

Erasmus Universiteit Rotterdam

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie (Directe Belastingen)

De (on)zekerheid van fiscale rulings in het licht van staatssteun

Een onderzoek naar de omstandigheden waaronder een Advance Pricing Agreement als ongeoorloofde staatssteun wordt gezien

Naam: Yassine Bendada

Studentnummer: 414714

Begeleider: Ben Kiekebeld

Tweede beoordelaar: Peter Kavelaars

Inleverdatum: 24-04-2020

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

“The paradox of a 'free' market is that sometimes you have to intervene.”

- Margrethe Vestager, Uitvoerend Vicevoorzitter van de Europese Commissie

VOORWOORD

Voor u ligt mijn masterscriptie ‘De (on)zekerheid van fiscale rulings in het licht van staatssteun’, geschreven ter afronding van de opleiding Fiscale Economie aan De Erasmus Universiteit Rotterdam. De combinatie van het recht en de economie wekte mijn belangstelling voor de opleiding, en in de loop der jaren is mijn interesse voor de fiscaliteit alleen maar groter geworden. De studie Fiscale Economie zat vol uitdagingen en het aangaan van deze uitdagingen heeft mij veel genoegdoening gegeven. Aan alles komt echter een eind en ik beschouw de masterscriptie dan ook als een laatste uitdaging binnen de studie om de vaardigheden die ik heb opgedaan toe te passen en iets achter te laten waar ik trots op kan zijn.

Het onderwerp van de masterscriptie kwam snel bij mij op. Ik heb al geruime tijd onderzoek willen doen op het gebied van staatssteun. Het onderzoek richt zich specifiek op fiscale rulings in het licht van staatssteun en de omstandigheden waaronder een specifieke categorie fiscale rulings – de Advance Pricing Agreements – als staatssteun kunnen worden beschouwd. Naast staatssteun wordt het concept van Transfer Pricing zo ook betrokken in het onderzoek. Het schrijven van deze scriptie was niet altijd even makkelijk, maar door de gekozen onderwerpen heb ik mij in ieder geval nooit verveeld. Ik hoop dat dit voor u, de lezer ook mag gelden.

De voornaamste reden voor het opnemen van dit voorwoord is de kans die het mij biedt om mijn oprechte dankbaarheid te betuigen aan mijn scriptiebegeleider, drs. Ben Kiekebeld. Zijn begeleiding en inzichtelijke opmerkingen hebben met absolute zekerheid bijgedragen aan de kwaliteit van de scriptie. De talloze prikkelende discussies die in de loop van de scriptie zijn ontstaan, hebben mij keer op keer dieper aan het denken gezet. De interesse in de genoemde onderwerpen is hierdoor bij mij nog verder gestegen.

Ten slotte wil ik in het bijzonder mijn moeder, Fatima, en broertje, Farid, bedanken voor de aanmoediging en steun die ik van hen heb mogen ontvangen in mijn studietijd. Mijn moeder heeft me de tijd en ruimte geboden om mijn eigen weg te bewandelen en heeft me daar voortdurend in gesteund. Geen keuze voelde daardoor verkeerd aan. En mijn broertje wil ik bedanken voor het geven van de nodige afleiding als ik dat nodig had. Daarnaast wil ik mijn andere familieleden ook bedanken voor de interesse die zij hebben getoond in de voortgang van mijn studie.

Het rest mij nog om u, de lezer, veel leesplezier te wensen.

Gouda, april 2020

Yassine Bendada

INHOUDSOPGAVE

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN.....	7
1. INLEIDING	8
1.1 Aanleiding en relevantie	8
1.2 Onderzoeksvraag	9
1.2 Verantwoording van de opzet	10
1.3 Methodologie.....	10
1.4 Afbakening	11
2. FISCALE RULINGS EN HET CONCEPT VAN TRANSFER PRICING	12
2.1 Inleiding.....	12
2.2 Een introductie tot fiscale rulings	12
2.2.1 Algemeen	12
2.2.2 De geschiedenis, de definitie en het belang van fiscale rulings.....	12
2.2.3 Advance Tax Rulings en de eigenschappen van fiscale rulings	14
2.2.4 Advance Pricing Agreements	18
2.3 Het concept van verrekenprijzen in Europa	21
2.3.1 Algemeen	21
2.3.2 Verrekenprijzen en het at arm's length-beginsel	21
2.3.3 De verrekenprijsmethodes	24
2.3.3.1 Traditionele transactiemethoden	25
2.3.3.2 Transactionele winstmethoden	26
2.4 Conclusie	26
3. NORMATIEF KADER VAN DE EU-STAATSSTEUNREGELING	28
3.1 Inleiding.....	28
3.2 De doelstelling van het toezicht op staatssteun.....	28
3.3 Het staatssteunbegrip.....	32
3.3.1 Algemeen	32
3.3.2 Een economisch voordeel	32
3.3.3 De verlening door een lidstaat of de bekostiging met staatsmiddelen	35
3.3.4 Selectiviteit.....	36
3.3.5 De (potentiële) vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer	38
3.4 Onverenigbaarheid met de interne markt.....	40

3.4 Conclusie	41
4. STAATSSTEUN IN DE CONTEXT VAN EEN APA: DE BENADERING VAN DE COMMISSIE.....	43
4.1 Inleiding.....	43
4.2 Staatssteun die Luxemburg heeft verleend aan Fiat	43
4.2.1 Achtergrond	43
4.2.2 Beslissing	44
4.3 Staatssteun die Nederland aan Starbucks verleend heeft.....	47
4.3.1 Achtergrond	47
4.3.2 Beslissing	48
4.4 Staatssteun die Ierland verleend aan Apple	49
4.4.1 Achtergrond	49
4.4.2 Beslissing	50
4.4.2.1 Algemeen	50
4.4.2.1 De toerekenbaarheid van een voordeel in relatie tot de winsttoerekening van vaste inrichtingen	50
4.4.2.2 De vaststelling van een selectief voordeel.....	52
4.5 Staatssteun die Luxemburg verleend aan Amazon.....	53
4.5.1 Achtergrond	53
4.5.2 Beslissing	55
4.5.2.1 Algemeen	55
4.5.2.2 Economisch voordeel	56
4.5.2.3 Selectiviteit.....	57
4.6 Conclusie	57
5. EVALUATIE VAN DE BENADERING VAN DE COMMISSIE BIJ DE BEOORDELING VAN APAs	59
5.1 Inleiding.....	59
5.2 De samenvoeging van het criterium een economisch voordeel en selectiviteit.....	59
5.2.1 Algemeen	59
5.2.2 Het vermoeden van selectiviteit	60
5.2.3 Een materieel selectief voordeel?	62
5.3 Het referentiestelsel	63
5.3.1. Algemeen	63
5.3.2 Het algemene bereik van het referentiestelsel	64
5.3.3 De identificatie van het referentiestelsel	66

5.4 Art. 107(1) VwEU en het arm's length beginsel.....	69
5.4.1 Algemeen	69
5.4.2 Forum 187 en het arm's length beginsel	69
5.3.3 Het beginsel van gelijke behandeling en het arm's length beginsel.....	72
5.4.4 De analyse van het Gerecht	73
5.5 De vergelijkbaarheid van geïntegreerde en niet-geïntegreerde ondernemingen.....	78
5.5.1 Algemeen	78
5.5.2 Vergelijkbaarheid in het kader van de doelstelling van het vennootschapsbelastingstelsel	79
5.6 Conclusie	81
6. CONCLUSIE.....	84
6.1 Algemeen	84
6.2 Samenvatting en Conclusie	84
LITERATUURLIJST	93
I. Boeken	93
II. Artikelen.....	94
III. Rapporten	95
IV. Jurisprudentie	96
V. Staatssteunonderzoeken Europese Commissie en staatssteunanalyse Gerecht	97
VI. Overige bronnen	98

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

A-G	Advocaat-Generaal
APA	Advance Pricing Agreement
ATR	Advance Tax Ruling
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting (grondslaguitholling en winstverschuiving)
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-MV	OESO-Modelverdrag
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001

1. INLEIDING

1.1 Aanleiding en relevantie

Sinds jaar en dag zet de Europese Unie zich in voor het tot stand brengen en behouden van een interne markt.¹ Met de Europese Unie als een interne markt wordt een gebied zonder grenzen bedoeld waarbinnen het vrije verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal binnen de Europese Unie wordt gewaarborgd. Dit doel van het realiseren van een interne markt uit zich ook in het beginsel van een openmarkteconomie zonder concurrentievervalsing.² In 1957 is met het Verdrag van Rome regelgeving opgenomen met betrekking tot staatssteun om de vervalsing van concurrentie te vermijden. Staatssteun wordt in dit verdrag gedefinieerd als steun aan een bepaalde exploitant of producent, gegeven door een lidstaat of afkomstig van staatsmiddelen, welke de mededinging verstoort of dreigt te verstoren.³ Als deze vorm van steun gezien wordt als onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, zal de gegeven steun gewijzigd of opgeheven moeten worden. Door de globalisering en digitalisering van de wereld is het vermijden van concurrentie en het creëren van een gelijk speelveld tussen bedrijven nu minstens net zo belangrijk, waardoor het niet verrassend is dat het verbod op staatssteun overeind is gebleven in het huidige verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Naast het verbod op staatssteun neemt de Europese Unie allerlei stappen tot het samenbrengen van de lidstaten tot een enkele markt. Zo wordt nationale wetgeving binnen de Europese Unie nader tot elkaar gebracht, bijvoorbeeld door richtlijnen. Ook wordt nationale wetgeving meer overeenkomstig gemaakt door het wegnemen van nationale wetgeving die in strijd zijn met het EU-recht, veelal middels een infractieprocedure. Andere ontwikkelingen ter bevordering van de interne markt zijn de voorstellen tot een 'Common Consolidated Corporate Tax Base'⁴ en een nieuw belastingkader voor de digitale economie.⁵ Met het voorstel van de Common Consolidated Tax base, kortweg CCCTB, die in 2011 geïntroduceerd is en in 2016 met een twee-stappen programma opnieuw gelanceerd is, wordt een groep van bedrijven die belastbaar is in ten minste één lidstaat voor de vennootschapsbelasting onderworpen aan een enkele set van regels bij het berekenen van de belastinggrondslag. De winst van bedrijven wordt normaliter op nationaal niveau geheven, wat door de interactie van dispariteiten tussen de fiscale regimes van lidstaten kan leiden tot mismatches met dubbele belasting of non-belasting als gevolg. Deze gevolgen kunnen ook

¹ Art. 3(3) VEU

² Artikel 120 VwEU.

³ Artikel 92 Verdrag van Rome

⁴ Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), COM/2016/0683 final - 2016/0336 (CNS)

⁵ Zie hiervoor ook: *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* 2013, actiepunten 1, p. 14-15

optreden bij een digitale economie, waar een EU-breed belastingkader voor de digitale economie uitkomst kan bieden. Moderne bedrijven kunnen klanten in een bepaald land namelijk bereiken met een beperkte of in zijn geheel niet bestaande fysieke aanwezigheid in dat land.

Terugkerend naar het verbod op staatssteun is de Europese Commissie vanaf 2013 na druk van nationale parlementen en de media aangaande de gunstige fiscale behandeling van bepaalde bedrijven begonnen met het uitvoeren van staatssteunonderzoeken van fiscale rulings. De Europese Commissie voerde in het begin drie diepgaande onderzoeken uit met het doel te constateren of de beslissingen van de belastingautoriteiten van Nederland, Ierland en Luxemburg met betrekking tot afspraken die zijn gemaakt over de belastinggrondslag voor de vennootschapsbelasting van de bedrijven Starbucks, Apple en Fiat, respectievelijk, in overeenstemming zijn met de regelgeving van de Europese Unie omtrent staatssteun. In alle drie de gevallen luidde het finale besluit van de Europese Commissie dat er sprake was van staatssteun. Dit heeft onder meer geleid tot een terugvordering van Apple voor een bedrag van ruim 13 miljard euro, de grootste terugvordering in een staatssteunzaak betreffende directe belastingen. Bij deze drie onderzoeken is het niet gebleven. In zijn brede analyse van de fiscale rulings, de fiscale afspraken, zijn er nog vijf staatssteunonderzoeken uitgevoerd en zijn drie onderzoeken gestart.

1.2 Onderzoeksvraag

Een ruling wordt overeengekomen tussen een belastingplichtige en een belastingautoriteit om vooraf zekerheid te krijgen over de toepassing van wet- en regelgeving rondom belastingen, in het bijzonder wanneer de toepassing van een belastingmaatregel niet voor de hand ligt. Doordat deze beweegreden ten grondslag ligt aan het overeenkomen van een ruling, is het relevant om een goed inzicht te krijgen in de onzekerheid die geïntroduceerd is door de staatssteunonderzoeken van de Europese Commissie.

Een ruling wordt aan internationaal opererende bedrijven afgegeven in de vorm van een *Advanced Pricing Agreement* of een *Advanced Tax Ruling*. De vraag die met het schrijven van deze scriptie beantwoord zal worden, luidt:

“Onder welke omstandigheden kunnen Advance Pricing Agreements beschouwd worden als staatssteun die niet te verenigen is met de interne markt, en hoe verhoudt zich dit tot het gevoerde beleid van de Commissie?”

Het doel van deze scriptie is om de benadering van de Commissie met betrekking tot de invulling van staatssteunregels te analyseren, in het bijzonder in gevallen waar het arm's length beginsel wordt toegepast. Dit is een allocatiemethode om bij benadering marktconforme prijzen vast te stellen voor de

transacties van afhankelijke ondernemingen. De omstandigheden waaronder sprake is van verleende staatssteun bij een fiscale ruling wordt om deze reden alleen uitgewerkt voor *Advance Pricing Agreements* (APAs).

1.2 Verantwoording van de opzet

Het antwoord op de hoofdvraag wordt geformuleerd aan de hand van het antwoord op de volgende deelvragen:

1. *“Wat zijn fiscale rulings, specifiek Advanced Pricing Agreements?”*
2. *“Wat is de invulling van het at arm’s length beginsel?”*
3. *“Wanneer is er op basis van het EU-recht sprake van staatssteun?”*
4. *“Wat is de invulling van de criteria voor de aanwezigheid van staatssteun met betrekking tot een Advance Pricing Agreement in de benadering van de Europese Commissie?”*
5. *“In hoeverre is de staatssteunbeoordeling van de Commissie ten aanzien van Advance Pricing Agreements in overeenstemming met het EU-recht en de globale consensus rondom het arm’s length beginsel?”*

De hoofdstukindeling om de benadering van de Commissie te analyseren en uiteindelijk een antwoord te geven op de onderzoeksvraag is als volgt.

Allereerst wordt in hoofdstuk 2 omschreven wat een APA inhoudt. De geschiedenis, de definitie en het belang van fiscale rulings wordt hiervoor in het algemeen uitgewerkt. De *Advance Tax Rulings* worden ook betrokken om bepaalde kenmerken van APAs te benadrukken, en om over het algemeen een beter inzicht te krijgen in fiscale rulings in het algemeen. In hetzelfde hoofdstuk wordt ook een invulling gegeven aan het arm’s length beginsel. Hoofdstuk 2 geeft zodanig een antwoord op de eerste twee deelvragen. De derde deelvraag wordt behandeld in Hoofdstuk 3. Het gaat hier om de doelstelling van het toezicht op staatssteun en de criteria voor de vaststelling van staatssteun die niet te verenigen is met de interne markt. Vervolgens wordt de aanpak van de Commissie in haar staatssteunonderzoeken met betrekking tot APAs uitgewerkt en toegelicht in Hoofdstuk 4 ter beantwoording van de vierde deelvraag. In Hoofdstuk 5 volgt een nadere analyse van de benadering van de Commissie, op basis waarvan een antwoord gegeven wordt op de vijfde deelvraag. Ten slotte volgt in Hoofdstuk 6 een conclusie. In dit laatste hoofdstuk wordt overzichtelijk een antwoord gegeven op de onderzoeksvraag.

1.3 Methodologie

De methodologie bestaat uit de bestudering en bespreking van de relevante jurisprudentie, wetsartikelen, en wetenschappelijke publicaties. De scriptie begint met een literatuuronderzoek om een APA te definiëren, een invulling van het arm’s length beginsel te geven en de omstandigheden waarin sprake is van ongeoorloofde staatssteun uit te werken. Vervolgens worden de eindbeslissingen van de Commissie

besproken. Het gaat om de APAs die door Nederland ten uitvoer zijn gelegd aan Starbucks, door Ierland ten uitvoer zijn gelegd aan Apple en door Luxemburg ten uitvoer gelegd zijn aan Fiat en Amazon. De eindbeslissingen van de Commissie worden opgevolgd met een onderzoek van de literatuur en rechtspraak van het Hof van Justitie die een verdere analyse van de benadering van de Commissie mogelijk maken. Het Gerecht heeft op het moment van het schrijven van deze scriptie ook een uitspraak geleverd met betrekking tot de staatssteunonderzoeken van de Commissie in de Starbucks- en Fiat-Zaak. De analyse van het Gerecht die geleid heeft tot haar uitspraken wordt ook besproken.

