 Gelieerd lichaam

Zoals aangegeven in het vorige onderdeel, gaat het bij het kwalificeren van de CFC zowel om direct als indirect belang. Dit houdt in dat ook het belang meetelt dat een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam of gelieerde natuurlijke persoon heeft. Ingevolge lid 8 van artikel 13ab VPB is een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam een lichaam waarin de belastingplichtige een belang heeft. Daarnaast is ook sprake van een gelieerd lichaam of gelieerde natuurlijke persoon indien dit lichaam of deze persoon een belang heeft in de belastingplichtige. Ook wanneer een lichaam of natuurlijk persoon zowel een belang heeft in de belastingplichtige als een ander lichaam, wordt laatstgenoemd lichaam ook als gelieerd lichaam aangemerkt op grond van artikel 13ab lid 9 VPB. De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om bij toepassing van de CFC-maatregel een belang te hanteren van 25% ter bepaling van 'gelieerdheid'. Dit volgt uit de toevoeging in het tiende lid van artikel 13ab VPB.

3.2.1.2 Vestigingsplaats

Zoals vermeld dient het lichaam dat kwalificeert als een CFC gevestigd te zijn in een staat, waarbij deze staat een lage of geen winstbelasting heft of op de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden is opgenomen. Bij het bepalen of het lichaam inwoner is van de staat dient gekeken te worden naar de regelgeving van deze staat. Er wordt dus niet op Nederlands niveau gekeken naar de vestigingsplaats van het lichaam in het andere land.

3.2.1.3 Laagbelastende jurisdicties

Jaarlijks wordt bij ministeriele regeling een lijst opgesteld met landen die een winstbelasting met een statutair tarief lager dan 9% hanteren en met landen die op de EU-lijst van niet-

coöperatieve jurisdicties staan. Aanvankelijk was het percentage voor het eerste criterium 7% maar deze is verhoogd naar 9% naar aanleiding van een amendement van de Tweede Kamer.²⁷

Bij de tariefseis wordt alleen gekeken naar het statutaire tarief van de belasting op winst. Dit houdt in dat de effectieve belastingdruk niet meetelt en dus niet gekeken wordt naar bijvoorbeeld de grondslag waarover geheven wordt. Het kan dus zijn dat de effectieve belasting die betaald wordt lager is dan 9%. Nederland heeft ervoor gekozen enkel te kijken naar het statutaire tarief ten eerste vanwege de minder lastige uitvoering. Door een statutair tarief te kiezen hoeft niet per belastingplichtige het effectieve tarief berekend te worden.

Ten tweede is de CFC-maatregel ook van toepassing op landen op de EU-lijst. Deze landen zijn door de EU beoordeeld als landen met een preferentieel belastingregime dat schadelijk is. De beoordeling van preferentiële belastingstelsels wordt dus overgelaten aan de EU.²⁸

Op het moment bestaat de Nederlandse lijst uit 21 landen waarvan vijf ook op de EU-lijst staan: Amerikaans-Samoa, Amerikaanse Maagdeneilanden, Guam, Samoa en Trinidad en Tobago. Hieraan heeft Nederland op basis van het tariefcriterium de landen Anguilla, Bahama's, Bahrein, Belize, Bermuda, Britse Maagdeneilanden, Guernsey, Isle of Man, Jersey, Kaaimaneilanden, Koeweit, Qatar, Saudi-Arabië, Turks- en Caicoseilanden, Vanuatu en de Verenigde Arabische Emiraten toegevoegd.²⁹

3.2.1.4 Uitzondering

Er zijn situaties waarin, hoewel voldaan aan de voorwaarden in paragraaf 3.2.1, een lichaam toch niet kwalificeert als een CFC. Ingevolge artikel 13ab lid 4 onderdeel a en b VPB is er geen sprake van een CFC indien het gecontroleerde lichaam hoofdzakelijk voordelen geniet die geen besmette voordelen zijn (onderdeel a), of indien het lichaam kwalificeert als een financiële onderneming en besmette voordelen van deze onderneming hoofdzakelijk afkomstig zijn van anderen (onderdeel b). Met betrekking tot de voorwaarde in onderdeel a

²⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 10.

²⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 33-34.

²⁹ Ministerie van Financiën, 'Nederland stelt zelf lijst laagbelastende landen vast in strijd tegen belastingontwijking', *Rijksoverheid.nl* 28 december 2018.

is dus pas sprake van een CFC als minimaal 30% van de voordelen van het lichaam bestaat uit besmette voordelen. Bij het bepalen van het percentage besmette voordelen dient rekening gehouden te worden met de verband houdende kosten. Het betreft dus netto-voordelen.³⁰ In ATAD1 is een lijst opgenomen van financiële instellingen waarop de uitzondering van onderdeel b van toepassing is.³¹ Verder is het bij onderdeel b van belang dat minimaal 70% van de besmette voordelen afkomstig zijn van andere lichamen of personen die niet gelieerd zijn aan het lichaam in kwestie.

3.2.2 De fiscale gevolgen

3.2.2.1 In aanmerking te nemen voordelen

Wanneer een lichaam kwalificeert als CFC brengt dit met zich mee dat bepaalde besmette voordelen in de Nederlandse belastinggrondslag worden opgenomen. Van belang is dat dit toe te rekenen inkomen wordt bepaald naar Nederlandse regelgeving. Er wordt dus niet gekeken naar de toerekening naar maatstaven van het land waarin de CFC gevestigd is.

Ingevolge artikel 13ab lid 1 VPB worden de volgende voordelen die de CFC ontvangt in de Nederlandse heffingsgrondslag opgenomen:

- rente of andere voordelen uit financiële activa;
- royalty's of andere voordelen uit immateriële activa;
- dividenden en voordelen uit de vervreemding van aandelen;
- voordelen uit financiële leasingactiviteiten;
- voordelen uit verzekeringsactiviteiten, bankactiviteiten of andere financiële activiteiten;
- voordelen uit weinig of geen economische waarde toevoegende factureringsactiviteiten bestaande uit verkoopvoordelen of dienstenvoordelen behaald met goederen of diensten, gekocht van of verkocht aan de belastingplichtige of een aan hem gelieerd lichaam of gelieerde natuurlijk persoon.

³⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 34.

³¹ Artikel 2 lid 5 ATAD.

Van belang voor toepassing van de CFC-maatregel is dat deze voordelen niet zijn uitgekeerd en dat de voordelen verminderd worden met de verband houdende kosten.

3.2.2.2 Uitzondering

Ook al kwalificeert een lichaam als CFC, is er toch nog een mogelijkheid om te maatregel buiten beschouwing te laten. De CFC-regeling is immers niet van toepassing ingevolge artikel 13ab lid 5 VPB indien de CFC een wezenlijke activiteit uitoefent. Per lichaam dient dit bepaald te worden aan de hand van regels die sinds 1 april 2019 gelden. Deze regels zijn de zogenoemde substance-eisen³² waarnaar wordt verwezen in het elfde lid van artikel 13ab VPB. Toch is het mogelijk voor belastingplichtigen om aan te tonen dat zij een wezenlijke economische activiteit uitoefenen als zij niet voldoen aan een van deze substance-eisen. Deze eisen bieden enkel zekerheid: indien aan een van de eisen is voldaan is in ieder geval sprake van het uitoefenen van een wezenlijke economische activiteit.³³

3.3 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is gekeken naar hoe de Nederlandse wetgever de CFC-maatregel geïmplementeerd heeft in de vennootschapsbelasting. De Nederlandse regeling lijkt sterk op model A zoals deze is voorgeschreven in ATAD1, maar wijkt op bepaalde elementen af. In Nederland is het vennootschapsbelastingtarief in 2019 25% (19% voor kleinere belastingplichtigen), waarbij ATAD1 als voorwaarde voorschrijft dat het gecontroleerde lichaam onderworpen is aan een tarief minder dan de helft van het tarief dat geldt in de lidstaat. Dit zou betekenen dat elk land dat een belasting op winst heft met een tarief lager dan 12,5% zou kunnen kwalificeren als een CFC (zie: 2.3.1). In dit hoofdstuk is naar voren gekomen dat Nederland deze tarieftoets gesteld heeft op 9%. Mijns inziens schept het kiezen van een vast tarief van 9% duidelijkheid voor de belastingplichtige, zeker met het oog op het in de komende jaren fluctuerende vennootschapsbelastingtarief. Zo daalt in 2020 het tarief voor de vennootschapsbelasting naar 22,55% en in 2021 naar 20,50%.

³² Artikel 2e juncto 2d Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971.

³³ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 11.