1.4 Afbakening

De keuze is gemaakt om in dit onderzoek alleen de eindbeslissingen van de Commissie toe te lichten en uit te werken. Zoals in verschillende secties van deze inleiding is vermeld, heeft de Commissie vier eindbeslissingen inzake staatssteun met betrekking tot APAs gedaan en zijn drie onderzoeken nog in behandeling.⁶ De Commissie heeft voor deze laatstgenoemde onderzoeken slechts een beschikking tot inleiding van een formele procedure afgelegd. Deze beschikkingen worden in dit onderzoek niet besproken, zodat er geen voorbarige conclusies worden getrokken.

⁶Besluit van de Commissie van 18.12.2017 SA.46470 (2017/C) (ex 2017/NN) — Mogelijke staatssteun van Nederland voor Inter IKEA; Besluit van de Commissie van 03.05.2019 SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) — Mogelijke staatssteun van Luxemburg voor Huhtamäki; Besluit van de Commissie van 01.07.2019 SA.51284 (2018/NN) — Mogelijke staatssteun van Nederland voor Nike

2. FISCALE RULINGS EN HET CONCEPT VAN TRANSFER PRICING

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het systeem van fiscale rulings en de theorie omtrent Transfer Pricing uitgelegd en gedefinieerd. De twee deelvragen die in dit hoofdstuk centraal staan, luiden als volgt:

1. “Wat zijn fiscale rulings, specifiek *Advanced Pricing Agreements*?”
2. “Wat is de invulling van het *at arm's length*-beginsel?”

Ter beantwoording van de eerste deelvraag wordt de geschiedenis, de definitie het belang van fiscale rulings in het algemeen toegelicht. Vervolgens worden de verschillende vormen die een fiscale ruling aan kan nemen besproken. In het bijzonder wordt aandacht besteed aan *Advance Pricing Agreements* (hierna APAs), een specifieke categorie binnen de fiscale rulings die gebaseerd is op verrekenprijsregels.

Daarnaast wordt in dit hoofdstuk het concept van verrekenprijzen geïntroduceerd. De betekenis en de toepassing van het *at arm's length*-beginsel wordt in dit kader onderzocht. In de toelichting van het concept van Transfer Pricing worden ook de verschillende verrekenprijsmethodes besproken.

2.2 Een introductie tot fiscale rulings

2.2.1 Algemeen

Allereerst wordt besproken wat een ruling over het algemeen inhoudt om een goed inzicht te krijgen in de achtergrond van de *Advance Pricing Agreements*. Na de beschrijving van een ruling, komen de verschillende vormen die een ruling aan kan nemen aan de orde. Vervolgens worden de zogeheten ‘*Advance Tax Rulings*’ besproken, gevolgd door de *Advance Pricing Agreements*.

2.2.2 De geschiedenis, de definitie en het belang van fiscale rulings

Het hedendaagse systeem van fiscale rulings vindt zijn oorsprong in het Romeinse Tijdperk. Vanaf de tweede eeuw werd op naam van de Romeinse Keizer een bijdrage geleverd aan de rechtswetenschap door schriftelijk individuele rechtsvragen en verzoekschriften te beantwoorden.⁷ In de antwoorden van de Keizer werd aangegeven welke wetsregels van toepassing waren en wat in het specifieke geval waarin de vraag gesteld is de beslissing zou zijn, mits de feiten die in de desbetreffende aanvraag zijn vermeld vaststaan volgens een rechter. Deze schriftelijke antwoorden gegeven in naam van de Romeinse Keizer, in die tijd bekend onder de Latijnse term *rescripta*⁸, zijn de voorganger van de fiscale rulings in die zin dat de *rescripta* voorzien in een interpretatie van de wet. De *rescripta* vallen uiteen in twee vormen, de

⁷ Mousourakis, p. 283

⁸ Mousourakis, p. 284

epistula en de *subscriptio*.⁹ De *epistula* is een door de keizer uitgevaardigde brief waarin vragen werden beantwoord die afkomstig waren van rechters, ambtenaren, openbare bestuurders en vooraanstaande personen of lichamen.¹⁰ Een rechtsvraag die door een rechter werd gesteld, waarin uitleg van een bepaalde rechtsregel wordt verlangd als gevolg van de omstandigheden van een geding, staat tegenwoordig bekend als een prejudiciële vraag. Vragen die afkomstig waren van personen van een lagere stand werden behandeld door de keizerlijke kanselarij en het antwoord werd als aantekening aan de voet van het ingezonden stuk met de desbetreffende vraag geschreven, zoals de Latijnse aanduiding *subscriptio* doet vermoeden. In gevallen van betekenis, in het bijzonder in gevallen waarin het antwoord van de keizer de invoering van een nieuwe juridische regel met zich meebrengt, wordt het ingezonden stuk naast het antwoord ook voorzien van een handtekening van de keizer en in het openbaar ten toon gesteld.¹¹ Het antwoord is hierdoor niet langer alleen bindend voor de natuurlijke persoon of het publiek lichaam die de vraag in heeft gezonden. Het ingezonden stuk krijgt in dat geval een algemeen bindend karakter.

Alhoewel de basis van de fiscale rulings al in de tweede eeuw is gelegd, lijkt het eerste systeem van fiscale rulings pas geïntroduceerd te zijn in 1911.¹² In dit jaar werd in Zweden de mogelijkheid geboden een juridisch bindende fiscale ruling te verkrijgen met betrekking tot zegelrechten. Er is echter weinig aandacht besteed in de literatuur aan deze introductie van fiscale rulings. Om het belang van fiscale rulings duidelijk te maken, wordt aangehaakt bij de wat latere doch bredere en thans uitgebreider gedocumenteerde implementatie van het systeem van fiscale rulings in de Verenigde Staten. Vanaf 1913 werd in dit land door de belastingdienst onofficieel het beleid aangenomen om alle legitieme en redelijke vragen met betrekking tot belastingen te beantwoorden. Dergelijke vragen kunnen gesteld worden met betrekking tot toekomstige, hypothetische en afgeronde transacties.¹³ Vanaf 1919 werden enkel nog vragen beantwoord die betrekking hadden op afgeronde transacties. De mededeling waarin dat bekend werd gemaakt, licht toe dat de oorzaak gelegen is in de invoering van de Opbrengstenwet van 1918. Deze wet week op veel punten af van voorafgaande wetgeving en introduceerde tevens fiscale wetgeving die zo complex was dat het aanleiding gaf tot vragen van de belastingbetaler die op hun beurt complex alsook talrijk waren.¹⁴ Hierdoor was de belastingdienst niet langer in staat om de belastingbetaler tijdig te informeren over zijn belastingplicht met betrekking tot toekomstige en hypothetische transacties.

⁹ Mousourakis, p. 284

¹⁰ Koninck 1997, p.367

¹¹ Koninck 1997, p.367

¹² Silfverberg 1999, p. 567

¹³ Osteen & Crouch 2000, p. 13

¹⁴ *Internal Revenue Cumulative Bulletin* 1919, p. 310

Deze mededeling die in principe alleen gericht is op de inperking van het beleid van fiscale rulings in Amerika, geeft in mijn opvatting ook het voornaamste belang van fiscale rulings weer. De fiscale wetgeving is namelijk niet alleen in Amerika, maar over de hele wereld steeds omvangrijker en complexer geworden. Deze complexiteit van de fiscale wetgeving zorgt voor een toenemende mate van onzekerheid over de fiscale gevolgen van individuele transacties. Die onzekerheid kan weggenomen worden door als belastingautoriteit de belastingbetaler op zijn verzoek te voorzien in een interpretatie van de belastingbepalingen en die toe te passen op zijn specifieke situatie. Een schriftelijke verklaring waarin de onzekerheid over de toepassing van belastingwetten op die manier door de belastingautoriteiten wordt weggenomen, staat bekend als een fiscale ruling.

Naast de noodzaak voor belastingplichtigen in het licht van de toenemende complexiteit van de fiscale wetgeving, past het bieden van juridische zekerheid ook binnen het nastreven van een betere relatie tussen de belastingdienst en de belastingbetaler. De belastingdienst is van een primair op het genereren van belastingwinst gerichte oriëntatie, waarbinnen vaak door middel van dwangmaatregelen gezien wordt op de naleving van de fiscale wetgeving, overgestapt op een aanpak die de belastingbetaler met betrekking tot de naleving van fiscale wetten in toenemende mate beschouwd als cliënten.¹⁵ De belastingdienst verleent ter bevordering van de navolging van de wet binnen deze benadering bepaalde diensten aan de belastingbetaler. Fiscale rulings maken deel uit van deze diensten, aangezien het verduidelijken van de toepassing van bepaalde elementen van de belastingwetgeving een essentiële voorwaarde is voor de naleving van die wetgeving.

2.2.3 Advance Tax Rulings en de eigenschappen van fiscale rulings

Een Advance Tax Ruling (hierna: ATR) kan op basis van studies die uitgevoerd zijn in 1992 en 1999¹⁶ gedefinieerd worden als een – tot op zekere hoogte – juridisch bindende verklaring van de bevoegde belastingautoriteit of een onafhankelijke rechterlijke instantie op vrijwillig verzoek van een (potentiële) belastingbetaler betreffende de behandeling en fiscale consequenties van één of een reeks voorgenomen transacties. De belastingautoriteit treedt bij de inwilliging van dit verzoek zelfstandig op zonder afhankelijk te zijn van andere jurisdicties, waardoor een ATR op unilaterale wijze afgegeven wordt.

Het juridisch bindende effect ziet in de bovenstaande definitie van een ATR enkel op de belastingdienst. De aanvrager is in veel landen in overeenstemming met deze definitie ook niet gebonden aan de ruling¹⁷

¹⁵ Bentley 1998, p. 45

¹⁶ *Advance Rulings by the Tax Authorities at the request of a taxpayer* 1994, p. 53; Ellis 1999, p. 22

¹⁷ Koninck 1997, p. 367

en blijft dit juridisch bindende effect dus beperkt tot de belastingdienst. In Nederland is dit echter niet noodzakelijkerwijs het geval. Voor Nederland kan het niet eenduidig aangegeven worden of een ATR ook de belastingbetaler bindt, aangezien deze juridische gebondenheid van de belastingbetaler afhangt van de verschijningsvorm van de ruling. In de huidige situatie wordt in Nederland zekerheid vooraf gegeven door middel van een toezegging die de vorm aanneemt van een (eenzijdige) standpuntbepaling of een vaststellingsovereenkomst.¹⁸ Een ATR met een internationaal karakter wordt in Nederland overeengekomen in de vorm van een vaststellingsovereenkomst.¹⁹ Een vaststellingsovereenkomst bindt in principe zowel de belastingplichtige als de belastingdienst. In tegenstelling tot deze overeenkomst is de belastingplichtige niet gebonden aan een eenzijdige standpuntbepaling²⁰, waardoor het standpunt niet in alle gevallen door de belastingplichtige overgenomen hoeft te worden in de belastingaangifte.

Het systeem van fiscale rulings, en in het verlengde daarvan ook het systeem van ATRs, verschilt van land tot land. De afwezigheid van een geharmoniseerd systeem verzet zich enigszins tegen een bredere invulling van het algemeen begrip van een ATR. In het 19^e Congres van de 'International Fiscal Association'²¹ is echter een eerste stap gezet tot het harmoniseren van het systeem van ATRs. Vanuit het doel de positie van belastingbetalers te verbeteren, worden door het Congres een aantal aanbevelingen gedaan:²²

1. Belastingbetalers zouden in de gelegenheid moeten worden gebracht om binnen redelijke tijd voor bonafide transacties een advance ruling te krijgen, op voorwaarde dat het van materiële significantie voor of in het algemeen wettelijk belang van de belastingbetaler is.
2. Het zou mogelijk moeten zijn voor alle vormen van belasting en alle belastingkwesties een advance ruling te krijgen.
3. De fiscale autoriteiten moeten zich houden aan de positie die zij in een advance ruling hebben ingenomen.
4. Belastingbetalers zouden het recht moeten hebben om tegen advance rulings in beroep te gaan waar dit administratief en wettelijk uitvoerbaar is.
5. Het is ter bevordering van een uniforme toepassing van de wet wenselijk om een methode van publicatie op te stellen.

¹⁸ Huisker-Stoop 2018, p. 796 onder verwijzing van artikel 3 lid 1 Besluit Fiscaal Bestuursrecht 2017

¹⁹ Kamerstukken II, vergaderjaar 2018-2019, 25 087, nr. 223.

²⁰ HR 25-10-2000, nr. 35 697, BNB 2001/10, par. 35

²¹ De 'International Fiscal Association' is een in 1939 in Nederland opgerichte internationaal opererende organisatie die zich inzet voor de ontwikkeling van internationaal en vergelijkend belastingrecht.

²² *Advance Rulings: Practice and Legality* 1965

Het valt met betrekking tot deze vijf aanbevelingen op dat niet verwezen wordt naar ATRs in het bijzonder, maar naar advance rulings. Dit is een synoniem van het overkoepelende term fiscale ruling. De in paragraaf 2.2.4 te bespreken Advance Pricing Agreements waren in 1965 nog niet geïntroduceerd, maar het is op grond van de verwijzing naar advance rulings aannemelijk dat deze aanbevelingen ook van toepassing zijn op deze vorm van rulings.

Met betrekking tot de eerste aanbeveling is hier vooral de voorwaarde van het hebben van een legitiem belang²³ voor de belastingbetaler relevant. Dit houdt in ieder geval in dat fiscale rulings alleen aangevraagd kunnen worden door de belanghebbende belastingbetaler of een vertegenwoordiger van de belastingbetaler en niet gebaseerd kan zijn op hypothetische transacties. Deze aanbeveling is binnen de EU opgevolgd.²⁴ Fiscale rulings kunnen in andere worden alleen aangevraagd worden in het geval van toekomstige transacties, of eventueel transacties die in het proces van voltooiing verkeren. Het aanvragen van fiscale rulings voor deze transacties is naar mijn mening een hoofdkenmerk van fiscale rulings, aangezien onduidelijkheid over de interpretatie van de wet in die gevallen leidt tot onzekerheid over de fiscale gevolgen van individuele transacties.

Alhoewel de tweede aanbeveling initieel niet universeel door alle landen werd opgevolgd²⁵, is het momenteel in de EU in vrijwel alle lidstaten mogelijk een fiscale ruling te krijgen voor alle vormen van belastingen. Luxemburg vormt hierop een uitzondering door alleen beschikbaar te zijn voor directe belastingen²⁶. Het verzoeken van een ruling wordt ook niet beperkt tot specifieke belastingbepalingen. Dit betekent echter niet dat een belastingplichtige in alle gevallen gerechtigd is tot een fiscale ruling. Zo wordt in de vernieuwde rulingpraktijk van Nederland in ieder geval geen zekerheid vooraf verstrekt voor rulings met een internationaal karakter, indien belastingbesparing de enige dan wel doorslaggevende beweegreden is voor het verkrijgen van een ruling.²⁷ Het vooroverleg van een ruling kan onder dit nieuwe beleid ook geweigerd worden indien een lichaam dat deel uitmaakt van een concern geen voldoende bedrijfseconomische activiteiten uitoefent in Nederland of een land betrokken is in de betrokken transactie die staat opgenomen op de Nederlandse lijst met laagbelaste landen of op de EU-lijst van niet-

²³ i.e. het hebben van een algemeen wettelijk belang of materiële significantie voor de belastingbetaler.

²⁴ 'Tax Rulings' in the EU Member States 2015, p. 28.