De lijst met besmette voordelen zoals opgenomen in artikel 13a lid 5 VPB komt geheel overeen met de inkomsten die op grond ATAD1 in de belastinggrondslag opgenomen dienen te worden indien er sprake is van een CFC. Ook voorziet de Nederlandse bepaling in dezelfde uitzondering met betrekking tot de wezenlijke economische activiteit. Echter, de Nederlandse bepaling verwijst naar de reeds bestaande substance-eisen die zijn opgenomen in het belastingstelsel, terwijl ATAD1 alle omstandigheden van het geval bekijkt en geen gebruik maakt van zulke ‘safe harbour rules’.

De Nederlandse CFC-bepaling in artikel 13ab VPB gaat verder dan ATAD1 voorschrijft. Dit is in principe geen probleem omdat dit mogelijk gemaakt wordt door artikel 3 van ATAD1. Immers, ATAD1 schrijft een minimum voor. De bepaling wijkt op bepaalde punten af van model A, en wordt een aanvullende CFC-maatregel genoemd. Dit is mogelijk doordat Nederland model B al in 2002 geïmplementeerd heeft in het Nederlandse belastingstelsel.³⁴ In het volgende hoofdstuk zal aandacht besteed worden aan het arm’s-length beginsel gelegen in artikel 8b VPB, waarmee Nederland aan model B voldoet.

4. Artikel 8b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 – het arm’s length beginsel

Bij de keuze voor het implementeren van de CFC-maatregel in de Nederlandse wetgeving heeft het kabinet ervoor gekozen om een aangepaste vorm van model A van de ATAD1-richtlijn te implementeren. Volgens het kabinet was invoering van deze aanvullende maatregel onverplicht omdat hij van mening is al te voldoen aan model B van de richtlijn door middel van het arm’s length-beginsel in artikel 8b Wet VPB. Op grond van dit beginsel wordt immers het inkomen van een CFC al gealloceerd aan het controlerende lichaam in Nederland indien daar de *significant people functions* met betrekking tot dat inkomen worden uitgevoerd.³⁵ Voor beantwoording van de vraag wat de aanvullende maatregel toevoegt aan het arm’s length-beginsel zal in dit hoofdstuk ingegaan worden op artikel 8b Wet VPB.

³⁴ Kamerstukken II 2019/2019, 35 030, nr. 3, p. 7.

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

4.1 Inleiding

Artikel 8b Wet VPB is in 2002 in de wet opgenomen. Echter, het arm's length-beginsel werd voor deze implementatie al toegepast. Het arm's length-beginsel is namelijk een belangrijk onderdeel van artikel 9 van het OESO-Modelverdrag en werd geacht toepassing te vinden in de Nederlandse fiscale rechtsorde in combinatie met artikel 3.8 Wet IB. Dit artikel behelst het totaalwinstbegrip, wat inhoudt dat de winst uit onderneming het bedrag is van alle gezamenlijke voordelen die worden verkregen uit een onderneming, ongeacht onder welke naam en in welke vorm zij verkregen worden. Ingevolge artikel 8 Wet VPB is dit artikel uit de Wet IB ook van toepassing op de Wet VPB.

Het uitgangspunt van het arm's length-beginsel is gelegen in artikel 9 van het OESO-Modelverdrag. De bepaling van dit artikel luidt als volgt:

'Where

a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or

b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State,

*and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.'*³⁶

De kern van deze bepaling is het arm's length-beginsel: wanneer sprake is van transacties tussen gelieerde lichamen, en de prijzen die hierbij tot stand komen afwijken van de prijzen

³⁶ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed, 2017, p. 34-35.

die in het economische verkeer tussen onafhankelijke lichamen overeengekomen zouden worden, wordt de winst van de gelieerde lichamen bepaald aan de hand van deze laatstgenoemde prijzen.

Ondanks dat dit principe voor 2002 al werd toegepast in Nederland heeft het kabinet er toch voor gekozen om het arm's length-beginsel te codificeren in de Nederlandse wetgeving. Een van de redenen hiervoor blijkt uit de memorie van toelichting. Door deze codificatie werken ook de *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* door in de Nederlandse rechtspraktijk. Deze *Guidelines* geven invulling aan artikel 9 van het OESO-modelverdrag.³⁷ In de toelichting vult de Staatssecretaris aan dat met artikel 8b voorkomen wordt dat tussen gelieerde, en met name multinationale, ondernemingen met onzakelijke winsten verschoven wordt en deze winstverschuivingen de fiscale winstberekening beïnvloeden.³⁸

Hoewel artikel 9 OESO-modelverdrag al toepassing vond voordat artikel 8b Wet VPB werd opgenomen in de wet, heeft het kabinet toch besloten om het arm's length beginsel te codificeren. In de toelichting bij het artikel kwamen hiervoor nog twee redenen naar voren. Ten eerste heerste er kritiek onder de OESO-landen die wel een artikel dat een expliciet voorschrift met betrekking tot het beginsel hadden opgenomen in hun wetgeving, dat Nederland het arm's length-beginsel onvoldoende waarborgde. Dit zou volgens de staatssecretaris op lange termijn de internationale positie van Nederland als handelspartner schaden. Ten tweede kwam in de praktijk naar voren dat er onvoldoende duidelijkheid was over hoe de OESO-richtlijnen, en dus het arm's length-beginsel, toegepast diende te worden.³⁹

Deze onduidelijkheid kwam onder andere tot uiting in een arrest uit 2002. Op dit arrest was destijds artikel 8b Wet VPB nog niet van toepassing. In het arrest, BNB 2002/343⁴⁰, kwam de vraag naar voren hoe de verdeling van de bewijslast geschiedt wanneer de inspecteur aannemelijk maakt dat de prijzen tussen twee gelieerde lichamen onzakelijk zijn. De Hoge

³⁷ Kamerstukken II, 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 8.

³⁸ Kamerstukken II, 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 19.

³⁹ Kamerstukken II, 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 19.

⁴⁰ HR 28 juni 2002, BNB 2002/343 ECLI:NL:HR:2002:AE4718

Raad besliste dat de opvatting dat belanghebbende moet bewijzen dat toch zakelijk gehandeld is wanneer de inspecteur aannemelijk heeft gemaakt dat de prijzen niet volgens het arm's length-beginsel overeengekomen zijn, geen steun vindt in de wet. De Hoge Raad vult daarbij aan dat zelfs indien het werkelijk behaalde resultaat verschilt van hetgeen in die situatie gebruikelijk is, niet uit de wet blijkt dat de bewijslast daarmee verschuift naar de belanghebbende. Uit het arrest komt dus naar voren dat nergens in de wet de bewijslast verdeeld werd en dit onduidelijkheden met zich meebracht.

In de noot bij BNB 2002/343 van G.T.K. Meussen wordt de vraag gesteld wat de uitkomst van de procedure zou zijn geweest indien artikel 8b Wet VPB op de situatie van toepassing zou zijn geweest. Hij is van mening dat er geen verschil is tussen de periode van vóór codificatie van het arm's length-beginsel en de periode hierna met betrekking tot het hanteren van verrekenprijzen. Wel zit er volgens Meussen verschil tussen de periodes in de bewijslastverdeling. Het derde lid van artikel 8b Wet VPB brengt namelijk een administratieplicht en documentatieplicht van de belanghebbende met zich mee. Volgens Van Weeghel kunnen deze verplichtingen, wanneer hier niet aan wordt voldaan, ertoe leiden dat sprake is van omkering van de bewijslast ingevolge artikel 52 juncto artikel 27e AWR.⁴¹

Meussen komt zoals hiervoor vermeld tot de conclusie dat er vrijwel geen verschil is tussen artikel 8b Wet VPB en de situatie voordat dit artikel in de wet was opgenomen. Als reden noemt hij dat artikel 8b Wet VPB slechts een codificatie is van het arm's length-beginsel in artikel 9 OESO-modelverdrag en dit beginsel op grond van de totaalwinst in artikel 3:8 Wet IB al toepassing vond. Echter, Meussen merkt op dat de expliciete documentatieverplichting in het derde lid van artikel 8b Wet VPB wél een relevante ontwikkeling is. Hoewel dit slechts een basisverplichting behelst, volgt uit dit derde lid dat wanneer alle documentatie over de gehanteerde prijzen ontbreekt, de bewijslast verschuift van de inspecteur naar de belanghebbende.⁴² Dit is dan ook een van de belangrijkste redenen van het kabinet geweest om het arm's length-beginsel te codificeren.

⁴¹ S. van Weeghel, *Het arm's length beginsel en doorsstroomvermoedens*, *Forfaitair* 2002/123, blz. 29.

⁴² G.T.K. Meussen, Noot 3 bij BNB 2002/343.

4.2 Toepassing van artikel 8b Wet VPB

Het kabinet heeft bij de codificatie van artikel 9 van het OESO-modelverdrag beoogd zo veel mogelijk aan te sluiten bij de bepaling van dit artikel. Zo wordt gewaarborgd dat op een juiste manier wordt aangesloten bij de internationale rechtspraktijk, wordt gevolg gegeven aan het OESO-commentaar en zijn de richtlijnen van de OESO volledig van toepassing op artikel 8b Wet VPB. Dit heeft onder andere tot gevolg dat ook rekening gehouden wordt met dubbele belasting en het voorkomen hiervan.⁴³ Omdat het gecodificeerde artikel vrijwel identiek is aan artikel 9 OESO-modelverdrag zal niet ingegaan worden op de letterlijke bepaling van artikel 8b Wet VPB.

4.2.1 Kwalificatie van gelieerde lichamen

Het arm's length-beginsel betekent kortweg dat wanneer gelieerde partijen onzakelijk met elkaar handelen, dat wil zeggen dat zij voorwaarden overeenkomen die afwijken van de voorwaarden die tussen onafhankelijke partijen gebruikelijk zijn, bij het bepalen van de winst van de lichamen uitgegaan moet worden van deze gebruikelijke voorwaarden. Dit is terug te vinden in het eerste lid van artikel 8b Wet VPB. Om deze correctie te kunnen toepassen moet er dus sprake zijn van een mate van gelieerdheid tussen twee lichamen. Ingevolge de eerste volzin van artikel 8b Wet VPB bestaat gelieerdheid niet alleen op basis van een aandeelhoudersrelatie, maar kan het ook ontstaan door het deelnemen aan het toezicht of de leiding van het andere lichaam. Wat opvalt, is dat er geen wettelijke criteria aangereikt worden om te bepalen wanneer sprake is van gelieerde lichamen. Dit is bijvoorbeeld wel het geval wanneer gekeken wordt naar 10a Wet VPB, waarin gesproken wordt van een derde gedeelte belang.

Volgens de staatssecretaris is er pas sprake van gelieerdheid tussen lichamen wanneer de leiding, het toezicht of de aandeelhoudersrelatie een dusdanige zeggenschap heeft om invloed uit te kunnen oefenen op de prijsstelling. De staatssecretaris is van mening dat de belastingplichtige zelf weet of dit het geval is, namelijk wanneer deze geconfronteerd wordt met restricties en andere voorwaarden die de vrijheid om zelfstandig een prijs te stellen beïnvloeden. Mocht de belastingplichtige niet aangegeven hebben dat er sprake is van een

⁴³ Kamerstukken II, 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 20.

dergelijke zeggenschap en dus gelieerdheid, ligt de bewijslast bij de inspecteur om dit alsnog aan te tonen.⁴⁴

Ingevolge artikel 8b lid 2 Wet VPB kan ook sprake zijn van verbondenheid indien de twee lichamen zusterlichamen zijn en dezelfde persoon, direct of indirect, zeggenschap heeft over de prijsstelling van de twee lichamen. Ook in deze horizontale situatie zal per geval beoordeeld moeten worden of er sprake is van gelieerdheid.

4.2.2 Lichamen

In de bepaling van artikel 8b Wet VPB staat expliciet het woord *lichaam*. Hiermee is beoogd te bereiken dat het artikel niet alleen toepassing vindt op vennootschappen met een verdeeld kapitaal, maar dat gekeken dient te worden naar artikel 2 lid 1 onderdeel b Wet AWR. Ingevolge dit artikel wordt onder een lichaam verstaan: *“verenigingen, en andere rechtspersonen, maat- en vennootschappen, ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen en doelvermogens”*. De OESO spreekt in artikel 9 van het OESO-modelverdrag over een *onderneming*. Hoewel dit tot gevolg heeft dat ook ondernemers voor de IB onder toepassingsbereik van dat artikel vallen, is dit bij de Nederlandse bepaling niet het geval. Toch kunnen winsten van IB-ondernemers of Directeur Grootaandeelhouders gecorrigeerd worden indien onzakelijk gehandeld is via het totaalwinstbegrip in artikel 3.8 Wet IB.⁴⁵

4.2.3 Onzakelijk handelen: dubbele bewustheid

Voordat het arm's length-beginsel gecodificeerd werd in 2002 was het voor de inspecteur, zoals eerder omschreven in paragraaf 4.1, lastig om aan te tonen of er sprake was van onzakelijk handelen. In de periode voor 2002 bleek uit jurisprudentie dat vooral gekeken diende te worden naar bewustheid: beide partijen dienden op de hoogte te zijn dat er onzakelijk gehandeld werd⁴⁶. Door codificering van de wetgever van het arm's length-beginsel vond er een verlichting van de bewijslast plaats voor de inspecteur. In artikel 8b Wet VPB is namelijk een objectieve bewustheid opgenomen en dit creëerde duidelijkheid. Nu dient de belastingplichtige aan te tonen met documentatie dat de prijzen waarmee gehandeld is

⁴⁴ Kamerstukken II, 2001/02, 28 034, nr. 5, p. 47.

⁴⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5 blz. 33-34.

⁴⁶ Hoge Raad, 15 mei 1985, BNB 1985/271.

gebruikelijk zijn in de markt. Het uitgangspunt is nu dat wanneer er sprake is van een onzakelijke prijs, en de belastingplichtige dit niet kan weerleggen, automatisch sprake is van bewustheid, en dus van onzakelijk handelen conform het arm's length-beginsel.

Om te bepalen of er een niet-marktconforme prijs is gehanteerd en de betrokken partijen dus niet zakelijk gehandeld hebben dient de transactie gekarakteriseerd te worden. Vervolgens zal op basis van deze gekarakteriseerde transactie een passende, zakelijke, prijs vastgesteld worden. Indien de daadwerkelijk gehanteerde prijs buiten de range valt van de zakelijke prijs wordt de conclusie getrokken dat onzakelijk gehandeld is. Dit proces wordt uitvoerig besproken in de OESO-richtlijnen⁴⁷ maar zal in deze scriptie niet uitgewerkt worden. Wel merk ik op dat bij het karakteriseren van de transactie de volgende economische relevante kenmerken geanalyseerd worden:

- de contractuele voorwaarden;
- de functies betrokken bij de uitoefening van de transactie, waarbij rekening gehouden wordt met de gebruikte activa en de risico's van deze functies;
- de kenmerken van de verhandelde goederen of de uitgevoerde diensten;
- de economische omstandigheden van de markten waarin de betrokken partijen actief zijn en de omstandigheden van de partijen op zichzelf;
- de bedrijfsstrategie van de partijen.

Deze informatie wordt ook aangevuld met andere relevante kenmerken van de transactie tussen de partijen.⁴⁸

4.2.4 Correcties

Wanneer is vastgesteld dat onzakelijk gehandeld is door gelieerde lichamen en de belanghebbende niet kan aantonen dat de gehanteerde prijzen marktconform zijn, kan de belastingdienst op drie manieren de winst corrigeren alsof er wel zakelijk gehandeld is. Dit is nodig om alsnog te voldoen aan het totaalwinstprincipe in artikel 3.8 Wet IB. In dit artikel wordt specifiek benadrukt dat het gaat om winst verkregen uit onderneming. (Onzakelijke) stortingen en onttrekkingen die zich afspelen binnen de aandeelhouderssfeer mogen niet tot deze winst gerekend worden.

⁴⁷ OECD (2017), Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations.

⁴⁸ Verrekenprijzenbesluit 2018, nr. 26874, p. 3.

De winst, die voortvloeit uit het onzakelijk handelen tussen gelieerd lichamen, kan door de fiscus op de volgende drie manieren gecorrigeerd worden:⁴⁹

1. Een informele kapitaalstorting. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het ene lichaam het andere lichaam bevoordeelt door een lage huurprijs in het huurcontract op te nemen, wat resulteert in een hogere winst voor het hurende lichaam, en een lagere winst voor het lichaam dat verhuurt. In dit geval zou de huur, die tussen onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen, van de winst worden afgetrokken bij de hurende partij en de niet betaalde huur is een kapitaalstorting in de verhurende partij.
2. Verkapt dividend. In de situatie zoals die hierboven is geschetst, maar nu gezien vanaf de verhurende partij, wordt de winst van de verhurende partij verhoogd met wat marktconform een normale huurprijs zou zijn, en is de huur die niet ontvangen is een verkapt dividend van de hurende aan de verhurende partij.
3. Fictieve rekening-courant. Net als bij de vorige twee correctiemethoden wordt nu ook de winst verhoogd tot een bedrag dat tussen onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen. Het verschil tussen het onzakelijke bedrag en het bedrag dat tussen onafhankelijke partijen zou zijn afgesproken, wordt gezien als een fictieve rekening-courant. Dit houdt in dat er een vordering tussen beide partijen ontstaat. Daarbij is belangrijk dat deze vordering in principe niet betaald wordt maar daarnaast geen onderdeel uit mag maken van de winst.