²⁵ Ellis 1999, p. 23

²⁶ 'Tax Rulings' in the EU Member States 2015, p. 57-59

²⁷ Besluit vooroverleg rulings met een internationaal karakter. Geraadpleegd via: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0042342/2019-07-01>, par. 3.

coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden.²⁸ Daarnaast kent Nederland ook algemene kaders waarbinnen het vooroverleg voor de totstandkoming van een ruling geweigerd wordt.²⁹

Volgens de derde aanbeveling zou een ATR een juridisch bindend effect op de fiscale autoriteiten moeten hebben. Elke fiscale ruling zou vanuit zijn doel bindend moeten zijn aan de belastingdienst om van enige waarde te zijn. Ik acht dit een hoofdkenmerk van fiscale rulings. Het is om die reden ook toe te juichen dat het hebben van een juridisch bindend effect in alle lidstaten met een formeel rulingbeleid een constante eigenschap is.³⁰ Hieraan moet wel toegevoegd worden dat een aantal landen de duur van het bindende effect hebben gelimiteerd, waarschijnlijk om de specificaties van de ruling opnieuw te beoordelen. Ondanks het belang van juridische gebondenheid kan de belastingdienst niet onvoorwaardelijk gehouden worden aan zijn ingenomen standpunt. Vanzelfsprekend is een ruling niet langer geldig indien de transactie of de situatie van de belastingbetaler die beschreven is in de aanvraag van een ruling niet de werkelijkheid reflecteert. Vergelijkbaar kan het weglaten of onnauwkeurig vermelden van materiële feiten leiden tot een opheffing van een juridisch bindend effect en bijgevolg leiden tot een ongeldigheid van de ATR. Een verandering van de belastingbepaling waarop een ATR zich berust kan de ruling ook ontgelden.³¹

In de vierde aanbeveling wordt de mogelijkheid om tegen een ruling in beroep te gaan voorgedragen. De mogelijkheid om beroep in te stellen tegen een ATR bij de gerechtelijke autoriteit maakt het mogelijk in een vroeger stadium verduidelijking te krijgen over de toepassing van het fiscaal recht. In Nederland is het in afwijking van het open stelsel van bezwaar en beroep³², waarbinnen tegen elk besluit bezwaar en beroep ingesteld kan worden, in het belastingrecht alleen mogelijk tegen een voor bezwaar vatbare beschikking of een belastingaanslag bezwaar en beroep in te stellen.³³ De beslissing op een rulingsverzoek wordt in Nederland formeel niet beschouwd als een zelfstandige beschikking, maar als een voorbereidingshandeling voor de uiteindelijke belastingaanslag.³⁴ Het gesloten stelsel van bezwaar en beroep in het belastingrecht kent een formeel beschikkingsbegrip, waardoor de beslissing op een rulingsverzoek niet voor bezwaar en beroep vatbaar is. Het is ook als standaardbepaling opgenomen dat

²⁸ Besluit vooroverleg rulings met een internationaal karakter. Geraadpleegd via: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0042342/2019-07-01>, par. 3.

²⁹ Besluit Fiscaal Bestuursrecht, par. 3; vijfde lid.

³⁰ 'Tax Rulings' in the EU Member States 2015, p. 57-59

³¹ 'Tax Rulings' in the EU Member States 2015, p. 44.

³² Artikel 8:1 Algemene wet Bestuursrecht

³³ Artikel 26 Algemene wet inzake rijksbelastingen

³⁴ Kamerstukken II, vergaderjaar 1990-1991, 21 221, nr. 5, antwoord 2.26

belanghebbende uitdrukkelijk afstand doet van het recht van beroep bij de belastingrechter.³⁵ Indien een geschil tussen belanghebbende en de Belastingdienst zich voordoet over de uitleg van de overeenkomst, is het aantekenen van bezwaar en beroep wel mogelijk.³⁶ Wat betreft de overige lidstaten is het in Oostenrijk, Denemarken, Finland, Duitsland, Hongarije, Lithuania, Polen, Zweden en het Verenigd Koninkrijk wel mogelijk in beroep te gaan tegen een ATR en andere fiscale rulings.³⁷ In de andere lidstaten van Europa is het instellen van beroep niet mogelijk of onduidelijk.³⁸

In de laatste aanbeveling wordt de wenselijkheid van het publiceren van fiscale rulings besproken. Het was in alle landen waar het mogelijk was formele rulings te bemachtigen uitdrukkelijk bepaald dat andere personen dan de aanvrager van een ruling hier geen rechten aan kunnen ontleen.³⁹ Dit betekent dat een ruling ongeacht de publicatie ervan geen precedentwerking had. De individuele transacties van de aanvrager kan echter vergelijkbaar zijn met de transacties van andere belastingplichtigen. Belastingplichtigen kunnen door het publiceren van een ATR op de hoogte worden gesteld van de fiscale behandeling die gegarandeerd wordt aan andere belastingplichtigen ten behoeve van dezelfde transacties. Dit is essentieel vanuit het beginsel van gelijke behandeling en draagt daarnaast ook bij aan een transparant besluitvormingsproces van de belastingadministratie die als gevolg beter verantwoordelijk gehouden kan worden. Het is vanuit deze redenen dan ook een goede ontwikkeling dat de EU-lidstaten zich ter bevordering van de belastingrulingspraktijk in 2016 politiek hebben gecommitteerd⁴⁰ aan het publiceren van afgegeven belastingrulings. Nederland geeft hier uitvoering aan door vanaf 1 juli 2019 een geanonimiseerde samenvatting te publiceren van elke afgegeven ruling met een internationaal karakter.⁴¹

2.2.4 Advance Pricing Agreements

De wetgeving inzake verrekenprijzen is binnen de EU niet geharmoniseerd. Hierdoor zijn verrekenprijsregimes van de lidstaten niet identiek, hetgeen kan leiden tot geschillen omtrent verrekenprijzen. Deze geschillen omtrent de te gebruiken verrekenprijzen leiden vaak tot het dubbel of in het geheel niet heffen van belasting door twee of meer lidstaten over dezelfde financiële transactie of

³⁵ Basismodel VSO internationaal karakter / zekerheid vooraf m.i.v. 1 juli 2019, geraadpleegd via: <https://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/basis-vso-int-karakter-zekerheid-rul0101z2ed.pdf>, p. 2

³⁶ Basismodel VSO internationaal karakter/ zekerheid vooraf, p. 2

³⁷ 'Tax Rulings' in the EU Member States 2015, p. 57-59

³⁸ 'Tax Rulings' in the EU Member States 2015, p. 57-59

³⁹ Ellis 1999, p. 44.

⁴⁰ Conclusies van de Raad Economische en Financiële Zaken van 6 december 2016, doc. nr. 15206/16, p. 19. De richtsnoeren zijn opgenomen als voortgangsrapport van 28 november 2016, doc. nr. 14750/16.

⁴¹ Kamerstukken II, vergaderjaar 2018-2019, 25 087, 223

inkomstenbron. Verdragsrechtelijk kan art.9(2) OESO-MV voorzien in een voorkoming van de dubbele (non-)heffing van belastingen. De arbitrage richtlijn⁴² en het Arbitrageverdrag⁴³ bieden daarnaast de mogelijkheid om in specifieke situaties geschilbeslechting af te dwingen. Het overeenkomen van een APA verkleint als aanvulling op deze mechanismen de kans op economisch dubbele (non-)heffing van belastingen die optreedt als gevolg van geschillen over verrekenprijzen. Het voordeel van een (bi- en multilaterale) APA is dat de geschillen over verrekenprijzen niet worden beslecht, maar het in de plaats daarvan wordt voorkomen dat de geschillen in de eerste plaats optreden.

In overeenstemming met de APA-gids in Europa⁴⁴ en de OESO-richtlijnen voor verrekenprijzen⁴⁵ kan een APA gedefinieerd worden als een overeenkomst die, voorafgaande aan gecontroleerde transacties, een aantal criteria vaststelt voor de bepaling van verrekenprijzen voor deze transacties over een vaste periode. Bij deze criteria kan gedacht worden aan het vaststellen van de te gebruiken methode voor het bepalen van de verrekenprijzen en de opstelling van de feitelijke veronderstellingen waarop het bepalen van verrekenprijzen gebaseerd is. Een gecontroleerde transactie is een transactie van twee of meer entiteiten, waarbij er een zekere mate van controle is dat over de verschillende entiteiten heen kan worden uitgeoefend. De entiteiten zijn dan gelieerde ondernemingen van elkaar. Een APA biedt de belastingplichtige zekerheid door voor de toekomstige grensoverschrijdende transacties van gelieerde ondernemingen een prijs vast te stellen die in lijn is met het at arm's length-beginsel. Daarnaast kan een APA ook van nut zijn bij het aanpassen van de winst die op grond van art. 7 OESO-MV gealloceerd wordt aan een vaste inrichting.⁴⁶

Vergelijkbaar met een ATR komt een APA enkel tot stand op verzoek van een belastingplichtige. In tegenstelling tot een ATR die unilateraal is van aard kan een belastingplichtige in zijn verzoek voor een APA kiezen tussen het aanvragen van een unilaterale, bilaterale of multilaterale APA.

⁴² Richtlijn (EU) 2017/1852 van de Raad van 10 oktober 2017 betreffende mechanismen ter beslechting van belastinggeschillen in de Europese Unie

⁴³ Verdrag ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen (90/436/EEG)

⁴⁴ Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de werkzaamheden van het Gemeenschappelijk EU-forum Verrekenprijzen op het gebied van procedures om geschillen te voorkomen en te beslechten en op het gebied van voorafgaande afspraken over prijzen (advance pricing agreements of APA's) binnen de EU {SEC (2007) 246}, bijlage, par. 2

⁴⁵ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017).

⁴⁶ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), punt 4.142

Bij een unilaterale APA, de meest voorkomende vorm onder de lopende APAs⁴⁷, wordt een afspraak gemaakt tussen een belastingautoriteit en een belastingplichtige die als ingezetene onderworpen is aan de vennootschapsbelasting in het land van die belastingautoriteit. De unilateraal tot stand gekomen APA gaat niet in op de aanvaardbaarheid van de verrekenprijsbenadering in andere rechtsgebieden. Het risico bestaat dat de fiscale autoriteiten van deze ondernemingen afwijken van de in een APA overeengekomen verrekenprijs, waardoor alsnog economische dubbele (non-)heffing van belastingen ontstaat.

Een bilaterale APA komt tot stand onder de procedure van onderling overleg van de toepasselijke belastingverdragen⁴⁸ en betreft naast de belastingautoriteit van het rechtsgebied waarin de aanvragende belastingplichtige onderworpen is aan vennootschapsbelasting ook de belastingautoriteit van de gelieerde onderneming gevestigd in een ander rechtsgebied bij het overeenkomen van een APA. De laatstgenoemde belastingautoriteit wordt niet alleen geïnformeerd over de ruling, maar heeft ook een invloed in de vorming van de ruling. Een bilaterale APA houdt op deze manier rekening met de discretionaire bevoegdheden van beide belastingautoriteiten, waardoor zekerheid ontstaat over verrekenprijskwesties die wordt erkend aan weerszijden van de grens. Door het risico op dubbele belasting dat zoals hiervoor besproken aanwezig is in de afwezigheid van onderlinge overleg tussen de betrokken belastingautoriteiten, gaat de voorkeur in de richtlijnen voor APAs in Europa in overeenstemming met mijn eigen opvatting uit naar bilaterale (of multilaterale) APAs ten opzichte van unilaterale APAs.⁴⁹ Het mechanisme voor geschillenbeslechting wordt effectiever door de lidstaten aan te sturen om verrekenprijskwesties op te lossen met behulp van afspraken die plaatsvinden na een procedure van onderling overleg van alle betrokken belastingautoriteiten.

Een multilaterale APA ziet op situaties waarin meer dan twee belastingautoriteiten betrokken zijn en het proces van onderlinge overleg meerdere malen doorlopen wordt. De verplichte automatische uitwisseling van informatie is naast unilaterale APAs ook van toepassing op bilaterale en multilaterale APAs.

⁴⁷ EU Joint Transfer Pricing Forum. (2018, October). *Statistics on APAs in the EU at the End of 2018*. Geraadpleegd via: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/apa-and-map-2019-3.pdf, p. 4.

⁴⁸ Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de werkzaamheden van het Gemeenschappelijk EU-forum Verrekenprijzen op het gebied van procedures om geschillen te voorkomen en te beslechten. {SEC (2007) 246}, bijlage, punt 40, onder verwijzing van art. 25(3) van het OESO-Modelverdrag

⁴⁹ Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de werkzaamheden van het Gemeenschappelijk EU-forum Verrekenprijzen op het gebied van procedures om geschillen te voorkomen en te beslechten. {SEC (2007) 246}, bijlage, punt 106

De OESO-richtlijn voor verrekenprijzen onderscheidt een APA van andere rulings, zoals een ATR, door erop te wijzen dat een APA vereist dat de feitelijke veronderstellingen waarop de vaststelling van de rechtsgevolgen gebaseerd zijn, grondig worden onderzocht geverifieerd voordat dergelijke vaststellingen gedaan kunnen worden⁵⁰. Doordat een APA zonder de analyse en controle van deze feitelijke zaken niet overeen gekomen kan worden, ligt de nadruk op de feitelijke omstandigheden waar een ruling betrekking op heeft. In tegenstelling wordt een ATR, zoals in par. 2.2.3 ook is toegelicht, uitgegeven onder de veronderstelling dat de feitelijke beschrijving van de situatie en de transactie van de belastingplichtige juist zijn weergegeven. Op deze manier ligt de nadruk van een ATR in eerste instantie in een interpretatie van de belastingwetten die voor de geldigheid van de ruling weliswaar afhankelijk is van een juiste invulling van de feiten, maar niet voor de initiële verkrijging van een ruling.

Een APA komt daarnaast tot stand bij wijze van een overeenkomst tussen de belastingplichtige en de belastingautoriteit of belastingautoriteiten. Een overeenkomst is een meerzijdige rechtshandeling, waarbij de betrokken belastingautoriteiten jegens de belastingbetaler een verbintenis aangaan. In het geval van een APA binden de partijen zich jegens elkaar om de onzekerheid in verrekenprijskwesties te voorkomen door vast te stellen wat belastingrechtelijk tussen hen geldt, waardoor in Nederland concreet een vaststellingsovereenkomst⁵¹ tot stand komt. Een rechtshandeling is een in een verklaring geopenbaarde uiting van wil die ziet op het teweegbrengen van een rechtsgevolg. Dit rechtsgevolg kan bij een meerzijdige rechtshandeling enkel intreden door de wilsuiting van beide overeenkomende partijen. Een vaststellingsovereenkomst bindt in principe naast de belastingautoriteiten ook de belastingplichtige, wat bij de eenzijdige standpuntbepaling waaronder een ATR ontstaat ongebruikelijk is.

2.3 Het concept van verrekenprijzen in Europa

2.3.1 Algemeen

In deze paragraaf wordt een introductie gegeven van het concept van verrekenprijzen en het at arm's length-beginsel. Ook wordt beknopt de methoden besproken aan de hand waarvan verrekenprijzen in overeenstemming met het at arm's length-beginsel kunnen worden benaderd.

2.3.2 Verrekenprijzen en het at arm's length-beginsel

Het concept van verrekenprijzen, in het Engels 'Transfer Pricing', ziet op de discipline binnen het belastingrecht die zich bezighoudt met de prijsvaststelling van transacties tussen gelieerde ondernemingen. Het vaststellen van verrekenprijzen heeft zowel betrekking op transacties van gelieerde

⁵⁰ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), Annex II bij Hoofdstuk 4, punt 3

⁵¹ Artikel 7:900 BW

ondernemingen binnen een rechtsgebied als grensoverschrijdende transacties. Een APA ziet op grensoverschrijdende transacties, waardoor in de context van dit onderzoek het concept van verrekenprijzen alleen betrekking heeft op grensoverschrijdende transacties van gelieerde ondernemingen.

De prijsvaststelling tussen gelieerde ondernemingen dient op zakelijke gronden plaats te vinden. In de afwezigheid van de discipline van verrekenprijzen kunnen gelieerde ondernemingen hun onderlinge relaties gebruiken om de winst te verschuiven van rechtsgebieden met een hoog belastingtarief naar rechtsgebieden met een relatief laag belastingtarief om hun belastingschulden te beperken. Als gevolg van de winstverschuiving erodeert de belastinggrondslag van het rechtsgebied waar de winst zou zijn opgekomen als de prijs op zakelijke gronden was vastgesteld. Alhoewel het verrekenprijsbeleid hiertegen ingezet kan worden, is de achterliggende gedachte van het concept van verrekenprijzen niet gelegen in de bestrijding van belastingontduiking. Het risico bestaat namelijk ook zonder enig voornemen tot belastingontduiking dat de externe marktwerking bij transacties tussen gelieerde ondernemingen niet op dezelfde manier de prijs beïnvloedt als bij transacties tussen onafhankelijke entiteiten, ondanks de inspanningen van de gelieerde ondernemingen om de dynamiek van de externe marktwerking te repliceren.⁵²

Voordat er verrekenprijskwesties op kunnen treden, moet vastgesteld worden of er sprake is van gelieerde ondernemingen. In art. 9 OESO-MV wordt beschreven wanneer er sprake is van gelieerde ondernemingen. Twee ondernemingen zijn volgens dit artikel gelieerd aan elkaar indien een van de ondernemingen direct of indirect deelneemt aan het beheer, de zeggenschap of het kapitaal van de andere onderneming of indien dezelfde personen direct of indirect deelnemen in het beheer, de zeggenschap of het kapitaal van beide ondernemingen. Binnen het kader van verrekenprijzen met betrekking tot grensoverschrijdende transacties moet bij gelieerde ondernemingen gedacht worden aan internationaal opererende ondernemingen die deel uitmaken van een groep, ook wel multinationale ondernemingen genoemd.

Een prijsvaststelling wordt beschouwd op zakelijke gronden te hebben plaatsgevonden indien deze in lijn is met het arm's length-beginsel. In art. 9 OESO-MV is beschreven wat het uitgangspunt is van het arm's length-beginsel. Het arm's length-beginsel wordt volgens het commentaar op art. 9 OESO-MV⁵³ van een

⁵² Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), punt 1.2

⁵³ Commentaar op artikel 9 van het OESO-Modelverdrag, par. 1

nadere invulling voorzien. Ondanks dat de OESO-richtlijnen geen wettelijk bindende status hebben, bevatten de richtlijnen internationaal geaccepteerde beginselen⁵⁴ en vormen deze richtlijnen in alle EU-lidstaten het algemene raamwerk voor verrekenprijzen.⁵⁵

Volgens art. 9 OESO-MV wordt de winst gecorrigeerd aan de hand van een vergelijking van de voorwaarden van de commerciële en financiële betrekkingen van een gecontroleerde transactie⁵⁶ met de voorwaarden van vergelijkbare ongecontroleerde transacties. De prijs van de overgedragen goederen of verrichte diensten tussen gelieerde ondernemingen en de omstandigheden van de overdracht of terbeschikkingstelling geven de commerciële en financiële betrekkingen weer. Het arm's length-beginsel volgt op basis van dit artikel een benadering waarbij gelieerde ondernemingen als afzonderlijke entiteiten worden behandeld en niet als onlosmakelijk met elkaar verbonden onderdelen van één onderneming. Het arm's length-beginsel ziet naast verrekenprijzen ook op transacties tussen een hoofdhuis en de in het buitenland gevestigde vaste inrichting. De transacties tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting moeten immers ook op zakelijke gronden gebaseerd zijn, ook al kunnen het hoofdhuis en de vaste inrichting niet gekwalificeerd worden als gelieerde ondernemingen. Dit komt doordat een vaste inrichting geen zelfstandige juridische entiteit is.

Het arm's length-beginsel, neergelegd in art. 9 OESO-MV en verder uitgewerkt in de OESO-richtlijnen, moet om van toepassing te zijn opgenomen worden in de nationale wetgeving van de EU-lidstaten. Dit beginsel maakt deel uit van het Nederlands belastingrecht door het totaalwinstbegrip van art. 8 wet VPB jo. art. 3.8 wet IB 2001. Op grond van het totaalwinstbegrip dient immers te worden geabstraheerd van onzakelijke transacties bij het bepalen van de winst. In Nederland is dit beginsel in 2002 expliciet gecodificeerd in artikel 8b wet VPB 1969. De expliciete opname van het arm's length-beginsel draagt bij aan de transparantie van het Nederlandse belastingrecht en specifiek het APA-beleid vanuit internationaal perspectief.

Om de verrekenprijzen bij gecontroleerde transacties, waar dit nodig is, at arm's length vast te stellen worden de gecontroleerde transacties vergeleken met vergelijkbare ongecontroleerde transacties in vergelijkbare omstandigheden. Als onderdeel van deze vergelijkbarheidsanalyse dient een functionele

⁵⁴ Commentaar op artikel 9 van het OESO-Modelverdrag, par. 1

⁵⁵ Commission of the European Communities (2001). Commission Staff Working Paper; Company taxation in the internal market. Geraadpleegd via: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2001/EN/2-2001-1681-EN-1-0.Pdf>, p. 281

⁵⁶ Met een gecontroleerde transactie wordt geduid op de transactie die plaatsvindt tussen gelieerde ondernemingen. Omgekeerd vindt een ongecontroleerde transactie per definitie plaats tussen onafhankelijke partijen.

analyse uitgevoerd te worden. De functionele analyse is gericht op het doorgronden van de rol die elke entiteit bij een transactie speelt, aangezien bij transacties tussen onafhankelijke entiteiten de prijs de rol reflecteert die de betrokken entiteiten vervullen. Bij de uitvoering van deze analyse worden de uitvoerende functies van de entiteiten geïdentificeerd, waarbij rekening wordt gehouden met de gebruikte activa en de aangevane risico's.⁵⁷

Nadat de relevante feiten aan de hand van de functionele analyse zijn vastgesteld, kunnen de vergelijkbare ongecontroleerde transacties geïdentificeerd worden om een prijs of winstmarge vast te stellen die at arm's length is. In veel gevallen wordt aan de hand van deze vergelijkbare transacties een bepaalde bandbreedte⁵⁸ vastgesteld van de prijs of winstmarge die in overeenstemming zijn met het arm's length-beginsel. Een met een gecontroleerde transactie vergelijkbare ongecontroleerde transactie in vergelijkbare omstandigheden kan immers zelfs na een corrigerende aanpassing niet in alle gevallen leiden tot een exacte betrouwbare at arm's length prijs of winstmarge. Een vergelijkbare ongecontroleerde transactie kan zowel een transactie zijn tussen twee onafhankelijke partijen ("external comparable"), als een transactie tussen een partij die betrokken is in de gecontroleerde transactie en een onafhankelijke partij ("internal comparable"). Transacties zijn vergelijkbaar indien geen van de verschillen tussen de transacties die worden vergeleken een wezenlijke invloed hebben op de voorwaarden die ter zake van de onderlinge rechtsverhoudingen tussen partijen worden opgelegd of overeengekomen.⁵⁹ Transacties kunnen ook vergelijkbaar zijn als wezenlijke verschillen bestaan en redelijk nauwkeurige correcties⁶⁰ mogelijk zijn die het effect van deze verschillen kunnen elimineren.

2.3.3 De verrekenprijsmethodes

In de OESO-richtlijnen zijn vijf verrekenprijsmethodes opgenomen om verrekenprijzen vast te stellen die in lijn zijn met het arm's length-beginsel. De verschillende methodes zijn opgedeeld in twee afzonderlijke categorieën: de traditionele transactiemethoden en de transactionele winstmethodes. Het staat multinationale ondernemingen vrij om methodes te gebruiken die niet beschreven zijn in de OESO-richtlijnen, zolang de methodes omschreven in de OESO-richtlijnen gezien de feiten en omstandigheden van de transactie niet geschikt zijn.⁶¹ Eveneens kunnen meerdere methodes gecombineerd worden in

⁵⁷ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), punt 1.36

⁵⁸ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), punt 3.55-3.59

⁵⁹ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), punt 1.110

⁶⁰ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017).

⁶¹ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), punt 2.9

complexe gevallen.⁶² In dit onderdeel worden de vijf methodes toegelicht die besproken worden in de OESO-richtlijnen, aangezien zij de internationale consensus⁶³ vertegenwoordigen over de wijze waarop het arm's length-beginsel toegepast kan worden.

2.3.3.2 Traditionele transactiemethoden

De traditionele transactiemethoden wordt geprefereerd over de transactionele winstmethoden, omdat de methodes uitgaan van de prijs hetgeen direct te herleiden valt naar de voorwaarden van de financiële en commerciële betrekkingen tussen partijen en eveneens direct substitueerbaar is met de originele prijs die bij gecontroleerde transacties tot stand is gekomen.⁶⁴ De traditionele transactiemethoden vallen uiteen in de 'comparable uncontrolled price methode', de 'resale price methode' en de 'cost plus methode'.

De 'comparable uncontrolled price methode', afgekort de CUP-methode, vergelijkt de prijs van gecontroleerde transacties met de prijs die bij vergelijkbare ongecontroleerde transacties onder vergelijkbare omstandigheden tot stand komt. Een geconstateerd verschil in prijzen tussen de transacties kan betekenen dat de voorwaarden van de commerciële en financiële betrekkingen van de gecontroleerde transactie niet at arm's length zijn overeengekomen en dat de prijs van de gecontroleerde transactie gesubstitueerd moet worden met de prijs van de vergelijkbare ongecontroleerde transactie. De directe herleiding van prijzen naar de voorwaarden van financiële en commerciële betrekkingen, in combinatie met de directe substitutie van prijzen die als gevolg van die herleiding op kan treden, maakt de CUP-methode de meest geprefereerde verrekenprijsmethode.⁶⁵ Deze methode kan alleen uitgevoerd worden waar vergelijkbare ongecontroleerde transacties beschikbaar zijn.

De 'resale price methode' is in tegenstelling tot de CUP-methode een indirecte methode. In de eerste plaats wordt onder de toepassing van deze methode de prijs vastgesteld waarvoor een product, dat is gekocht van een gelieerde onderneming, wordt doorverkocht aan een onafhankelijke entiteit. Deze prijs wordt verminderd met de bruto winstmarge⁶⁶ die bepaald wordt aan de hand van de bruto winstmarges van vergelijkbare ongecontroleerde transacties. Wat onder de streep overblijft kan beschouwd worden als de at arm's length prijs in de initiële transactie van gelieerde ondernemingen en kan worden

⁶² Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), punt 2.12

⁶³ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), punt 1.2

⁶⁴ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), punt 2.3

⁶⁵ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), punt 2.15

⁶⁶ De bruto winstmarge is de verkoopopbrengsten verminderd met de kosten van de verkochte goederen, weergegeven als percentage van de omzet. Het representeert de marge van de prijs van wederverkoop.

vergeleken met de prijs van de gecontroleerde transactie. Deze methode gaat uit van wederverkoop en kan bijgevolg het beste toegepast worden op de activiteiten van een distributeur.

De 'cost plus methode' is, vergelijkbaar met de 'resale price methode', een indirecte methode en begint met de vaststelling van de kosten van de leverancier in een gecontroleerde transactie. Vervolgens wordt daar een mark-up bij opgeteld op basis van de mark-ups van vergelijkbare ongecontroleerde transacties. De at arm's length prijs die na de optelling van de kosten en de mark-up is benaderd wordt vervolgens vergeleken met de prijs van de gecontroleerde transactie.

2.3.2.2 Transactionele winstmethoden

In de transactionele winstmethoden wordt de winst geanalyseerd die gegenereerd wordt in specifieke gecontroleerde transacties. De transactionele methoden bestaan uit de 'net margin methode' en de 'profit split methode'.

De 'net margin methode' vergelijkt de nettowinst vanuit de positie van de koper of verkoper bij een gecontroleerde transactie met de nettowinst van vergelijkbare ongecontroleerde transacties onder vergelijkbare omstandigheden.

De 'profit split methode' stelt eerst de gezamenlijke winst van de gecontroleerde transacties van gelieerde ondernemingen vast en verspreidt die winst vervolgens op een economisch verantwoorde basis die de winst benaderd die voorzien zou zijn bij de vergelijkbare transacties van onafhankelijke entiteiten. In tegenstelling tot de andere verrekenprijsmethodes worden beide partijen van een gecontroleerde transactie geëvalueerd.⁶⁷ Deze methode kan hierdoor toegepast worden als de transacties van gelieerde ondernemingen door sterk geïntegreerde activiteiten zo nauw verbonden zijn dat transacties lastig afzonderlijk beoordeeld kunnen worden.

2.4 Conclusie

In dit hoofdstuk stonden twee deelvragen centraal:

1. "Wat zijn fiscale rulings, specifiek Advanced Pricing Agreements?"
2. "Wat is de invulling van het at arm's length-beginsel?"

Wat betreft de eerste vraag, kan een fiscale ruling beschreven worden als een schriftelijke verklaring van de belastingautoriteiten, afgegeven op verzoek van een (potentiële) belastingbetaler, die voorziet in een interpretatie van bepaalde belastingbepalingen en deze belastingbepalingen toepast op de situatie van de aanvrager. Het voornaamste belang van fiscale rulings is het bieden van zekerheid in het licht van

⁶⁷ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), punt 2.119

complexe fiscale wetgeving. Het juridisch bindend effect en de toepassing van rulings op voorgenomen transacties zijn op basis van dit belang de hoofdkenmerken van fiscale rulings.

Fiscale rulings worden afgegeven in de vorm van Advance Tax Rulings (ATRs) en Advance Pricing Agreements (APAs). Een APA biedt de belastingplichtige zekerheid door voor grensoverschrijdende transacties van gelieerde ondernemingen, aan de hand van de vaststelling van een aantal criteria, een prijs vast te stellen die in lijn is met het at arm's length-beginsel. In tegenstelling tot een ATR, kan naast een unilaterale APA ook een multilaterale of bilaterale APA overeengekomen worden. Bovendien ziet een APA, anders dan een ATR, enkel op grensoverschrijdende transacties en wordt een APA altijd overeengekomen in de vorm van een vaststellingsovereenkomst die naast de bevoegde belastingautoriteit ook de belastingplichtige juridisch bindt aan de overeenkomst.

Ten aanzien van de tweede deelvraag dient de prijs bij gecontroleerde transacties voor belastingdoeleinden op zakelijke gronden vastgesteld te worden. Dit is het geval indien de prijs in overeenstemming is met het arm's length beginsel. Het arm's length-beginsel, neergelegd in artikel 9 van het OESO-Modelverdrag en van nadere invulling voorzien in de OESO-richtlijnen⁶⁸, volgt een benadering waarbij gelieerde ondernemingen als afzonderlijke entiteiten worden behandeld en niet als onlosmakelijk met elkaar verbonden onderdelen van één onderneming. Om de verrekenprijzen bij gecontroleerde transacties, waar dit nodig is, at arm's length vast te stellen of te benaderen worden de gecontroleerde transacties op basis van een functionele analyse vergeleken met vergelijkbare ongecontroleerde transacties in vergelijkbare omstandigheden. Een vergelijkbare ongecontroleerde transactie kan zowel een transactie zijn tussen twee onafhankelijke partijen ("external comparable"), als een transactie tussen een partij die betrokken is in de gecontroleerde transactie en een onafhankelijke partij ("internal comparable").

Vervolgens moet een passende verrekenprijsmethode gekozen worden. In de OESO-richtlijnen worden vijf methodes toegelicht die in verschillende situaties gehanteerd kunnen worden en de internationale consensus⁶⁹ vertegenwoordigen over de wijze waarop het at arm's length-beginsel in verrekenprijskwesties toegepast kan worden.

⁶⁸ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017)

⁶⁹ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), punt 1.2

3. NORMATIEF KADER VAN DE EU-STAATSSTEUNREGELING

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een normatief kader opgesteld voor de toepassing van de EU-staatssteunregels. Allereerst wordt het doel van het toezicht op staatssteun besproken. Het bespreken van de verschillende doelen die gediend worden met het toezicht op staatssteun, verduidelijkt de reikwijdte van de EU-staatssteunregels. Daarna wordt de vraag beantwoordt die in dit hoofdstuk centraal staat. Deze vraag, de derde deelvraag ter beantwoording van de onderzoeksvraag, luidt als volgt:

“Wanneer is er op basis van het EU-recht sprake van staatssteun?”

De aanwezigheid van staatssteun wordt in het opzicht van zijn doelstelling vastgesteld aan de hand van een viertal criteria, waaraan cumulatief voldaan moet worden. De criteria die het begrip van staatssteun vormen worden in dit hoofdstuk benoemd en toegelicht op basis van de jurisprudentie van het HvJ. Daarnaast wordt besproken wanneer er sprake is van staatssteun die niet te verenigen is met de interne markt, alsook wat de gevolgen van een dergelijke vaststelling zijn.

3.2 De doelstelling van het toezicht op staatssteun

Lidstaten hebben in overeenstemming met het soevereiniteitsbeginsel de autonome bevoegdheid tot het structureren van een belastingstelsel binnen hun rechtsgebied. De lidstaten zijn met betrekking tot indirecte belastingen⁷⁰ in grote mate bereid geweest tot harmonisatie op het gebied van indirecte belastingen.⁷¹ De harmonisatie van belastingen doelt op het opbouwen van een uniform beleid door maatregelen te treffen die bestaande en nieuwe beleidsstructuren respectievelijk wijzigen of doen ontstaan om de werking van de interne markt te bevorderen. Het opbouwen van een dergelijk beleid staat bekend als positieve integratie. In tegenstelling tot indirecte belastingen maken de directe belastingen⁷² geen deel uit van de bevoegdheid van de EU⁷³ en blijven als zodanig een autonome bevoegdheid van elke lidstaat.