Door het ministerie van Financiën wordt in het Verrekenprijzenbesluit hierbij opgemerkt dat niet alle landen hetzelfde systeem hanteren bij het corrigeren naar arm's length-prijzen. Dit kan resulteren in de situatie waarin een staat niet bereid is om belasting te verrekenen omdat bijvoorbeeld een verkapte dividenduitkering in die staat niet toegepast mag worden.

4.2.5 Dubbele belasting

In de hierboven beschreven situatie, waarin Nederland een correctie toepast op de winst maar de buitenlandse fiscus dit niet doet in geval er sprake is van een grensoverschrijdende

⁴⁹ Verrekenprijzenbesluit 2018, nr. 26874, p. 9.

transactie, kan dubbele belastingheffing ontstaan. Ingevolge artikel 25 van het OESO-modelverdrag en het EU-arbitrageverdrag kan dubbele belasting voorkomen worden.⁵⁰ Zo kan de belastingplichtige bezwaar en beroep aantekenen tegen de aanslag en kan een beroep gedaan worden op het overlegartikel in het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting ofwel het overlegartikel in het EU-arbitrageverdrag. Het Verrekenprijzenbesluit van 20 maart 2001 behandelt deze overleg- en arbitrageprocedure.

4.3 Deelconclusie

Per 1 januari 2002 is het arm's length-beginsel gecodificeerd in de Nederlandse wet in artikel 8b Wet VPB. De bepaling van dit artikel sluit grotendeels aan bij de bepaling van het achterliggende artikel 9 OESO-modelverdrag, dat via het totaalwinstprincipe in artikel 3.8 Wet IB al doorwerking had in de Nederlandse belastingstelsel. Mijns inziens voegt artikel 8b Wet VPB dan ook weinig toe op dit moment. Wel is er sinds de codificering in 2002 meer duidelijkheid over de verdeling van de bewijslast en hoe dubbele bewustheid kan worden aangetoond. Echter, ik ben van mening dat dit vooral ten gunste is gekomen van de belastingdienst, en door de documentatieverplichting de Nederlandse internationale concurrentiepositie verslechterd is ten opzichte van de periode voor 2002. Wel is het zo dat Nederland met de codificatie en de zwaardere bewijslast voor de belastingplichtige beter aansluit bij de internationale en met name Europese doelstellingen over belastingontwijking.

Mijns inziens ziet het arm's length-beginsel op een brede groep transacties. Dit komt onder andere door het niet gespecificeerde begrip gelieerdheid in de bepalingen van Nederland en de OESO en zo wordt naar elk geval apart gekeken. Een ander voordeel is dat door deze vaagheid omtrent het begrip gelieerdheid lastig gemanipuleerd kan worden door bijvoorbeeld vlak onder het percentage waarbij gelieerdheid ontstaat te blijven maar wel prijzen te hanteren die wellicht niet zakelijk zijn. Ook het feit dat er bij de analyse van de transactie gekeken wordt naar voor het specifieke geval relevante economische kenmerken leidt er naar mijn mening toe dat het arm's length-beginsel brede, doch rechtvaardige, toepassing vindt. De implementatie van het beginsel in artikel 8b Wet VPB had naar mijn mening niet plaats

⁵⁰ Kamerstukken II, 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 20.

hoeven vinden omdat dit enkel de positie van de belastingdienst ten opzichte van de belastingplichtige verbetert en verder niets aan het arm's length beginsel verandert.

5. De CFC-maatregel binnen de bestaande regelgeving

5.1 Inleiding

Artikel 13ab Wet VPB is op 1 januari 2019 in het Nederlandse belastingstelsel geïmplementeerd als gevolg van ATAD1. De CFC-maatregel maakt deel uit van de Nederlandse implementatierichtlijn tegen belastingontwijking, waartoe ook de earningsstrippingmaatregel en exitheffingen behoorden. Als gevolg van het belastingplan 2019 zijn ook verscheidene wetsbepalingen geschrapt uit de Wet VPB als flankerende maatregelen.

Voor de beantwoording van de vraag wat de CFC-maatregel in artikel 13ab Wet VPB toevoegt, dient niet alleen gekeken te worden naar de maatregel op zichzelf maar ook de verhouding van deze maatregel tot het Nederlandse en internationale belastingstelsel te worden beschouwd. In dit vijfde hoofdstuk zal ingegaan worden op de vraag of de CFC-maatregel in artikel 13ab Wet VPB past binnen de al bestaande Nederlandse regelgeving qua structuur en aanpak. Ook zal gekeken worden naar de verhouding van de maatregel met het internationale recht, met name belastingverdragen, en het Europese recht.

5.2 De Vennootschapsbelasting

Artikel 13ab Wet VPB vormt sinds 1 januari 2019 een nieuwe anti-misbruikbepaling binnen de Wet VPB. Tegelijkertijd is een generieke renteaftrekbeperking, de earningsstrippings maatregel, ingevoerd. Deze maatregel houdt in dat een teveel aan rente (30% of meer van de EBITDA) niet aftrekbaar is. Artikel 13l en 15a Wet VPB, zijn afgeschaft als gevolg van deze nieuwe renteaftrekbeperking. Immers, de earningsstripping maatregel dient als één generieke renteaftrekbeperking. De bepaling voor de exitheffing is per 1 januari 2019 op sommige punten gewijzigd om zo aan te sluiten bij ATAD1.

Omdat Nederland een relatief klein land is binnen de Europese Unie maar toch met een open economie wil participeren in de internationale handelssfeer, is het voor Nederland belangrijk

een belastingstelsel te kiezen dat gebaseerd is op het principe van kapitaalimportneutraliteit. Dit principe houdt in dat bedrijven vanuit een gelijkwaardige concurrentiepositie kunnen concurreren op buitenlandse markten met buitenlandse vennootschappen. Bij het nastreven van dit principe beoogt de wetgever investeringen in het buitenland te bevorderen doordat de deelneming in het buitenland belast wordt tegen het in dat land geldende tarief. Het tegenovergestelde principe, waarbij de staat het lichaam in het buitenland op dezelfde wijze in de belastingheffing betreft als het binnenlandse lichaam, is kapitaalexportneutraliteit. Hierbij maakt het niet uit waar de belastingplichtige haar deelneming houdt, omdat de woonstaat van de belastingplichtige bijheft tot wat er volgens de regels van de woonstaat geheven dient te worden. Met betrekking tot de CFC wordt kapitaalexportneutraliteit bevorderd. De CFC-maatregel heeft immers tot gevolg dat de woonstaat meer belasting zal heffen van de belastingplichtige, op grond van de winst van een buitenlandse deelneming. Hiermee wordt dus afgeweken van het centrale principe in Nederland van kapitaalimportneutraliteit, dat dient om bedrijven zo min mogelijk te weerhouden om in het buitenland te investeren en te ondernemen.⁵¹ Het valt op dat artikel 13 Wet VPB, de deelnemingsvrijstelling, een strikt voorbeeld is van kapitaalimportneutraliteit en de CFC-maatregel in artikel 13ab Wet VPB hier een totaal andere aanpak heeft. Mijns inziens komt dit de coherentie van de Wet VPB ten aanzien van kapitaalimportneutraliteit niet ten goede.

Wel is een overeenkomst te zien wanneer gekeken wordt naar de deelnemingsverrekening in artikel 13a Wet VPB. Zowel de CFC-maatregel als artikel 13a Wet VPB belasten namelijk passieve inkomsten uit vennootschappen in laagbelastende landen en beogen zo kapitaalexportneutraliteit. Daarbij valt ook op te merken dat beide maatregelen een afschrikkend effect hebben.

Toch verschillen de maatregelen op een aantal punten. Zo zijn volgens de deelnemingsverrekening de beleggingsdeelnemingen onderworpen aan een percentage winstbelasting van 5%, terwijl bij de CFC-maatregel bij de verrekening rekening gehouden wordt met de daadwerkelijk betaalde belasting in het buitenland. Daarnaast gaat de CFC-maatregel verder dan de deelnemingsverrekening, mede doordat de regeling een ruimere lijst

⁵¹ L. C. van Hulst, 'CFC-wetgeving: vooral een kwestie van beleid', NTFR-B 2018/16.

van inkomenscategorieën toepast en dus meer inkomen zal bevatten dan wanneer de deelnemingsverrekening toegepast wordt. Betoogd kan worden dat door de implementatie van de CFC-maatregel in artikel 13ab de deelnemingsverrekening overbodig is geworden.⁵² Hoewel op basis van wetssystematiek gesteld kan worden dat artikel 13a wet VPB voor gaat op 13ab Wet VPB, heeft artikel 13ab Wet VPB een ruimer toepassingsbereik en moet de vraag gesteld worden of het wenselijk is met het oog op ATAD1 dat de deelnemingsverrekening voorgaat.