De regels inzake staatssteun, inclusief het begrip van staatssteun, zijn opgenomen in art.107-109 VwEU. Staatssteun wordt binnen het mededingingsrecht gedefinieerd als staatssteunmaatregelen van de staten

⁷⁰ Belastingen die op indirecte wijze geheven worden, zoals de belastingen op de toegevoegde waarde (BTW) en de accijnzen op alcohol, tabak en energie

⁷¹ E.g. Artikel 113 VwEU; Richtlijn 2008/118/EG van de Raad van 16 december 2008 houdende een algemene regeling inzake accijns en houdende intrekking van Richtlijn 92/12/EEG; Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde

⁷² Belastingen die geheven worden op inkomen, vermogen en kapitaal van zowel personen als bedrijven

⁷³ Zie art. 3 VwEU

of in welke vorm dan ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door de begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloedt en onverenigbaar is met de interne markt.⁷⁴ De fundamentele doelstelling van de staatssteunbepaling is het verhinderen van concurrentievervalsing in de interne markt. Het wegwerken van belemmeringen binnen de interne markt staat bekend als negatieve integratie. Het verhinderen van concurrentievervalsing is geen doel op zich, maar moet beschouwd worden als een voorwaarde voor het onderhouden van de interne markt.⁷⁵ Vanwege dit uiteindelijke doel en de brede interpretatie van de interne markt kunnen de staatssteunregels worden gebruikt als een instrument om de beleidsdoelstellingen van de EU te verwezenlijken die bedoeld zijn om de doeltreffendheid van de interne markt te bevorderen.

Het bestrijden van schadelijke belastingconcurrentie kan naar aanleiding van het Monti-Rapport genoemd worden als een van deze doelstellingen op Europees niveau vanwege de vermelding in dit rapport van de mogelijke negatieve effecten ervan op de belastinginkomsten van de lidstaten, op de efficiënte allocatie van economische middelen binnen de EU en op de concurrentie en werkgelegenheid.⁷⁶ De gedachte is dat een op concurrentie gerichte verlaging van effectieve belastingtarieven ertoe zal leiden dat andere lidstaten genoodzaakt zijn hun effectieve belastingtarieven te verlagen als reactie op de erosie van hun belastinggrondslag. Dit speelt zich uit als een zogenoemde 'race to the bottom' met betrekking tot de effectieve belastingtarieven, met een afname van het totale overheidsinkomsten als gevolg. Dit kan bovendien leiden tot een verhoging van de belastingdruk op arbeid als een relatief immobiele belastinggrondslag, wat negatieve gevolgen op de arbeidsparticipatie in bepaalde landen kan hebben. De doelstelling van het optreden tegen schadelijke belastingconcurrentie werd opnieuw bevestigd door een mededeling van de Commissie aan de Raad⁷⁷ en wordt daarnaast weerspiegeld door de strijd tegen schadelijke belastingconcurrentie op internationaal niveau door de OESO, hetgeen heeft geleid tot het

⁷⁴ Art. 107 (1) VwEU.

⁷⁵ Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie 2012/C 326/01, Protocol 2

⁷⁶ *Taxation in the European Union* 1996., p. 2.

⁷⁷ Mededeling van de Commissie aan de Raad, Pakket om schadelijke belastingconcurrentie in de EU te bestrijden, COM(1997)564

BEPS-actieplan⁷⁸ en de implementatie ervan in Europa aan de hand van verschillende EU-richtlijnen en aanbevelingen.⁷⁹

De opstelling van het BEPS-plan en de implementatie ervan op EU-niveau benadrukt eveneens de strijd tegen belastingontwijking. Belastingontwijking kan onder andere het gevolg zijn van agressieve belastingplanning. De term agressieve belastingplanning wordt gedefinieerd als het gebruikmaken van de technische aspecten van een belastingstelsel of van de discrepanties (mismatches) tussen twee of meer nationale belastingstelsels.⁸⁰ Vergelijkbaar met de gevolgen van schadelijke belastingconcurrentie, leidt grootschalige agressieve belastingplanning tot een erosie van de belastinggrondslagen van lidstaten die al financieel onder druk kunnen staan.⁸¹ Daarnaast leidt agressieve belastingplanning tot oneerlijke bijdragen van bepaalde belastingplichtigen, wat het belastingmoreel kan verlagen⁸² en in strijd is met het breed gedeelde idee dat alle belastingplichtigen hun billijke aandeel aan belastingen behoren te betalen.⁸³

Het EU-mededingingsrecht wordt in de staatssteunonderzoeken van de Commissie strategisch ingezet om vergaande maatregelen op te leggen voor waargenomen problemen die zich in het mededingingsrecht voordoen in de strijd tegen belastingontwijkingmiddels agressieve belastingplanning en schadelijke belastingconcurrentie. De speciale werkgroep die verantwoordelijk was voor de staatssteunonderzoeken zijn immers in gang gebracht nadat de agressieve belastingplanning van multinationale ondernemingen

⁷⁸ *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting 2013* (met betrekking tot schadelijke belastingconcurrentie in het bijzonder actiepunten 5 over schadelijke belastingpraktijken)

⁷⁹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad; Pakket anti-ontgaansmaatregelen: volgende stappen naar effectieve belastingheffing en grotere fiscale transparantie in de EU. (2016); Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt. (2016).

⁸⁰ *Aggressive tax planning indicators 2017*, p. 23

⁸¹ European Commission (2014). State Aid: Commission Investigates Transfer Pricing Arrangements on Corporate Taxation of Apple (Ireland), Starbucks (Netherlands) and Fiat Finance and Trade (Luxembourg). Geraadpleegd via: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-14_663_en.htm#targetText=The%20European%20Commission%20has%20opened,EU%20rules%20on%20state%20aid

⁸² *Aggressive tax planning indicators 2017*, p. 23

⁸³ Forrester 2018, p. 29

in openbare hoorzittingen van de Amerikaanse Senaat⁸⁴ en het Lagerhuis van het Britse Parlement⁸⁵ onder de aandacht van het publiek is gebracht.⁸⁶

Deze motivering voor het toepassen van de staatssteunregels op een APA is niet zonder kritiek. De tegenstanders stellen dat het toepassen van staatssteunregels gemotiveerd door beleidsmaatregelen een concept van voorrang van politiek boven het recht vertegenwoordigt.⁸⁷ Het feit dat de *onderliggende* doelstellingen van het toepassen van de staatssteunregels geworteld zijn in de politiek geeft in mijn mening, als dit al kan worden aanvaard, op zichzelf gezien geen indicatie van deze voorrang. Het standpunt van de tegenstanders miskent bovendien dat er een overlapping mogelijk is tussen de uitvoering van het mededingingsrecht en de strijd tegen agressieve belastingplanning en schadelijke belastingconcurrentie tussen lidstaten. Een ander punt van kritiek is dat de staatssteunregels alleen per geval toegepast kunnen worden en op basis hiervan geen effectief rechtsmiddel zijn om de beleidsdoelstellingen te verwezenlijken.⁸⁸ Een gecoördineerde opheffing van maatregelen die leiden tot schadelijke belastingconcurrentie of agressieve belastingplanning heeft ook namens mij de voorkeur, maar dit belet de Commissie niet om, waar mogelijk, de staatssteunregels toe te passen. Het is impliciet uit deze kritiekpunten op te maken dat de staatssteunregels niet toegepast moeten worden, waar de toepassing zich berust op een andere doelstelling dan expliciet opgenomen is in het VwEU. Elke lidstaat moet echter in mijn opvatting, ongeacht de onderliggende doelstelling voor de toepassing van een rechtsregel, hun bevoegdheden in overeenstemming met het EU-recht uitoefenen.

Alhoewel ik mijzelf niet kan verenigen met deze punten van kritiek bestaat het risico wel dat de scheidslijnen tussen positieve en negatieve integratie met betrekking tot verrekenprijzen, en in het bijzonder de toepassing van het arm's length beginsel als onderdeel van de nationale belastingwetgeving, vervagen. De strijd tegen agressieve belastingplanning en schadelijke belastingconcurrentie is een legitieme doelstelling die moet worden gesteund, maar harmonisatie van het belastingbeleid behoort een

⁸⁴ Committee on Homeland Security and Governmental affairs United States Senate (2013). Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code - Part 2 (Apple Inc.): Hearing before the permanent subcommittee on investigations.

Geraadpleegd via: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-113shrg81657/pdf/CHRG-113shrg81657.pdf>

⁸⁵ Public Accounts Committee (2012). HM Revenue and Customs: Annual Report and Accounts; Oral and written evidence Monday 5 November 2012. Geraadpleegd via:

<https://publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpubacc/716/121105.htm>

⁸⁶ European Commission (2015). Commission Staff Working Document accompanying the document: Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Competition Policy 2014 {COM (2015) 247 final}.

⁸⁷ Traversa & Flamini 2015, p. 326

⁸⁸ Traversa & Flamini 2015, p. 326

wettelijke procedure te volgen die de mogelijkheid biedt tot tegenstand van lidstaten.⁸⁹ De constatering van een dergelijke harmonisatie via de achterdeur is echter naar mijn mening afhankelijk van de feitelijke aanpak van de Commissie in haar staatssteunonderzoeken, in plaats van de onderliggende doelstelling voor het toepassen van de staatssteunregels.

3.3 Het staatssteunbegrip

3.3.1 Algemeen

Staatssteun wordt gedefinieerd als *“staatssteunmaatregelen van de Staat of in welke vorm dan ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door de begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloedt”*.⁹⁰ Er is vanuit dit staatssteunbegrip in combinatie met jurisprudentie sprake van staatssteun indien een maatregel voldoet aan de volgende cumulatieve criteria:

1. Het moet een economisch voordeel opleveren
2. Het moet worden verleend door een lidstaat of met staatsmiddelen worden bekostigd
3. Het moet de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen en van invloed zijn op de handel tussen lidstaten
4. Het moet bepaalde ondernemingen of de productie van bepaalde goederen begunstigen.

De criteria voor de kwalificatie van staatssteun worden in dit onderdeel toegelicht.

3.3.2 Een economisch voordeel

Ten eerste moet een maatregel een economisch voordeel opleveren om als staatssteun beschouwd te worden. Het is voor de definitie van een economisch voordeel in de eerste plaats noodzakelijk een definitie van steun te geven. Een algemene definitie van steun is opgenomen in *De Gezamenlijke Steenkolenmijn* arrest⁹¹ die onder het niet langer van kracht zijnde EGKS-Verdrag⁹² besloten is. De regering van Bondsrepubliek Duitsland had in de context van dat arrest het voornemen om een belastingvrije diensttoeslag toe te kennen aan mijnwerkers in de vorm van een aftrek van de inkomstenbelasting. Deze maatregel werd noodzakelijk geacht om het dreigende vertrek van mijnwerkers te voorkomen en moest om deze reden beschouwd worden als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt. Deze belastingvrije toeslag werd gecompenseerd door de afschaffing van de verantwoordelijkheid van Bondsrepubliek Duitsland om te voorzien in een deel van de werkgeversbijdrage aan de

⁸⁹ Zie art. 115 VwEU en de daarin vermelde voorwaarde van een eenparigheid van stemmen.

⁹⁰ Art. 107(1) VwEU

⁹¹ HvJ 23-02-1961, *Steenkolenmijn v Hoge Autoriteit*, C-30/59

⁹² Verdrag van Parijs tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS)

mijnwerkerspensioenverzekering. De afschaffing moest ervoor dat het economische effect van de diensttoeslag gecompenseerd werd en enkel het psychologische effect van een diensttoeslag voor mijnwerkers overbleef. Voor de beoordeling van de kwalificatie van diensttoeslag als steun moest allereerst een definitie ervan opgesteld worden, aangezien het EGKS-verdrag vergelijkbaar met het VwEU geen definitie van deze begrippen bevat. Steun omvatte volgens het HvJ zowel positieve maatregelen zoals subsidies als andere maatregelen die in verschillende vormen de lasten verlichten die normaliter op de begroting van een onderneming drukken.⁹³ De belastingvrije diensttoeslag werd op zichzelf onder de definitie van een subsidie geschaard. Het compenserende effect door de afschaffing van de verantwoordelijkheid voor een gedeelte van de werkgeversbijdrage deed hier niet aan af door een niet overtuigende connectie met de diensttoeslag.

De vaststelling van steun wordt op basis van de definitie beoordeeld vanuit het perspectief van de onderneming. Er is immers zonder meer sprake van een voordeel, indien dit leidt tot een verlichting van de lasten van de onderneming die normaal gesproken op de begroting van een onderneming drukken. Het vaststellen van een voordeel gebeurt zodanig op grond van de gevolgen van een betrokken maatregel, waarbij geen onderscheid gemaakt wordt tussen de betrokken maatregelen van een lidstaat op basis van hun oorzaken of doelstellingen.⁹⁴ Dit is naar mijn mening terecht, gezien het doel van de staatssteunregels om te voorkomen dat de handel tussen lidstaten wordt belemmerd die als gevolg van het voordeel kan optreden. De aard van een APA om zekerheid te bieden door voor gelieerde ondernemingen een prijs vast te stellen die in lijn is met het arm's length beginsel kan bijgevolg niet volstaan om een APA te beschermen tegen de beoordeling van de aanwezigheid van een voordeel.

Het *SFEI* arrest⁹⁵ voorziet in een meer recente definitie van steun. In dit arrest komt het naar voren dat een maatregel steun vormt indien de begunstigde onderneming een economisch voordeel ontvangt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen⁹⁶. Het naderhand beoordelen van de voorwaarden waaronder een economisch voordeel is verstrekt, kan geschieden aan de hand van het criterium van de particuliere marktdeelnemer in een markteconomie⁹⁷. Het optreden van de Staat wordt dan vergeleken met het optreden van een hypothetische particuliere marktdeelnemer onder vergelijkbare omstandigheden. Als de hypothetische particulier marktdeelnemer niet aangespoord kan

⁹³ HvJ 23-02-1961, *Steenkolenmijn v Hoge Autoriteit*, C-30/59, par. 19

⁹⁴ HvJ 02-07-1974, *Italië v Commissie*, C-173/73, par. 13

⁹⁵ HvJ 11-07-1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) en anderen v La Poste en anderen*, C-39/94

⁹⁶ HvJ 11-07-1996, *SFEI en anderen v La Poste en anderen*, C-39/94, par. 60.

⁹⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ 05-06-2012, *Commissie v Iberdrola en Frankrijk*, C-124/10, par. 78 (particuliere investeerder); HvJ 20-09-2017, *Commissie v Frucona Košice*, C-300/16 P, par. 21-22 (particuliere schuldeiser)

worden op dezelfde manier te handelen als de staat, is er geen sprake van normale marktvoorwaarden. Het criterium van de particulier marktdeelnemer is toegepast bij het optreden van de Staat als particulier investeerder, schuldeiser en verkoper⁹⁸. Een publiek lichaam stelt zich bij het overeenkomen van een APA echter niet op in de hoedanigheid van een marktdeelnemer, doordat het overeenkomen van een APA of het verstrekken van een fiscale ruling een specifiek geldend prerogatief is van de regering van een lidstaat. Het criterium van de particuliere marktdeelnemer in een markteconomie is daarom in mijn opvatting niet toepasselijk met betrekking tot het criterium van een economisch voordeel in relatie tot een APA.

In plaats van het criterium van de particuliere marktdeelnemer om te bepalen wat een voordeel inhoudt, is het met betrekking tot een APA van belang om een referentiestelsel ter vergelijking vast te stellen. Deze methodiek is gehanteerd in het *Salzgitter* arrest⁹⁹. De aanleiding van dit arrest was het aannemen van de Duitse wet betreffende de ontwikkeling van het grensgebied tussen de voormalige Duitse Democratische Republiek en de voormalige Tsjecho-Slowaakse Socialistische Republiek. Deze wet geeft het recht op het toepassen van een bijzondere afschrijvingsmethode en de toekenning van belastingvrije reserves voor investeringen in de vestiging van een onderneming in het grensgebied tussen de twee genoemde gebieden. De bijzondere afschrijvingsmethode stelt een onderneming in staat meer af te schrijven in de beginjaren. Het bestaan van een voordeel kan slechts ten opzichte van een zogenoemd referentiestelsel worden vastgesteld. De Commissie heeft de algemene vennootschapsbelastingregels van Duitsland vastgesteld als referentiestelsel.¹⁰⁰ De vorming van belastingvrije reserves en de toegepaste afschrijvingsmethode hebben in afwijking tot de toepassing van de algemene Duitse belastingregels geleid tot een verlaging van het belastbaar inkomen en de vorming van een liquiditeitsreserve in de beginjaren na het boekjaar van investering, waardoor de fiscale maatregelen een economisch voordeel hebben verschaft. Het moet dus voor het constateren van een voordeel in mijn opvatting worden vastgesteld of de financiële situatie van de onderneming zonder de betrokken maatregel in het kader van het normale belastingstelsel op dezelfde wijze zou zijn verbeterd. Wanneer dit niet het geval is, moet worden geconstateerd dat er sprake is van een voordeel.

⁹⁸ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. (2016), par. 4.2.1 en de aldaar verwezen rechtspraak van het HvJ onder voetnoot 124.

⁹⁹ Gerecht van eerste aanleg 01-07-2004, *Salzgitter AG v Commissie*, T-308/00 (Het bepalen van een voordeel volgens deze methode is goedgekeurd in hoger beroep in *Commissie v Salzgitter*, C-408/04 P, par. 109).