Ook dient een vergelijking gemaakt te worden met de herwaarderingsplicht van artikel 13a Wet VPB. Beide bepalingen zijn anti-misbruik maatregelen die een sterke afschrikkende werking hebben. Echter, de CFC-maatregel heeft een breder toepassingsgebruik door het opnemen van een lijst met ruimere inkomstenbegrippen, zoals al eerder aangegeven. Omdat de CFC-maatregel verder strekt dan regelgeving in artikel 13a Wet VPB en ATAD1 de minimumstandaarden voorschrijft, kan aangenomen worden dat de herwaarderingsplicht overbodig is.⁵³

5.3 Samenloop artikel 13ab Wet VPB met belastingverdragen

Tot nu toe is vrijwel alleen gekeken naar de gevolgen van de CFC-maatregel in artikel 13ab Wet VPB voor de Nederlandse belastingplichtige vanuit een Nederlandse visie. Echter, de situatie waarin CFC-inkomsten in de Nederlandse belastinggrondslag worden betrokken, heeft niet alleen invloed op Nederland. Het kan immers zo zijn dat over deze inkomsten in het land waar de CFC is gevestigd ook al belasting is betaald. De betaalde belasting in deze staat zal hoogstwaarschijnlijk lager zijn dan de belasting die in Nederland wordt geheven, omdat de maatregel alleen van toepassing is bij een CFC in een laagbelastende staat, maar toch vindt enige vorm van dubbele belasting plaats. De vraag die in de literatuur al enige tijd onderwerp is van discussie is of de CFC-maatregel verenigbaar is met belastingverdragen.⁵⁴ Voor het antwoord op deze vraag zijn met name artikel 7, lid 1 en artikel 10, lid 5 van het OESO-Modelverdrag relevant.⁵⁵

⁵² V-N 2016/27.16, p. 8.

⁵³ F. P. J. Snel, 'De Europese anti-belastingontwikningsrichtlijn en deelnemingsvrijstelling', *NTFR* 2016, p. 2.

⁵⁴ M. Lang et al., *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2004, p.91.

⁵⁵ OESO-commentaar, punt 23 bij artikel 1 OESO-modelverdrag.

5.3.1 Artikel 7, lid 1, OESO-Modelverdrag

De bepaling van het eerste lid van artikel 7 van het OESO-Modelverdrag bepaalt dat de winsten die een lichaam behaalt alleen belastbaar zijn in de woonstaat van dit lichaam. Alleen indien deze voorgenoemde winsten toerekenbaar zijn aan een vaste inrichting in de andere staat waarop het verdrag van toepassing is, mag in deze laatstgenoemde staat belasting over dit deel van de winst geheven worden.

De OESO zegt over dit artikel in samenloop met CFC-maatregelen in haar commentaar bij artikel 7 OESO-modelverdrag dat het artikel een verdragsstaat niet beperkt om haar inwoners te belasten op basis van nationale CFC-wetgeving in die staat. Zelfs niet indien deze belasting berekend wordt op basis van de winst van het CFC-lichaam in de andere verdragsstaat.⁵⁶ Een argument hiervoor is dat wanneer een staat belasting heft van de controlerende vennootschap, ook al gebeurt dit op basis van de winst van de CFC in de andere staat, dit de winst van de CFC niet vermindert.⁵⁷ De OESO is dus van mening dat geen belasting wordt geheven van de winst van de CFC, omdat de CFC-maatregel de winst van dit lichaam in de andere verdragsstaat niet verlaagt. In dit geval zou geen sprake zijn van onverenigbaarheid tussen de CFC-maatregelen en de belastingverdragen. Daarbij is in het OESO-commentaar bij artikel 1 OESO-modelverdrag sinds 2017 vermeld dat nationale CFC-maatregelen niet in strijd zijn met het eerste lid van artikel 7 van het verdrag.

In de literatuur wordt door sommige auteurs het standpunt ingenomen dat de CFC-maatregelen wel degelijk in strijd zijn met internationale belastingverdragen. Zo zou de CFC-wetgeving een inbreuk maken op het basisprincipe van artikel 7 dat gewaarborgd wordt dat geen belasting geheven mag worden over de winst van een lichaam in een andere staat.⁵⁸ Mijns inziens is dit principe erg belangrijk, maar nog steeds kan de vraag gesteld worden wat verstaan wordt onder het heffen over de winst van een lichaam dat gevestigd is in een andere staat. Het eerdergenoemde argument van de OESO zou in dat geval nog steeds stand kunnen houden. Een andere reden die naar voren komt in de literatuur is dat artikel 7, lid 1, OESO-

⁵⁶ OESO-commentaar, punt 14 bij artikel 7 OESO-modelverdrag.

⁵⁷ OESO-commentaar, punt 14 bij artikel 7 OESO-modelverdrag.

⁵⁸ J. Muller, 'Is it not Time to Correct the OECD MC Commentary on CFC's?', *Kluwer International Tax Blog* 2015.

modelverdrag een objectieve strekking heeft. Het artikel zou namelijk de nadruk leggen op het object, de winst, en niet op het subject, de buitenlandse entiteit. Het zou dan niet uit moeten maken welk lichaam uiteindelijk de belastinglast draagt, waardoor het argument in het OESO-commentaar dat het draait om de vraag of winst van de CFC vermindert, strookt met de objectieve aard van het artikel.⁵⁹

Mijns inziens bestaat er onduidelijkheid over hoe artikel 7, lid 1 OESO-modelverdrag moet worden geïnterpreteerd. Ik ben van mening dat het argument van de OESO dat het nodig is dat de winst van de CFC verlaagd wordt om toe te komen aan het verbod uit de bepaling een striktere interpretatie behelst dan oorspronkelijk beoogd was. Echter, door het opnemen in het OESO-commentaar bij artikel 1 OESO-modelverdrag vanaf 2017 dat nationale CFC-wetgevingen niet strijdig zijn met artikel 7, wordt de vraag hoe omgegaan moet worden met deze bepaling aan de kant gezet.

5.3.2 Artikel 10, lid 5, OESO-modelverdrag

Artikel 10, lid 5, OESO-modelverdrag ziet op de situatie waarin een lichaam gevestigd is in de ene staat en inkomsten ontvangt uit een andere staat. Deze laatstgenoemde staat wordt op grond van deze bepaling tegengehouden de niet-uitgekeerde winst van het lichaam te onderwerpen aan een winstbelasting, ook indien deze niet-uitgekeerde winst afkomstig is uit deze verdragsstaat. Indien een staat door middel van haar nationale CFC-wetgeving beoogt niet-uitgekeerde winsten van de CFC in de andere staat te belasten, kan dit tot strijdigheid met het belastingverdrag leiden. In het commentaar bij de bepaling neemt de OESO het standpunt in dat het vijfde lid van artikel 10 alleen tot doel heeft te voorkomen dat belasting geheven wordt van de CFC. Zij is van mening dat de bepaling niet ziet op de heffing van winstbelasting van de aandeelhouder, in dit geval de controlerende vennootschap, wat het gevolg is van CFC-wetgeving.⁶⁰ Net als bij artikel 7, lid 1, OESO-modelverdrag is wederom kritiek geuit op deze uitleg van de OESO. Volgens Schoueri heeft artikel 10, lid 5 OESO-modelverdrag namelijk, net zoals hij betoogt bij het eerste lid van artikel 7, een objectieve strekking en geen subjectieve strekking. Volgens hem bepaalt het artikel niet of een

⁵⁹ J. Schoueri, 'The Objective Scope of Article 7 and the Treaty Protection to Deemed Distributed Dividends', *Kluwer International Tax Blog* 2015.

⁶⁰ OESO-commentaar, punt 37 bij artikel 10 OESO-modelverdrag.

controleerende aandeelhouder (het subject) belast mag worden, maar behandelt de bepaling alleen het verbod om geen belasting te heffen over niet-uitgekeerde winsten (het object).⁶¹ Echter, er zijn ook auteurs die zich aansluiten bij de OESO. Zo schrijven Lang et al. over dit onderwerp dat niets in de bepaling van het artikel een aanwijzing geeft dat een verdragsstaat waarin de controleerende aanhouder is gevestigd deze aandeelhouder niet mag belasten op grond van de nationale CFC-maatregel.⁶² Wederom heeft de OESO in 2017 in het commentaar bij artikel 1 OESO-modelverdrag verklaard dat nationale CFC-wetgeving niet strijdig is met het vijfde lid van artikel 10 OESO-modelverdrag.⁶³ Naar mijn mening is dit vrijwel een identieke discussie als bij artikel 7, lid 1 van het belastingverdrag, waarbij de OESO deze uit de weg gaat door de CFC-wetgeving niet strijdig te verklaren met de genoemde bepalingen. Ook al is de discussie vooralsnog aan de kant gezet, blijft voor mij de gedachte dat de OESO hier gemakkelijk mee weghomt. Uiteindelijk zal de rechter moeten vaststellen hoe de bepaling geïnterpreteerd dient te worden en is hiervoor enkel de toelichting niet bepalend.

5.4 Samenloop artikel 13ab Wet VPB met recht van de Europese Unie

Naast de samenloop van de CFC-maatregel met het Nederlandse belastingstelsel en het internationale verdragenrecht, dient ook de verenigbaarheid met het EU-recht meegenomen te worden. Het EU-recht vormt immers op zichzelf een autonome rechtsorde en heeft voorrang ten opzichte van nationale wetgeving van de lidstaten. Dit is beslist door het Hof van Justitie van de Europese Unie (*hierna: HvJ EU*) in het arrest Costa ENEL⁶⁴ en is opgenomen in artikel 94 van de Nederlandse grondwet. Daarbij heeft het EU-recht directe werking indien de bepaling duidelijk en onvoorwaardelijk is en een lidstaat deze bepaling niet nader behoeft te verduidelijken. Eenieder kan zich dus beroepen op een bepaling van het EU-recht, mits aan deze bepalingen is voldaan.⁶⁵

De kern van het EU-recht zijn de vier vrijheden: vrij verkeer van goederen, vrij verkeer van diensten, vrijheid van vestiging en vrij verkeer van kapitaal. Indien een maatregel van een

⁶¹ J. Schoueri, 'The Objective Scope of Article 7 and the Treaty Protection to Deemed Distributed Dividends', *Kluwer International Tax Blog* 2015.

⁶² M. Lang et al., *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2004, p. 268-269.

⁶³ OESO-commentaar, punt 23 bij artikel 1 OESO-modelverdrag.

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

⁶⁵ HvJ EG 5 februari 1963, C-26/62 (*Van Gend en Loos*).

lidstaat een van de vier vrijheden beperkt, heeft dit tot gevolg dat deze maatregel onverenigbaar is met het EU-recht en dus geschrapt moet worden.

Met betrekking tot de CFC-wetgeving lijken twee van de vier vrijheden relevant. Dit zijn de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal. Echter in de jurisprudentie⁶⁶ heeft het HvJ EU beslist dat wanneer een controlerende vennootschap een zekere mate van invloed kan uitoefenen op de beslissingen van de andere vennootschap en de activiteiten kan bepalen, de vrijheid van vestiging van toepassing is. Omdat het bij de CFC-wetgeving draait om een *controlled foreign company*, waarbij er een belang nodig is van 50% (in Nederland 25%) door de controlerende vennootschap, zal vaak de vrijheid van vestiging van toepassing zijn bij CFC-wetgeving. Wel dient opgemerkt te worden dat de vrijheid van vestiging niet geldt ten aanzien van derde landen, in tegenstelling tot het vrij verkeer van kapitaal. In relatie met derde landen dient bij het beoordelen van CFC-maatregelen dus wel gekeken te worden naar het vrij verkeer van kapitaal, omdat inwoners van derde landen, ondanks dat zij geen inwoner zijn van de EU, conform het EU-recht direct aanspraak kunnen maken op het vrije verkeer van kapitaal.

5.4.1 Vrijheid van vestiging

Een belangrijk arrest van het HvJ EU was het arrest Cadbury-Schweppes⁶⁷. In deze zaak, waarin de vraag rees of een CFC-maatregel van het Verenigd Koninkrijk in strijd was met de vrijheid van vestiging, besliste het HvJ EU dat de maatregel in strijd was met de vrijheid van vestiging. Zijn argument was dat alleen vennootschappen die buiten de Europese Unie gevestigd waren konden kwalificeren als een CFC. Dit belemmerde dus de vrijheid van vestiging, omdat het voor lichamen onaantrekkelijker werd om zich buiten de Europese Unie te vestigen. Wanneer door het HvJ is vastgesteld dat een maatregel een belemmering vormt voor een van de vrijheden, dient nog wel gekeken te worden of de maatregel gerechtvaardigd kan worden. In het arrest Cadbury Schweppes oordeelde het HvJ EU dat de CFC-maatregel gerechtvaardigd was omdat met de CFC-maatregel misbruik en belastingontwijking voorkomen wordt. Uit het arrest kwam de belangrijke regel naar voren dat een anti-misbruikregel gerechtvaardigd is, mits deze wordt toegepast op een *volstrekt kunstmatige constructie die elke economische*

⁶⁶ HVJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) & HvJ EG 12 december 2006, C-446/04 (*Test Claimants in the FII*)

⁶⁷ HVJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*).

realiteit mist.⁶⁸ Wanneer we deze voorwaarde bezien naast de substance-uitzondering van de CFC-maatregel in ATAD1, valt op dat in ATAD1 gesproken wordt van een uitzondering op de maatregel indien de vennootschap *een wezenlijke economische activiteit uitoefent*. Hieruit valt te concluderen dat de criteria van ATAD1 zwaarder zijn dan de criteria van het arrest. Toch is de kans klein dat dit strijdigheid met de vrijheid van vestiging zal opleveren. Met de hedendaagse harmonisatie met betrekking tot het begrip *kunstmatig* is er namelijk overeenstemming bereikt op EU-niveau, waardoor de CFC-maatregel beoordeeld moet worden in het licht van ATAD1.⁶⁹

Het HvJ EU oordeelde in het arrest Cadbury Schweppes dat sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie indien een fictieve vestiging geen daadwerkelijke economische activiteit verricht met als doel belastingvoordeel te verkrijgen. Om te bepalen of er een daadwerkelijke economische activiteit verricht wordt, dient gekeken te worden naar door derden controleerbare factoren. Belangrijk is dat gekeken wordt naar de feiten en omstandigheden. Het HvJ EU verplicht hier dus een open norm toe te passen. Hoewel in ATAD1 ook een dergelijke open norm is opgenomen, heeft Nederland de uitzondering in artikel 13ab Wet VPB niet als een open norm vormgegeven. Nederland verwijst namelijk naar een lijst met hierop uitputtende substance-eisen (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.2). Nederland wijkt met deze lijst dus in zekere mate af van arrest Cadbury Schweppes en ATAD1. Wel biedt de Nederlandse wetgever de belastingplichtige de mogelijkheid om op een andere manier aan te tonen dat een wezenlijke economische activiteit verricht wordt. De afwijking van Nederland op de open norm die is voorgeschreven in het EU-recht zou wellicht kunnen leiden tot onverenigbaarheid van artikel 13ab Wet VPB met de vrijheid van vestiging. Echter, mijns inziens is de kans dat dit gebeurt klein. Het opnemen van de gesloten lijst door de Nederlandse wetgever had als primair doel het scheppen van duidelijkheid voor belastingplichtigen. De lijst biedt belastingplichtigen zekerheid door het bieden van ‘safe harbour’ regels. Daarnaast bestaat voor de belastingplichtige nog de mogelijkheid om op een andere wijze aan te tonen dat sprake is van een wezenlijke economische activiteit.

⁶⁸ HVJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), r.o. 51.

⁶⁹ L. C. van Hulten, ‘CFC-wetgeving: vooral een kwestie van beleid’, NTFR-B 2018/16.

5.4.2 Vrij verkeer van kapitaal

Het HvJ EU heeft zoals vermeld meerdere malen uitspraak gedaan over situaties waarin de vrijheid van vestiging in het geding was. Met betrekking tot het vrije verkeer van kapitaal, de andere vrijheid die van toepassing kan zijn bij de CFC-maatregel, is vrijwel geen jurisprudentie. Dit komt door het feit dat hoewel er officieel geen volgorde is in de vier verkeersvrijheden, in de praktijk het vrije verkeer van kapitaal als subsidiair punt genoemd wordt na vrijheid van vestiging. Het HvJ EU zal in de praktijk dan ook vaak eerst kijken naar de vrijheid van vestiging, zoals in de jurisprudentie naar voren komt en zo wordt vaak niet meer toegekomen aan vrij verkeer van kapitaal. Voor deze scriptie is dan ook met name de vrijheid van vestiging relevant.

5.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht hoe de CFC-maatregel in artikel 13ab in verhouding staat met de huidige wet- en regelgeving. Hiervoor is gekeken naar de Nederlandse vennootschapsbelasting, de internationale belastingverdragen en het EU-recht. Met betrekking tot de Nederlandse vennootschapsbelasting kom ik tot de conclusie dat de CFC-maatregel ingaat tegen de kapitaalimportneutraliteit, terwijl dit begrip kenmerkend is voor het Nederlandse belastingsysteem. Hierdoor sluit de maatregel niet aan bij hetgeen met de deelnemingsvrijstelling is beoogd te bereiken. Daarnaast zijn de deelnemingsverrekening en de herwaarderingsplicht overbodig doordat de CFC-maatregel verder gaat dan deze regelingen door een ruimer toepassingsbereik en ATAD1 de minimumstandaarden voorschrijft. Het valt mij op dat bij de implementatie van de earningsstrippingmaatregel, de nieuwe generieke aftrekbeperking, twee wetsartikelen die hierdoor irrelevant werden geschrapt zijn, terwijl bij de implementatie van de CFC-wetgeving artikel 13a is behouden.