¹⁰⁰ Gerecht van eerste aanleg 01-07-2004, *Salzgitter AG v Commissie*, T-308/00, par. 81

3.3.3 De verlening door een lidstaat of de bekostiging met staatsmiddelen

Ten tweede moet de steun in de bewoordingen van artikel 107 (1) van het VwEU door een lidstaat worden verleend of met staatsmiddelen worden bekostigd. In tegenstelling tot de disjunctieve formulering van dit criterium, moet de steun in alle gevallen met staatsmiddelen bekostigd zijn om te voldoen aan dit criterium.¹⁰¹ Het gemaakte onderscheid tussen de verlening van steun door een lidstaat en het verlenen van steun door de bekostiging van staatsmiddelen is bedoeld om naast de steun die rechtstreeks door een Staat wordt verleend ook steun die indirect bekostigd wordt uit staatsmiddelen door een publiek- of privaatrechtelijk lichaam die ingesteld of aangewezen is door de Staat onder de definitie van het criterium te brengen.¹⁰² Het voordeel treedt in de regel bij fiscale maatregelen op als een verlaging van de belastbare winst die als gevolg de belastingopbrengst doet afnemen. Deze derving van belastingopbrengsten volstaat, ongeacht het eventuele positieve effect op de overheidsbegroting op de lange termijn, voor de vaststelling van een bekostiging van staatsmiddelen.¹⁰³ Het wordt derhalve in mijn opvatting bij een APA inherent voldaan aan het criterium van directe of indirecte bekostiging uit staatsmiddelen, aangezien een APA een fiscale maatregel is.

Naast de direct of indirecte bekostiging uit staatsmiddelen, moet een maatregel toerekenbaar zijn aan de Staat om te kwalificeren als steun.¹⁰⁴ Voor de vaststelling van de toerekenbaarheid van een maatregel aan de Staat is de oorsprong van de middelen die de steun financiert niet relevant. In plaats daarvan is het van belang of het opgekomen voordeel het resultaat is van de gedragingen van de Staat. Vanzelfsprekend is de steun die rechtstreeks door een Staat verleend wordt toerekenbaar aan de staat. De steun die verleend wordt door een publiekrechtelijk lichaam waarin de staat enige vorm van invloed had, is echter alleen toerekenbaar aan de Staat indien dit lichaam onder zeggenschap en instructies van de Staat handelt.¹⁰⁵ Het overeenkomen van een APA is als deel van het belastingstelsel een prerogatief van de Staat, waardoor een APA niet anders dan rechtstreeks verleend kan worden.

Concluderend moet een voordeel voor de kwalificatie als steun in de eerste plaats direct of indirect bekostigd worden uit staatsmiddelen en in de tweede plaats toe te rekenen zijn aan de Staat. Vanuit de fiscale aard van een APA is in mijn opvatting inherent voldaan aan de bekostiging uit staatsmiddelen.

¹⁰¹ HvJ 24-01-1978, *Nederland v Tiggele*, C-82/77, par. 25.

¹⁰² HvJ 17-03-1993, *Sloman Neptun*, gevoegde zaken C-72/91 en C-73/91, par. 19.

¹⁰³ HvJ 22-06-2006, *België v Commissie (Forum 187)*, Gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, par. 129

¹⁰⁴ HvJ 02-02-1988, *Van der Kooy en anderen v Commissie*, gevoegde zaken 67, 68 en 70/85, par. 35

¹⁰⁵ HvJ 16-05-2002, *Frankrijk v Commissie*, C-482/99, par. 52

3.3.4 Selectiviteit

Ten derde moet de maatregel selectief zijn, wat wil zeggen dat bepaalde ondernemingen of de productie van bepaalde goederen worden begunstigd als gevolg van die maatregel. Met betrekking tot selectiviteit kan er een onderscheid gemaakt worden tussen regionale en materiële selectiviteit. Regionale selectiviteit treedt op indien bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigd worden binnen een bepaald geografisch gebied van een lidstaat.¹⁰⁶ Materiële selectiviteit houdt daarentegen in dat de steunmaatregel bepaalde ondernemingen of de productie van bepaalde goederen binnen een bepaalde lidstaat begunstigd.¹⁰⁷ Een APA is een door de centrale autoriteiten genomen maatregel die niet alleen van toepassing is in specifieke gebieden van de lidstaten, waardoor het met betrekking tot een APA van belang is of er sprake is van materiële selectiviteit. Materiële selectiviteit wordt vastgesteld aan de hand van een drie-stappenanalyse.

Het HvJ moet voor de vaststelling van materiële selectiviteit volgens vaste rechtspraak als eerste stap de gemeenschappelijke of normale belastingregeling geïdentificeerd worden. De gemeenschappelijke of normale belastingregeling vormt het referentiestelsel waaraan de selectiviteit van een maatregel getoetst wordt. De algemene regels inzake de vennootschapsbelasting werden in het *Paint Graphos* arrest¹⁰⁸ geïdentificeerd als het referentiestelsel. In dat arrest stond de kwalificatie van belastingvrijstellingen, die krachtens de Italiaanse belastingwetgeving aan coöperatieve vennootschappen werden toegekend, als staatssteun in het geding. De Italiaanse vennootschapsbelasting is geïdentificeerd als het referentiesysteem, aangezien de vennootschapsbelasting op basis van objectieve criteria van toepassing is op alle vennootschappen. In het arrest is tot deze conclusie gekomen door aan te merken dat de belastinggrondslag van coöperatieve vennootschappen en andere soorten vennootschappen op dezelfde wijze wordt bepaald.¹⁰⁹ Door de algemene regels inzake de vennootschapsbelasting te identificeren als het referentiestelsel, worden alle ondernemingen betrokken die op basis van objectieve criteria onderworpen zijn aan dezelfde algemene regels en daardoor de potentie hebben om feitelijk en juridisch vergelijkbaar te zijn met de betrokken ondernemingen waarop de steunmaatregel van toepassing is.

Het geïdentificeerde referentiestelsel is echter niet in elk geval zo breed als het vennootschapsbelastingstelsel. De Commissie heeft in het besluit betreffende een Britse CFC-vrijstelling

¹⁰⁶ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01), par. 142-144

¹⁰⁷ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01), par. 120

¹⁰⁸ HvJ 08-09-2011, Italië v Paint Graphos, C-78/08

¹⁰⁹ HvJ 08-09-2011, Italië v Paint Graphos C-78/08, par. 50

inzake groepsvrijstellingen¹¹⁰ gesteld dat het referentiestelsel gevormd wordt door de CFC-regels. De Commissie is hierbij gebleven ondanks de stelling van de Britse autoriteiten dat het Britse vennootschapsbelastingstelsel als referentiestelsel geïdentificeerd moet worden. Het doel en de opzet van het CFC-regime kan volgens de Britse autoriteiten alleen worden doorgrond in de context van de algemene benadering van het vennootschapsbelastingstelsel. Het Britse vennootschapsbelastingstelsel is territoriaal van aard. Het volgt hieruit dat het vennootschapsbelastingstelsel doelt op het belasten van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde belastingplichtigen over de winsten uit activa en activiteiten in het Verenigd Koninkrijk. Het CFC-regime heeft tot doel de belasting op winsten die kunstmatig zijn verlegd uit het Verenigd Koninkrijk naar gelieerde niet-ingezetenen te garanderen. Deze doelstelling wordt bereikt door een heffing op te leggen over deze kunstmatig verlegde winsten, de zogenoemde CFC-heffing. Het is in mijn opvatting terecht dat de Commissie de CFC-regels geïdentificeerd heeft als het referentiestelsel. De CFC-regels bepalen gezamenlijk vanuit een eigen doelstelling de belastbare grondslag voor de CFC-heffing. Dit maakt de CFC-regels, ondanks dat zij deel uitmaken van het Britse vennootschapsbelastingstelsel en de doelstelling van het CFC-regime afgeleid is van de doelstelling van het algemene Britse vennootschapsbelastingstelsel, voldoende onderscheidend om een referentiestelsel te vormen.

Het HvJ oordeelde daarentegen in de omstandigheden van het *Heitkamp* arrest¹¹¹ dat de regels voor het laten vervallen van verliezen als uitzondering op de algemene regel van overdracht van verliezen niet het referentiestelsel kan vormen. De belastingautoriteiten konden bij een deelneming die zou leiden tot het laten vervallen van verliezen ter sanering van een onderneming in moeilijkheden een belastingvrijstelling toekennen. Deze saneringsclausule is de litigieuze staatssteunmaatregel in dit arrest. De strekking van dit arrest betekent, als deze in alle gevallen opgaat, dat de CFC-regels als uitzondering op de algemene regels inzake het vennootschapsbelastingstelsel niet als referentiestelsel kan dienen. Het HvJ gaat in mijn opvatting in zijn oordeel niet zover dat het referentiestelsel niet gebaseerd kan zijn op een uitzondering van een algemene regel. Het HvJ bedoelt daarnaast ook niet dat het referentiestelsel vastgesteld moet worden aan de hand van algemene regels. Een dergelijke strekking heeft immers, zoals ook wordt verwoord in de noot bij het *Heitkamp* arrest¹¹², tot gevolg dat de uitzondering op een uitzondering, in het geval van het arrest de saneringsclausule, niet selectief kan zijn. Het HvJ heeft enkel geoordeeld dat de

¹¹⁰ Besluit (EU) 2019/1352 van de Commissie van 2 april 2019 betreffende steunmaatregel SA.44896 van het Verenigd Koninkrijk met betrekking tot een CFC-vrijstelling inzake groepsfinanciering

hoofdregel waarop een betrokken belastingregeling een uitzondering vormt niet automatisch het referentiestelsel vormt. De CFC-regels zijn de hoofdregel en de CFC-vrijstelling inzake groepsvrijstelling vormt een uitzondering op die regels, maar de vaststelling van de CFC-regels als referentiestelsel is niet gestoeld op dit gegeven. De vaststelling van het referentiekader is niet eenduidig vast te stellen en behoort bijgevolg voor elke steunmaatregel afzonderlijk vastgesteld worden.

Nadat het referentiestelsel geïdentificeerd is, kan als tweede stap worden nagegaan of de steunmaatregel een afwijking vormt op het referentiestelsel. Een afwijking wordt geconstateerd indien een onderscheid gemaakt wordt tussen ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, gelet op de doelstelling van het referentiestelsel.¹¹³ Volgens de bewoordingen in het *Adria-Wien Pipeline* arrest moest gelet worden op het doel van de maatregel en niet het referentiestelsel.¹¹⁴ Het staatssteunbegrip definieert een maatregel echter in relatie tot de gevolgen van die maatregel, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt op basis van zijn doel. In lijn hiermee bevestigde het *World Duty Group* arrest dat het doel van het referentiestelsel in plaats van de maatregel relevant is.¹¹⁵

De selectiviteit van een maatregel kan in de derde stap van de selectiviteitsanalyse worden gerechtvaardigd vanuit de algemene aard of opzet van het referentiestelsel. Een maatregel kan in de eerste plaats gerechtvaardigd worden als het in overeenstemming is met de basisbeginselen van het referentiesysteem.¹¹⁶ Daarbij zijn alleen de doelstelling relevant die inherent zijn aan het belastingstelsel zelf. De doelstellingen die buiten het belastingstelsel liggen worden derhalve niet in aanmerking genomen.¹¹⁷ De maatregel moet daarnaast gelet op zijn uitvoering evenredig zijn om gerechtvaardigd te worden, in die zin dat de maatregel niet door een veel minder ingrijpende manier bereikt kon worden.¹¹⁸

3.3.5 De (potentiële) vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer

Ten vierde moet de steun de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. De twee voorwaarden zijn verwerkt in hetzelfde criterium, omdat ze

¹¹³ Besluit (EU) 2019/1352, par. 49

¹¹⁴ HvJ 08-11-2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH v Finanzlandesdirektion für Kärnten*, C-143/99, par. 41

¹¹⁵ HvJ 21-12-2016, *Commissie v World Duty Free Group en anderen*, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, par. 57-58

¹¹⁶ HvJ 08-09-2011, *Italië v Paint Graphos*, C-78/08, par. 69

¹¹⁷ HvJ 08-09-2011, *Italië v Paint Graphos*, C-78/08, par. 69

¹¹⁸ HvJ 08-09-2011, *Italië v Paint Graphos*, par. 76

als algemene regel onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn.¹¹⁹ De vervalsing van de mededinging en de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer kunnen met elkaar in een causaal verband worden gebracht, waaruit de bespreking van deze voorwaarden in eenzelfde criterium logischerwijs volgt.

De verantwoordelijkheid voor het aantonen van de beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer en de verstoring van de mededinging is in het *Philip Morris* arrest¹²⁰ aan de orde gesteld. De verzoekster beweerde dat de invloed op het handelsverkeer moet worden onderzocht door het vaststellen van de relevante markt en het onderzoeken van de structuur van deze markt, op grond waarvan de invloed van steun op de concurrentieverhoudingen kan worden beoordeeld. Het HvJ heeft deze bewering echter afgewezen en een vermoeden voor de beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer vastgesteld. Het moet volgens dit vermoeden worden beschouwd dat de steun, die de positie van een onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen in het handelsverkeer tussen lidstaten versterkt, een invloed heeft op de laatstgenoemde ondernemingen en zodanig het handelsverkeer ongunstig beïnvloedt.¹²¹ Door te verwijzen naar de versterkte positie van één enkele onderneming, staat het ook vast dat de toelaatbaarheid van het vermoeden niet afhankelijk is van het aantal ondernemingen waaraan de steun is verleend.

Het later gewezen *WAM* arrest¹²² bevestigt het oordeel in het *Philip Morris* arrest met betrekking tot belastingwetgeving. De steun die in de vorm van een belastingverlaging in dat arrest werd verleend werd geacht het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig te kunnen beïnvloeden indien de ondernemingen die begunstigd zijn met de steun een economische activiteit uitoefenen in het kader van dit handelsverkeer of wanneer het denkbaar is dat zij concurreren met in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers.¹²³

Naast de beïnvloeding van het handelsverkeer moet de mededinging daarnaast vervalst worden of dreigen te vervallen voor de kwalificatie van staatssteun. Het is hiervoor in elk geval niet nodig de relevante markt te onderzoeken of het werkelijke effect van de betrokken steun op de marktprijzen aan te tonen¹²⁴. Mededingingsvervalsing kan met betrekking tot een APA en belastingmaatregelen in het

¹¹⁹ Gerecht van eerste aanleg 15-06-2000, *Alzetta Mauro en anderen v Commissie*, gevoegde zaken T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 tot T-607/97, T-1/98, T-3/98 tot T-6/98 en T-23/98, par. 81 en aldaar geciteerde rechtspraak van het HvJ.

¹²⁰ HvJ 17-09-1980, *Philip Morris BV v Commissie*, C-730/79

¹²¹ HvJ 17-09-1980, *Philip Morris BV v Commissie*, C-730/79, par. 11

¹²² HvJ 30-04-2009, *Commissie v Wam en Italië*, C-494/06 P

¹²³ HvJ 30-04-2009, *Commissie v Wam en Italië*, par. 51

¹²⁴ HvJ 30-04-2009, *Commissie v Wam en Italië*, par. 58

algemeen worden geacht aanwezig te zijn op basis van het *Boussac* arrest¹²⁵. Het volgt namelijk uit dit arrest dat de verleende steun de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen als de kosten verlaagd worden die de onderneming met betrekking tot de normale activiteiten of het dagelijks beheer normaliter zou hebben moeten maken.¹²⁶ Deze vorm van steun die hier beschreven wordt staat ook wel bekend als exploitatiesteun. De verlaging van de belastingdruk middels een APA houdt geen verband met een specifieke investering (investeringssteun), maar verlaagt de kosten van de begunstigden die zij anders zouden moeten dragen in hun normale bedrijfsuitoefening. Het moet dus worden aangenomen dat een APA de mededinging vervalst indien een voordeel is vastgesteld.

3.4 Onverenigbaarheid met de interne markt

De staatssteunmaatregel is niet automatische verboden indien voldaan is aan de vier criteria die in de vorige paragraaf toegelicht zijn. Artikel 107(2) VwEU staat staatssteun toe die verenigbaar zijn met de interne markt. Dit zijn de steunmaatregelen van sociale aard, de steunmaatregelen tot herstel van de schade die veroorzaakt is door natuurrampen of buitengewone omstandigheden en steunmaatregelen die compenseren voor bepaalde negatieve gevolgen van de deling van Duitsland. Artikel 107(3) VwEU geeft het HvJ daarnaast de discretionaire bevoegdheid om bepaalde categorieën steun goed te keuren die met de interne markt verenigbaar kunnen worden verklaard. Het voordeel dat potentieel middels een APA kan zijn toegekend verlaagt de kosten die een begunstigde anders had moeten dragen en is daarmee exploitatiesteun. Deze vorm van steun kan in het licht van de twee artikelen die hiervoor zijn genoemd en het concept van een APA alleen verenigbaar met de markt bevonden worden indien een APA de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid vergemakkelijkt.¹²⁷ De Commissie staat exploitatiesteun echter slechts in uitzonderlijke gevallen en onder bepaalde voorwaarden toe. Zo moet de steunmaatregel in principe degressief zijn, voor een beperkte periode gelden en voldoen aan het beginsel van proportionaliteit.¹²⁸ Een APA is op grond hiervan staatssteun die niet te verenigen is met de interne markt indien voldaan is aan de vier criteria die in de vorige paragraaf staan toegelicht.