Wanneer gekeken wordt naar de CFC-maatregel in verhouding tot internationale belastingverdragen kom ik tot de conclusie dat de maatregel verenigbaar is met het EU recht, zoals uitgelegd in paragraaf 3 van dit hoofdstuk. Ondanks dat er nog onvoldoende duidelijkheid is over de interpretatie van de relevante artikelen in het OESO-modelverdrag, beoogt de OESO wel duidelijkheid te scheppen over de strijdigheid van de CFC-maatregel door in 2017 haar commentaar bij artikel 1 aan te passen. Hierdoor wordt de vraag of de CFC-maatregel strijdig is met artikel 7, lid 1 en artikel 10, lid 5 OESO-modelverdrag aan de kant gezet.

Tot slot concludeer ik dat er wellicht wel een kans is dat CFC-wetgeving strijdig is met het EU-recht door een inbreuk te maken op de vrijheid van vestiging. In het arrest Cadbury Schweppes is namelijk beslist door het HvJ EU dat een CFC-maatregel alleen toegestaan is indien er sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie die elke economische realiteit mist. Het is nog maar de vraag of in ATAD1 en in de Nederlandse wetgeving sprake is van een dergelijke uitzondering. Echter, er is een kleine kans dat de CFC-wetgeving in strijd met het Unierecht geacht wordt nu er harmonisatie heeft plaatsgevonden binnen de Europese Unie over wat er onder een kunstmatige constructie verstaan moet worden.

6. Conclusies en aanbevelingen

6.1 Inleiding

Zoals geschetst in de inleiding wordt de bestrijding van belastingontwijking op internationaal niveau steeds belangrijker. Met het BEPS-rapport beoogt de EU dat wordt gewaarborgd dat winsten belast worden op de plek waar zij gegenereerd worden. Door middel van ATAD1, de richtlijn die in 2016 is gepubliceerd, is het voor lidstaten van de EU verplicht maatregelen te implementeren om op een coherente manier belastingontwijking tegen te gaan. Onder deze maatregelen valt ook de CFC-maatregel, waarmee beoogd wordt het verschuiven van winsten naar laagbelastende jurisdicties door multinationale ondernemingen lastiger te maken. Deze maatregel, die per 1 januari 2019 geïmplementeerd moest zijn, maakt het de lidstaten mogelijk belasting te heffen over bepaalde inkomsten van een gecontroleerde entiteit in een jurisdictie die geen of tegen een laag tarief vennootschapsbelasting heft. Deze winsten worden dus in de grondslag van de controlerende moedervernootschap betrokken.

In aanloop naar de implementatie van de CFC-maatregel in Nederland rees de vraag hoe de maatregel geïmplementeerd zou moeten worden. ATAD1 schrijft een minimumstandaard voor waarvan afgeweken mag worden indien een lidstaat een strengere maatregel wenst te implementeren. Daarnaast biedt ATAD1 de keuze tussen model A en model B, welke respectievelijk een entiteitsbenadering en een transactiebenadering behelzen. De Nederlandse wetgever heeft ter implementatie gekozen voor een zogenoemde 'aanvullende' maatregel die sterk overeenkomt met model A. De maatregel wordt aanvullend genoemd

omdat de wetgever van mening is dat artikel 8b Wet VPB al een CFC-maatregel conform model B vormt. In artikel 8b Wet VPB is het arm's length beginsel gelegen. Dit beginsel houdt in dat dat gelieerde partijen zakelijke prijzen moeten hanteren. Zij dienen te handelen onder dezelfde voorwaarden waaronder onafhankelijke derde partijen zouden handelen. In dit onderzoek bestudeer ik wat de Nederlandse aanvullende CFC-maatregel toevoegt aan het al bestaande arm's length beginsel. De hoofdvraag van het onderzoek luidt dan ook:

Wat voegt de onlangs geïmplementeerde CFC-maatregel in artikel 13ab Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 toe aan het al bestaande 'arm's length' beginsel, geformuleerd in artikel 8b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969?

Ter beantwoording van deze hoofdvraag zijn vier deelvragen gesteld. In de hiernavolgende paragraaf zullen aan de hand van deze deelvragen conclusies worden getrokken waarmee ik antwoord geef op de hoofdvraag. In de laatste paragraaf doe ik aanbevelingen.

6.2 Conclusies

1) Wat is het doel van de Anti Tax Avoidance Directive 1 en welke mogelijkheden zijn er om deze richtlijn te implementeren?

Zoals beschreven in hoofdstuk 2 van het onderzoek heeft ATAD1, die voortvloeit uit het BEPS-rapport tot doel het bestrijden van belastingontwijkingspraktijken die invloed hebben op de interne markt van de EU. De richtlijn beoogt om op een coherente manier belastingontwijkingspraktijken tegen te gaan waarbij nadruk ligt op billijke en doeltreffende belastingheffing. Door lidstaten te verplichten een minimumstandaard te implementeren wordt dit doel nagestreefd.

ATAD1 biedt lidstaten een keuze door hen te laten kiezen voor een entiteitsbenadering (model A) of een transactiebenadering (model B). Deze modellen verschillen van elkaar in de manier waarop de inkomsten van de CFC worden bepaald. Nederland heeft voor een variant op model A gekozen in artikel 13ab Wet VPB maar ook model B is terug te vinden in het al langer bestaande artikel 8b Wet VPB.

2) Waarom is artikel 13ab Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 in de wet opgenomen?

Zoals naar voren komt in hoofdstuk 2 verplichtte de EU door middel van ATAD1 iedere lidstaat een CFC-maatregel te implementeren. Echter, de keuze van de wetgever om een aanvullende maatregel, gebaseerd op model A, te implementeren was niet verplicht. De staatssecretaris heeft aangegeven verder te willen gaan dan noodzakelijk en heeft in het kader van artikel 13ab Wet VPB voor de entiteitsbenadering gekozen om zo ook de inkomsten die niet al door het arm's length beginsel worden belast in de belastinggrondslag te kunnen betrekken. Daarnaast is het primaire doel van de maatregel niet om belastingopbrengsten te genereren maar om belastingontwijking te bestrijden. Immers, de CFC-maatregel heeft een afschrikkend effect. Er is op een aantal punten kritiek geuit op de keuze voor model A in artikel 13ab Wet VPB. Zo zou deze vorm grotere administratieve lasten met zich meebrengen en bestaat kans op dubbele belasting, die niet altijd voorkomen kan worden.

3) Waarom is artikel 8b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 in de wet opgenomen en wat is de samenhang van dit artikel met artikel 3:8 Wet op de Inkomstenbelasting 2001?

In 2002 werd het arm's length beginsel in Nederland gecodificeerd in artikel 8b Wet VPB. Hiermee werd aangesloten bij het achterliggende artikel 9 OESO-modelverdrag dat voor codificatie ook al doorwerking had in Nederland. Deze doorwerking vond plaats via artikel 3.8 Wet IB en dit artikel behelst het totaalwinstprincipe. Ondanks dat deze doorwerking al plaatsvond en er op dit gebied dus niks veranderde, is er wel een verandering te zien met betrekking tot de bewijslast. Sinds de codificering van het arm's length beginsel in artikel 8b Wet VPB is er meer duidelijkheid over op wie de bewijslast rust: de belastingdienst of de belastingplichtige. Echter, deze ontwikkeling is vooral in het voordeel van de belastingdienst en legt een grotere last op de belastingplichtige door middel van een documentatieplicht. Mijns inziens verslechtert dit de internationale concurrentiepositie van Nederland.

4) Hoe verhoudt de CFC-maatregel zich tot de bestaande wetgeving?

Ter beantwoording van deze deelvraag is in hoofdstuk 5 gekeken naar de CFC-maatregel binnen de Nederlandse wetgeving, in samenloop met internationale belastingverdragen en in samenloop met het EU-recht. Met betrekking tot de Nederlandse vennootschapsbelasting ben ik van mening dat de maatregel vanwege de kapitaalexportneutraliteit tot gevolg heeft dat de CFC-maatregel niet aansluit bij de opvatting dat het Nederlandse belastingstelsel draait om

kapitaalimportneutraliteit. Dit is niet wenselijk met het oog op een samenhangend en doeltreffend belastingstelsel. Daarnaast heeft de implementatie van de CFC-maatregel invloed op de deelnemingsverrekening en de herwaarderingsplicht. Omdat de CFC-maatregel verder gaat dan deze bepalingen en een ruimer toepassingsbereik heeft, lijken de deelnemingsverrekening en de herwaarderingsplicht overbodig te zijn geworden.

Ook is in het onderzoek ingegaan op de verenigbaarheid van de CFC-maatregel met internationale belastingverdragen. In hoofdstuk 5 is naar voren gekomen dat de maatregel niet onverenigbaar is met het EU-recht maar dat er nog wel onduidelijkheid bestaat over de interpretatie van artikel 7, tiende lid en artikel 10, vijfde lid OESO-modelverdrag. De OESO heeft echter in 2017 haar commentaar bij artikel 1 van het OESO-modelverdrag aangepast en hierin vermeld dat CFC-maatregelen niet strijdig zijn met bovengenoemde bepalingen. Hoewel deze toelichting belangrijk is voor de interpretatie van de betrokken artikelen, is het uiteindelijk de rechter die moet beslissen hoe de bepalingen geïnterpreteerd moeten worden. Tijdens het schrijven van dit onderzoek is hier nog niets over beslist. Uit het ontbreken van rechtspraak kan worden afgeleid dat dit punt in nog geen enkele rechtzaak over de CFC-wetgeving in combinatie met het OESO-modelverdrag een dermate grote rol heeft gespeeld dat de rechter werd gedwongen tot een interpretatie van de artikelen.

Tot slot concludeer ik met betrekking tot de samenloop van de CFC-maatregel met het EU-recht dat er een kans is dat deze maatregel strijdig is met het EU-recht. Zo maakt de CFC-wetgeving inbreuk op de vrijheid van vestiging indien de maatregel niet voorziet in een uitzondering waardoor alleen volstrekt kunstmatige constructies die elke economische realiteit missen onder de regeling vallen. Dit is bepaald door het HvJ EU in het arrest Cadbury Schweppes. Hoewel de CFC-wetgeving voorziet in een dergelijke uitzondering, sluit deze niet geheel aan bij het vereiste uit de jurisprudentie. Toch acht ik de kans op strijdigheid met het EU-recht klein omdat door ATAD1 harmonisatie heeft plaatsgevonden binnen de EU. Met betrekking tot de Nederlandse lijst met substance-eisen ben ik wel van mening dat dit onverenigbaarheid met de vrijheid van vestiging kan opleveren. Met deze uitputtende lijst wordt immers afgeweken van hetgeen bepaald in het arrest Cadbury Schweppes en ATAD1 nu niet meer gekeken wordt naar alle feiten en omstandigheden. Mijns inziens is dit echter in de praktijk niet een groot probleem omdat de wetgever hiermee juist duidelijkheid schept

voor de belastingplichtige en deze duidelijkheid de internationale concurrentiepositie kan bevorderen.

Op basis van bovenstaande deelconclusies geef ik antwoord op de hoofdvraag: *Wat voegt de onlangs geïmplementeerde CFC-maatregel in artikel 13ab Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 toe aan het al bestaande ‘arm’s length’ beginsel, geformuleerd in artikel 8b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969?*

Op basis van dit onderzoek kom ik tot de conclusie dat, zoals de minister ook aangeeft, artikel 13ab Wet VPB een aanvullende maatregel is. Naar mijn mening vult artikel 13ab Wet VPB het arm’s length beginsel, neergelegd in artikel 8b Wet VPB, op een aantal punten aan. Zo heeft de maatregel een afschrikwekkend effect en wordt de kans geboden inkomsten in de belastingheffing te betrekken die buiten het toepassingsbereik van het arm’s length beginsel vallen. De maatregel ziet specifiek op situaties waarin sprake is van een CFC in een laagbelastend land, waarbij het arm’s length beginsel juist minder concreet is en veel situaties omvat. Dit heeft mijns inziens tot gevolg dat artikel 13ab Wet VPB een sterker afschrikwekkend effect heeft voor juist die situatie waarin er sprake is van een CFC. Zonder artikel 13ab zou Nederland al voldoen aan ATAD1 door middel van artikel 8b Wet VPB, maar de aanvullende maatregel maakt het in combinatie met artikel 8b Wet VPB een completer en doeltreffender geheel. Echter, in dit onderzoek komt ook naar voren dat artikel 13ab Wet VPB een aantal problemen met zich meebrengt. Hiertoe zullen in de volgende paragraaf aanbevelingen gedaan worden.

6.3 Aanbevelingen

In dit onderzoek is aan de orde gekomen dat een CFC-maatregel in de vorm van model A dubbele belasting met zich mee kan brengen. Daarnaast is er nog onduidelijkheid over de interpretatie van, en dus verenigbaarheid met, internationale belastingverdragen en is er een kans dat de CFC-wetgeving strijdig is met de vrijheid van vestiging. Tot slot kan het standpunt worden ingenomen dat de CFC-maatregel niet aansluit bij het principe van kapitaalexportneutraliteit in de vennootschapsbelasting en de maatregel andere anti-misbruikmaatregelen aan de kant zet. Deze problemen overwegende doe ik de volgende aanbevelingen:

- 1) Nederland dient te voorzien in een duidelijke methode om dubbele belastingheffing te voorkomen om zo de internationale concurrentiepositie te bevorderen.
- 2) Er moet duidelijkheid komen over de interpretatie van artikel 7, tiende lid en artikel 10, vijfde lid OESO-modelverdrag; dat zou kunnen door een proefproces te starten waarin over de verenigbaarheid van de CFC-wetgeving met dit verdrag moet worden geoordeeld.
- 3) De uitzondering in het vijfde lid van artikel 13ab Wet VPB moet worden vervangen door 'Het eerste lid is niet van toepassing indien het gecontroleerde lichaam geen volstrekt kunstmatige constructie is die elke economische realiteit mist'. Zo wordt aangesloten bij hetgeen bepaald in Cadbury Schweppes. Ik ben van mening dat de maatregel op die wijze een zo klein mogelijk effect heeft op de kapitaalimportneutraliteit binnen de vennootschapsbelasting.
- 4) De lijst met substance-eisen moet worden behouden – omdat deze duidelijkheid biedt aan de belastingplichtige – maar deze lijst moet niet-limitatief en niet bindend zijn.
- 5) Artikel 13aa Wet VPB en artikel 13a moeten worden aangepast of verwijderd uit de wet, zoals dat ook is gebeurd met artikelen 13l en 15a Wet VPB bij de invoering van de earningsstrippingsmaatregel. Dit om de coherentie en eenvoud van het belastingstelsel te waarborgen.
- 6) Wanneer meer informatie en cijfers over de werking van artikel 13ab Wet VPB op langere termijn bekend zijn, dienen deze geëvalueerd te worden om een beeld te krijgen van de toegevoegde waarde van de bepaling op het arm's length beginsel.

Literatuurlijst

Artikelen:

E. 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

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

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

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Antwoord op vragen Tweede Kamer over EU-pakket anti-belastingontwijking (ATAP)', *V-N* 2016/27.16

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

F.P.J. Snel, 'De Europese anti-belastingontwijkingsrichtlijn en deelnemingsvrijstelling', *NTFR* 2016/1895, vol. 30

S. van Weeghel, 'Het arm's length beginsel en doorsstroomvermoedens', *Forfaitair* 2002/123

Boeken, rapporten en internetbronnen:

'Google sluist bijna 22 miljard euro door via Nederland', *NOS* 18 februari 2016

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

H. Lohuis, 'Onacceptabele wetgeving' (2017), *taxlive.nl* 2016

OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Parijs: OECD Publishing 2015

OECD, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Parijs: OECD Publishing 2015

OECD, *Explanatory Statement*, Parijs: OECD Publishing 2015

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

Ministerie van Financiën, 'Nederland stelt zelf lijst laagbelastende landen vast in strijd tegen belastingontwijking', *Rijksoverheid.nl* 28 december 2018

Parlementaire stukken en besluiten:

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. BWBR0040893, Stcrt. 2018, 26874, NTFR 2018/1244

Kamerstukken II, 2001/02, 28 034, nr. 5

Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3

Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7

Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 10

Richtlijnen en verdragen:

Richtlijn (EU) 2016/11641 (ATAD1)

OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed*, Parijs: OECD Publishing 2017

Jurisprudentie:

HR 15 mei 1985, BNB 1985/271

HR 28 juni 2002, BNB 2002/343 ECLI:NL:HR:2002:AE4718

G.T.K. Meussen, Noot 3 bij BNB 2002/343

HvJ EU 3 juni 1964, C-6/64 (*Costa/ENEL*)

HvJ EU 5 februari 1963, C-26/62 (*Van Gend en Loos*)

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

HvJ EU 12 december 2006, C-446/04 (*Test Claimants in the FII*)