De gevolgen van de vaststelling van staatssteun kan aan de hand van het systeem van de staatssteunregels worden toegelicht. Het toezicht op staatssteun is een *ex ante* systeem, waarbij steunmaatregelen voorafgaand aan de tenuitvoerlegging moeten worden aangekondigd aan de Commissie.¹²⁹ In afwachting

¹²⁵ HvJ 14-02-1990, Frankrijk v Commissie, C-301/87

¹²⁶ HvJ 14-02-1990, Frankrijk v Commissie, C-301/87, par. 44-45

¹²⁷ Art. 107 (3,c) VwEU

¹²⁸ Commission notice on the application of the State aid rules to measures relating to direct business taxation (98/C 384/03)par. 32

¹²⁹ Art. 108(3) VwEU

van een eindbeslissing met betrekking tot de overeenstemming van de steunmaatregel met artikel 107 VwEU is de lidstaat verboden de staatssteunmaatregel ten uitvoer te leggen.¹³⁰ De steun die ten uitvoer is gebracht voor de eindbeslissing of zonder een mededeling van het voornemen van een mogelijke steunmaatregel wordt aangemerkt als onrechtmatige staatssteun.¹³¹ Een lidstaat die onrechtmatige steun heeft verleend moet bij een negatieve beslissing alle maatregelen treffen die nodig zijn om de steun van de begunstigde terug te vorderen. De steun moet dus niet alleen gestaakt, maar ook teruggevorderd worden¹³². Hieraan gaat geen onderzoek vooraf of de begunstigde na staking van de steunmaatregel nog steeds voordelen zou ondervinden. Dit is gelet op de opzet van het systeem van het toezicht op staatssteun mijns inziens ook niet nodig. Naast de staking van de steunmaatregel moet de steun die verleend is ook teruggevorderd worden om de neutraliteit te bewaren met andere steunmaatregelen die een negatieve beslissing ontvingen op de aankondiging van die steunmaatregel. Laatstgenoemde steunmaatregelen zijn immers nooit ten uitvoer gebracht, welke uitkomst nagebootst moet worden in het geval van onrechtmatige steun.

3.4 Conclusie

Staatssteun is een vorm van negatieve integratie. Het specifieke doel van staatssteun is het voorkomen van concurrentievervalsing op de interne markt. Dit is echter geen doel op zich, maar past binnen het grotere doel van het onderhouden van de interne markt. Hierdoor bestaat de mogelijkheid dat staatssteun met betrekking tot directe belastingen wordt toegepast voor het bestrijden van belastingontwijking en agressieve belastingplanning.

Allereerst moet een voordeel worden geconstateerd voor de kwalificatie van een APA als staatssteun. Een voordeel treedt op als gevolg van een maatregel indien deze de kosten verlaagd die normaliter op de begroting van die onderneming drukken. Het bestaan van een voordeel kan wat betreft een APA bepaald worden op grond van een referentiestelsel, waartegen het voordeel vergeleken wordt. Het moet dan worden vastgesteld of de financiële situatie van de onderneming zonder de betrokken maatregel in het kader van het normale belastingstelsel op dezelfde wijze zou zijn verbeterd.

Ten tweede moet het voordeel verleend worden door een lidstaat of met staatsmiddelen zijn bekostigd om steun te zijn. Dit houdt in dat het voordeel direct of indirect met staatsmiddelen is bekostigd en de

¹³⁰ Art. 108(3) VwEU

¹³¹ Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015, art. 1(f)

¹³² Verordening (EU) 2015/1589, art. 16(1)

maatregel waaruit dat voordeel vloeit toerekenbaar is aan de lidstaat. Een APA voldoet inherent aan dit criterium op basis van de fiscale aard van de maatregel.

Ten derde moet de steunmaatregel bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigen. Dit wordt vastgesteld bij een niet te rechtvaardigen afwijking van het referentiestelsel. Het referentiestelsel bestaat uit alle regels die op grond van objectieve criteria algemeen van toepassing zijn op alle ondernemingen die vallen binnen het toepassingsgebied ervan. Het doel van die regels omschrijven het toepassingsgebied. De vaststelling van een referentiekader behoort voor elke steunmaatregel afzonderlijk plaats te vinden. Een afwijking wordt vastgesteld indien de maatregel een onderscheid maakt tussen juridisch en feitelijk vergelijkbare ondernemingen.

Ten vierde moet een vervalsing van de mededinging en een ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer optreden. Een vervalsing van de mededinging wordt geacht op te treden wanneer de begunstigde van de steunmaatregel een economische activiteit uitoefent en opereert op een grensoverschrijdende markt of wanneer het denkbaar is dat de begunstigde concurreert met de marktdeelnemers die gevestigd zijn in andere lidstaten. Daarnaast kan aangenomen worden dat het vervalsen van de mededinging optreedt door de exploitatiesteun die middels een APA verleend wordt.

Het is waarschijnlijk dat een APA staatssteun vormt die onverenigbaar is met de interne markt zodra cumulatief voldaan is aan deze vier criteria. De onrechtmatige staatssteun wordt volgens het ex ante systeem van het toezicht op staatssteun bij de vaststelling van staatssteun gestaakt en teruggevorderd.

4. STAATSSTEUN IN DE CONTEXT VAN EEN APA: DE BENADERING VAN DE COMMISSIE

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de eindbeslissingen inzake staatssteun van Fiat Finance and Trade, Starbucks, Apple en Amazon geanalyseerd met het oog op het beantwoorden van de volgende deelvraag:

“Wat is de invulling van de criteria voor de aanwezigheid van staatssteun met betrekking tot een Advance Pricing Agreement in de benadering van de Europese Commissie?”

De Commissie heeft in alle gevallen de beslissing genomen dat de betrokken lidstaat staatssteun heeft verleend door de toepassing van de desbetreffende APA en in alle zaken hebben de betrokken partijen beroep aangetekend tegen de beslissing. De bespreking van de redenering die aan haar oordeel ten grondslag ligt, licht de wijze toe waarop de verrekenprijswet in de opvatting van de Commissie door een APA moeten worden geïnterpreteerd en toegepast.

4.2 Staatssteun die Luxemburg heeft verleend aan Fiat

4.2.1 Achtergrond

De als eerst gepubliceerde beslissing die uit het onderzoek van de Commissie in rulingspraktijken voortvloeit betreft een APA afkomstig van de belastingautoriteiten in Luxemburg overeengekomen in 2012 die volgens de Commissie staatssteun verleende aan Fiat Finance and Trade (FFT).¹³³ FFT, die zijn hoofdkantoor in Luxemburg gesitueerd heeft, maakt deel uit van de Fiat-groep. Deze groep bestond in de loopduur van de bestreden APA uit Fiat S.p.A.¹³⁴, een in Italië gevestigde onderneming, en alle ondernemingen die onder zeggenschap van Fiat S.p.A. staan. De activiteiten die in het onderzoek van de Commissie van belang zijn bestaan uit de verstrekking van grensoverschrijdende leningen door FFT binnen de groep. De APA stelt een vergoeding vast voor de gebruikte activa en de aangegane risico's van 2.542 miljoen euro met een neerwaartse of opwaartse marge van tien procent.¹³⁵ De gebruikte activa en de aangegane risico's reflecteren de functie die FFT binnen de groep vervult en de vergoeding daarvan vormt de belastinggrondslag die FFT jaarlijks in Luxemburg verschuldigd is. De APA wijst uit dat de gekozen verrekenprijsmethode voor de vaststelling voor deze vergoeding de transactionele 'net margin methode' (TNMM) is.¹³⁶

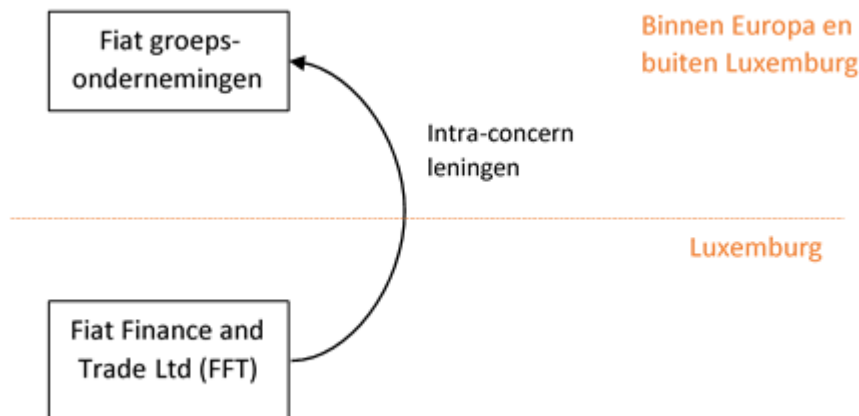
¹³³ Besluit van de Commissie van 21.10.2015 betreffende steunmaatregel SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) (Fiat-beslissing)

¹³⁴ Italiaanse ondernemingsvorm, vergelijkbaar met de Nederlandse naamloze vennootschap

¹³⁵ Fiat-beslissing par. 52.

¹³⁶ Fiat-beslissing, par. 55

Figuur 4.1 Belastingstructuur FFT



De Commissie betwijfelde of de manier waarop de winst van FFT aan de hand van de APA is toegerekend in overeenstemming is met het arm's length beginsel en bijgevolg staatssteun inhoudt. De overwegingen van de Commissie voor het inleiden van de procedure zijn tweeledig. De Commissie trekt allereerst de TNMM als gekozen methode voor het benaderen van de verrekenprijs in twijfel. Het gebruik van de CUP-methode als een meer directe methode zou in dit geval de voorkeur hebben.¹³⁷ De Commissie betwijfelt daarnaast de manier waarop het vereiste rendement op het eigen vermogen is benaderd. Het kapitaal en de mate van vergoeding die op dit kapitaal van toepassing is, zou op een te laag niveau zijn vastgesteld.¹³⁸ Het bevestigen van een belastinggrondslag op een min of meer vast bedrag werd ook als reden voor het inleiden voor de procedure opgesteld, maar op basis van de belastinggrondslagen van FFT voor de periode van 2009-2013¹³⁹ wordt het duidelijk dat de APA alleen akkoord gaat met de methodologie voor het bepalen van de verrekenprijs en niet met een min of meer vaste bandbreedte. De overwegingen van de Commissie leiden uiteindelijk, als deze overwegingen de werkelijkheid reflecteren, tot een rente voor intra-concernleningen die te hoog is vastgesteld, wat resulteert in een verlaagde belastingschuld in Luxemburg.

4.2.2 Beslissing

De kwalificatie van staatssteun is afgezien van het criterium van voordeel en selectiviteit relatief ongecompliceerd. Het criterium van de verlening van steun door een lidstaat of de bekostiging met staatsmiddelen wordt grotendeels afhankelijk gesteld van de vaststelling van een voordeel. Er is volgens de Commissie sprake van een directe bekostiging met staatsmiddelen indien de APA leidt tot een verlaging

¹³⁷ Fiat-beslissing, par. 132

¹³⁸ Fiat-beslissing, par. 133

¹³⁹ Fiat-beslissing, par. 101

van de belastingschuld ten opzichte van het referentiestelsel.¹⁴⁰ De APA is daarnaast afkomstig van de bevoegde autoriteit die deel uitmaakt van de belastingdienst van Luxemburg en om die reden toerekenbaar aan de lidstaat.¹⁴¹ De ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer noemt de Commissie als apart criterium, waaraan voldaan is doordat FFT deel uitmaakt van de in alle lidstaten opererende Fiat-groep.¹⁴² De potentiële vervalsing van de mededinging werd geacht aanwezig te zijn bij de oplevering van een voordeel door de APA.¹⁴³

De Commissie begon met betrekking tot het criterium van selectiviteit met de kennisneming van de door het HvJ ontwikkelde drie-stappenanalyse. De Commissie was, wat de eerste stap van de analyse betreft, van mening dat de algemene regels inzake het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel het geschikte referentiestelsel is.¹⁴⁴ Bezien het doel van dit referentiestelsel, namelijk de belastingheffing van de bedrijfswinsten van alle ondernemingen die binnen zijn werkingssfeer vallen, heeft de Commissie gekozen voor een vrij ruim en allesomvattend referentiestelsel. De identificatie van het nationale vennootschapsbelastingstelsel als referentiestelsel is voornamelijk gebaseerd op het oordeel van het HvJ in het *Paint Graphos* arrest.¹⁴⁵ Luxemburg en FFT betoogden anderzijds dat de nationale verrekenprijsregels het referentiestelsel moest vormen.¹⁴⁶ De identificatie van de verrekenprijsregels als het referentiestelsel zou alleen geïntegreerde ondernemingen betrekken in de analyse van selectiviteit. Het uitsluiten van niet-geïntegreerde ondernemingen¹⁴⁷ leidt volgens de Commissie tot een kunstmatig onderscheid tussen geïntegreerde¹⁴⁸ en niet-geïntegreerde ondernemingen die het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel niet erkent.¹⁴⁹

De Commissie merkt aangekomen bij de tweede stap op dat de vaststelling van selectiviteit op basis van een afwijking van het referentiestelsel samenvalt met de wijze waarop een voordeel wordt vastgesteld.¹⁵⁰ De APA is vervolgens bestempeld als een individuele maatregel en de Commissie stelt op basis van het

¹⁴⁰ Fiat-beslissing, par. 188

¹⁴¹ Fiat-beslissing, par. 187

¹⁴² Fiat-beslissing, par. 189

¹⁴³ Fiat-beslissing, par. 189

¹⁴⁴ Fiat-beslissing, par. 194

¹⁴⁵ HvJ 08-09-2011, Italië v Paint Graphos, C-78/08

¹⁴⁶ Besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure betreffende steunmaatregel SA.38374 (2014/C ex 2014/NN), par. 73

¹⁴⁷ Binnenlandse op zichzelf staande ondernemingen

¹⁴⁸ Ondernemingen behorend tot een groep

¹⁴⁹ Fiat-beslissing, par. 213

¹⁵⁰ Fiat-beslissing, par. 217

MOL arrest¹⁵¹ dat de constatering van een economisch voordeel in principe voldoende is om het vermoeden van selectiviteit te handhaven.¹⁵² De focus verschuift op basis van deze uitgangspunten van de vaststelling van selectiviteit naar de vaststelling van een selectief voordeel.

De Commissie past voor de vaststelling van een selectief voordeel niet het arm's length beginsel toe dat is afgeleid van art. 9 OESO-MV. In plaats daarvan past de Commissie het arm's length beginsel toe dat in haar redenering voortvloeit uit art. 107(1) VwEU.¹⁵³ De Commissie verwerpt daarmee het argument dat haar benadering de interpretatie van het Luxemburgse recht door nationale autoriteiten ten onrechte verdringt.¹⁵⁴ De toepassing van het arm's length beginsel dat is ingebed in de EU-wetgeving wordt onderbouwd onder verwijzing van het *Forum 187* arrest¹⁵⁵. Het HvJ heeft aldaar geoordeeld dat om te bepalen of een methode voor de berekening van het belastbaar inkomen een voordeel oplevert, dit regime moet worden vergeleken met het 'normale' belastingstelsel. Het 'normale' belastingstelsel is in die zin gebaseerd op het verschil tussen de winsten en verliezen van een onderneming die haar activiteiten in een context van vrije mededinging uitoefent.¹⁵⁶

FFT heeft met betrekking tot de constatering van een selectief voordeel naar voren gebracht dat de CUP-methode in dit geval niet de meest geschikte methode was. De verschillende voorwaarden waaronder FFT een lening verleent zou vereisen dat voor elke afzonderlijke lening vergelijkbare transacties moeten worden gevonden.¹⁵⁷ Daarnaast is er geen intern vergelijkingsmateriaal beschikbaar voor de toepassing van de CUP-methode.¹⁵⁸ De Commissie gaat erin mee dat de toepassing van een minder directe methode die niettemin geschikter is de voorkeur verdient.¹⁵⁹ De Commissie houdt wel vast dat de keuze voor de verrekenprijsmethode niet arbitrair kan zijn, hetgeen met de staatssteunregels kan worden afgedwongen. Dit vloeit voort uit de constatering dat geïntegreerde en niet-geïntegreerde ondernemingen juridisch en feitelijk vergelijkbaar zijn. Het volledig overlaten van de keuze van de te hanteren verrekenprijsmethode aan de belastingbetaler kan immers volgens de Commissie resulteren in een voordeel van geïntegreerde

¹⁵¹ HvJ 04-06-2015, Commissie v *MOL*, C- 15/14 P

¹⁵² HvJ 04-06-2015, Commissie v *MOL*, C- 15/14 P, par. 60

¹⁵³ Fiat-beslissing, par. 228

¹⁵⁴ Fiat-beslissing, par. 229

¹⁵⁵ HvJ 22-06-2006, België en *Forum 187* v Commissie, Gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03

¹⁵⁶ HvJ 22-06-2006, België en *Forum 187* v Commissie, Gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, par. 96 en 97

¹⁵⁷ Fiat-beslissing, par. 246

¹⁵⁸ Fiat-beslissing, par. 161

¹⁵⁹ Fiat-beslissing, par. 246

ondernemingen ten opzichte van niet-geïntegreerde ondernemingen, aangezien niet-geïntegreerde ondernemingen geen manier hebben om de belastinggrondslag aan te passen.¹⁶⁰

Ondanks de goedkeuring van de Commissie voor het gebruiken van de net-margin methode kan zij het niet eens zijn met de wijze waarop deze methode werd toegepast. De Commissie is na een onderzoek van de gebruikte parameters uiteindelijk tot de conclusie gekomen dat de in de APA gehanteerde methode voor de vaststelling van de belastingbare winst van FFT niet in lijn is met het arm's length beginsel.¹⁶¹ Het volgt hieruit dat de APA een selectief voordeel oplevert, in die zin dat het heeft geleid tot een verlaging van de belastingschuld in het kader van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel ten opzichte van niet-geïntegreerde ondernemingen die in Luxemburg belastbaar zijn. De APA vormt dus staatssteun in de zin van artikel 107(1) VwEU.

4.3 Staatssteun die Nederland aan Starbucks verleend heeft

4.3.1 Achtergrond

De Commissie heeft op dezelfde dag als de Fiat-beslissing een beslissing genomen over de APA die Nederland aan Starbucks Manufacturing EMEA BV (SMBV) in 2008 ten uitvoer had gelegd.¹⁶² SMBV is een dochteronderneming opgericht in Nederland die deel uitmaakt van de Starbucks-groep. De Starbucks-groep wordt gevormd door Starbucks Corporation die haar hoofdkantoor heeft in de VS en alle ondernemingen die onder zeggenschap van Starbucks Corporation staan. SMBV is de enige entiteit die koffie brandt binnen Europa. Naast het branden van koffie verkoopt en distribueert zij gebrande koffie en koffie-gerelateerde producten aan haar eigen koffiewinkels. De APA die is toegelegd aan Starbucks bevestigt de vaststelling van royaltybetalingen van SMBV voor het gebruik van de intellectuele eigendomsrechten op het koffiebrandproces in licentie van Alki LP, een zusteronderneming van SMBV gevestigd in Engeland.¹⁶³ Daarnaast bekrachtigt de APA de betalingen van SMBV voor de levering van groene koffiebonen.¹⁶⁴ De leverancier van deze koffiebonen is ook een zusteronderneming van SMBV en heeft haar hoofdkantoor in Zwitserland.

De Commissie leidde de procedure tegen Starbucks en Nederland voornamelijk in, omdat zij betwijfelde of de vergoedingen voor de uitgeoefende functies van SMBV in lijn was met het arm's length beginsel. In het bijzonder was het feit dat de royaltybetalingen niet gekoppeld waren aan de waarde van de betrokken

¹⁶⁰ Fiat-beslissing, par. 242

¹⁶¹ Fiat-beslissing, par. 317

¹⁶² Besluit van de Commissie van 21.10.2015 betreffende steunmaatregel SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) (Starbucks-beslissing)

¹⁶³ Starbucks-beslissing, par. 44

¹⁶⁴ Starbucks-beslissing, par. 42-43

intellectuele eigendomsrechten, en de veronderstelling in het verrekenprijssrapport dat SMBV een loonproducent met een laag risico is, redenen voor het inleiden van de procedure.¹⁶⁵ Daarbij zijn de royaltybetalingen aftrekbaar van de Nederlandse belastinggrondslag, maar worden dezelfde betalingen niet onderworpen aan de vennootschapsbelasting in zowel Nederland als Groot-Brittannië. Alki LP, een Britse limited partnership¹⁶⁶ die in dit geval de meeste gelijkenis vertoont met de besloten commanditaire vennootschap in Nederland, is onder het fiscale systeem van Groot-Brittannië fiscaal transparant. De achterliggende vennoten van Alki LP zijn gevestigd in de VS, waar de royaltybetalingen ook niet in de heffing wordt betrokken. Alki LP wordt in de VS namelijk als een rechtsfiguur beschouwd die niet fiscaal transparant is. De royaltybetalingen, voor zover deze boven de marktwaarde worden vastgesteld, voegen toe aan het belastingvoordeel¹⁶⁷ dat hierdoor ontstaat. De hybride mismatch die dit belastingvoordeel veroorzaakt wordt niet genoemd als reden voor het inleiden van deze procedure, maar draagt in mijn opvatting als onderdeel van de belastingstructuur bij aan het belang van de kwalificatie van staatssteun.

Figuur 4.2 Belastingstructuur Starbucks Manufacturing EMEA BV



4.3.2 Beslissing

De uiteindelijke constatering van een afwijking van het arm's length beginsel heeft, vergelijkbaar met de Fiat-beslissing tot gevolg dat de APA beschouwd moet worden als staatssteun. In het algemeen is de beslissing van de Commissie met betrekking tot de APA die aan Starbucks is toegelegd vergelijkbaar met

¹⁶⁵ Starbucks-beslissing, par. 157

¹⁶⁶ Belastingdienst NL (2013), 'Lijst Gekwalificeerde buitenlandse samenwerkingsverbanden, p. 2

¹⁶⁷ Zie voor een diepere uitwerking van het belastingvoordeel dat is ontstaan de toelichting van de belastingstructuur van Amazon in par. 4.5.1.

de Fiat-beslissing, zoals blijkt uit zowel de redenering van de Commissie als de argumenten die door Nederland en de SMBV worden aangevoerd. Ik verwijs om niet in herhaling te vervallen voor een toelichting van de benadering van de Commissie in deze beslissing naar de toelichting van de Fiat-beslissing in par. 4.2.2.

4.4 Staatssteun die Ierland verleend aan Apple

4.4.1 Achtergrond

Deze beslissing van de Commissie betreft een APA die verleend is door Ierland aan Apple Operations Europe (AOE) en Apple Sales International (ASI)¹⁶⁸, twee in Ierland opgerichte ondernemingen die behoren tot de Apple-groep. ASI schaft eindproducten aan van vooraf bepaalde fabrikanten op basis van een voorspelling van de toekomstige vraag en verkoopt de producten door in Europa, het Midden-Oosten, Afrika en India. Daarnaast houdt zij zich bezig met de distributie van producten en de klantenservice na de verkoop. De producten kwamen Ierland meestal niet binnen. De winst van deze producten werd daarentegen wel in Ierland geboekt, aangezien de klanten bij ASI kochten in plaats van de fabrikanten die hun producten aan ASI verkochten en ASI geen vaste inrichting aangegeven heeft in de regio's waar de Apple producten zijn verkocht¹⁶⁹. AOE produceert een gespecialiseerd assortiment computers en levert al haar eindproducten aan gelieerde partijen. ASI en AOE hadden het recht om het intellectuele eigendom van Apple te gebruiken en zodanig Apple-producten te produceren en verkopen door een kostendelingsovereenkomst met het Amerikaanse moederbedrijf. Ingevolge de overeenkomst betaalden ASI en AOE jaarlijks een deel van de gezamenlijke kosten van de onderzoek en ontwikkeling van Apple-producten, gebaseerd op de verkoop van producten in hun respectieve sector.¹⁷⁰ Deze betalingen zijn aftrekbaar onder het Ierse vennootschapsbelastingstelsel.

Noch ASI, noch AOE kon aangemerkt worden als een inwoner van Ierland voor belastingdoeleinden. De twee ondernemingen zijn beiden opgericht in Ierland, maar de plaats van feitelijke leiding is gelegen in de VS. Dit had te betekenen dat ASI en AOE geen inwoners waren van Ierland.¹⁷¹ De VS, het land dat Ierland heeft aangemerkt als de plaats van feitelijke leiding, heeft daarnaast een op het nationaliteitsbeginsel gebaseerde belastingstelsel. De hoofdkantoren van ASI en AOE zijn niet opgericht naar Amerikaans recht waardoor ze ook geen ingezetenen zijn voor belastingdoeleinden in dat land. ASI en AOE opereren allebei

¹⁶⁸ Besluit van de Commissie van 30-08-2016 betreffende steunmaatregel SA.38373 (2014/C ex 2014/NN) (Apple-beslissing)

¹⁶⁹ Apple-beslissing, par. 58

¹⁷⁰ Apple-beslissing, par. 121

¹⁷¹ Apple-beslissing, par. 49

vanuit een filiaal, die voor belastingdoeleinden beschouwd wordt als een vaste inrichting, waarvan het hoofdkantoor geen fysieke aanwezigheid of werknemers heeft en niet gevestigd is in een rechtsgebied.¹⁷²

Ierland heeft twee APAs ten uitvoer gelegd ten behoeve van ASI en AOE, waarin werd overeengekomen dat ASI en AOE in Ierland alleen belastbaar zijn voor de functies die zij binnen hun vaste inrichtingen in Ierland vervullen. Ierland heeft middels de APAs met betrekking tot de vaststelling van de belastbare winst in dat land de 'profit split' methode goedgekeurd. De uitvoering van deze methode wijst bijna alle verkoopwinsten niet aan Ierland toe, maar aan het hoofdkantoor van ASI en AOE. De Ierse belastingdienst heeft hierbij niet bepaald waar de hoofdkantoren waren gelokaliseerd, maar heeft alleen vastgesteld dat er geen hoofdkantoren zijn in Ierland.¹⁷³

4.4.2 Beslissing

4.4.2.1 Algemeen

De bespreking van de beslissing van de Commissie valt uiteen in twee delen. Allereerst wordt ingegaan op de toerekenbaarheid van een voordeel, aangezien de Commissie het standpunt inneemt dat de geboekte winst van een vaste inrichting volgens de staatssteunregeling altijd ergens toegerekend moet worden. Het is hierbij de vraag of de aanwezigheid van een mismatch in de belastingstructuur van Apple toe te rekenen is aan Ierland. Ten tweede wordt de benadering van de Commissie met betrekking tot de vaststelling van een selectief voordeel besproken in het licht van de Ierse belastingwetgeving.

4.4.2.1 De toerekenbaarheid van een voordeel in relatie tot de winsttoerekening van vaste inrichtingen

De Apple-beslissing is het tweede geval waarin de feiten van de zaak een hybride mismatch beschrijven. Een hybride mismatch is het gevolg van een wettelijk verschil in de kwalificatie van een financieringsinstrument of een entiteit tussen verschillende rechtsgebieden. De VS en Ierland houden er andere regels op na waar het gaat om de fiscale woonplaats van een entiteit, wat in dit geval heeft geleid tot de kwalificatie van AOE en ASI als dubbele niet-ingezetenen.¹⁷⁴ De ondernemingen hebben volgens de wetgeving van elk rechtsgebied geen fiscale woonplaats in dat gebied. De dispariteiten tussen verschillende belastingstelsels kunnen in beginsel zowel positief als negatief uitwerken voor een onderneming. De hybride mismatch resulteert hier in een dubbele niet-heffing van inkomsten en levert derhalve een voordeel op. De belastingbepalingen die in combinatie een hybride mismatch teweegbrengen zijn afzonderlijk beschouwd voor de vaststelling van staatssteun niet per se toerekenbaar

¹⁷² Apple-beslissing, par. 50

¹⁷³ Apple-beslissing, par. 266 en 274

¹⁷⁴ Apple-beslissing, par. 52

aan een Staat, aangezien de mismatch niet als opzettelijk beschouwd kan worden.¹⁷⁵ De hybride mismatch maakt deel uit van de belastingconstructie van Apple, maar staatssteun wordt in dit geval niet bepaald door de aanwezigheid van een hybride mismatch. De Commissie betreft de hybride mismatches ook niet in de bespreking van het criterium van toerekenbaarheid. Het wordt enkel beknopt besproken dat de APA afkomstig is van Ierland en bijgevolg toerekenbaar is aan deze lidstaat.¹⁷⁶ Naast het criterium van toerekenbaarheid behoeften de criteria voor de vaststelling van staatssteun, afgezien van het criterium van een selectief voordeel, in lijn met voorgaande beslissingen niet veel overweging.

Indien de staat een voordeel toekent aan een begunstigde, is de maatregel per definitie toe te rekenen aan de staat. Het voordeel uit die maatregel moet echter ook aan de staat worden toegerekend om als selectief te worden beschouwd. De Commissie past een benadering toe die begint bij het vaststellen van de winst die door ASI en AOE is geboekt gebaseerd op de Ierse belastingwetgeving.¹⁷⁷ Die winst wordt vervolgens verdeeld tussen het hoofdkantoor en de vaste inrichting zonder restant.¹⁷⁸ Hierbij wordt de feitelijke situatie waarbij ASI en AOE zich in een ander rechtsgebied bevinden dan het hoofdkantoor, vergeleken met de situatie waarin het hoofdkantoor in hetzelfde rechtsgebied gevestigd is als AOE en ASI. Dit volgt uit het standpunt van de Commissie dat bij de winsttoerekening van een vaste inrichting ook rekening gehouden moet worden met de gebruikte activa, de uitgevoerde functies en de risico's van het hoofdkantoor.¹⁷⁹ Het standpunt van de Commissie en de benadering die daaruit volgt komen niet overeen met de bepaling over de toerekening van de winsten van een vaste inrichting in het OESO-Modelverdrag¹⁸⁰, die een benadering volgt waarbij de vaste inrichting als afzonderlijke entiteiten worden behandeld. Het commentaar op dit artikel geeft aan dat de bepaling in lijn met die benadering niet de totale winst verdeeld over de vaste inrichting en het hoofdkantoor, maar de vaste inrichting behandelt als een van het hoofdkantoor losstaande entiteit.¹⁸¹ Het gevolg van de benadering van de Commissie is dat er geen winst kan bestaan die niet toe te rekenen is aan een rechtsgebied, aangezien dit in een vergelijkbare binnenlandse situaties ook niet het geval is. Een dubbele non-heffing van belasting kan immers niet voorkomen binnen een rechtsgebied, aangezien er geen mismatches tussen de fiscale wetgeving van rechtsgebieden denkbaar zijn. De wereldwijde inspanningen tegen grondslaguitholling en

¹⁷⁵ Luja 2015, p. 15

¹⁷⁶ Apple-beslissing, par. 221

¹⁷⁷ Wattel 2016, p. 799

¹⁷⁸ Wattel 2016, p. 799

¹⁷⁹ Apple-beslissing, par. 281-294

¹⁸⁰ Art. 7, lid 2, OESO-MV

¹⁸¹ OECD, Model Tax Convention on Income and On Capital; Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention, p. 177 (par.2, onderdeel 17)

winstverschuiving (BEPS) zijn echter niet zo ver gevorderd om dit te bewerkstelligen¹⁸². De benodigde toerekenbaarheid van een voordeel aan de staat zorgt er in mijn opvatting voor dat niet alle winst van een vennootschap in principe moet worden toegerekend aan haar vaste inrichting indien in het hoofdhuis nauwelijks activiteiten plaatsvinden. De Commissie heeft in een persbericht wel aangekondigd dat niet het volledige bedrag aan staatssteun teruggevorderd moet worden door Ierland, indien een deel van de winst toe te rekenen is aan een geheel andere onderneming.¹⁸³ In dat geval zou ook niet worden toegekomen aan het toerekenen van de winst aan een vaste inrichting.¹⁸⁴ Het deel van de winst dat toegerekend kan worden aan het niet uitoefenen van de fiscale bevoegdheid in de VS met betrekking tot het hoofdkantoor wordt echter niet vermeld. Desalniettemin zou de vermelding hiervan alsnog uitgaan van de veronderstelling dat alle delen van de winst in het kader van de staatssteunregeling zonder restant moeten worden toegerekend aan een rechtsgebied.

4.4.2.2 De vaststelling van een selectief voordeel

De Commissie voegt de criteria van selectiviteit en een economisch voordeel wederom samen en herhaalt voor de vaststelling van een selectief voordeel in de eerste plaats haar standpunt dat het referentiestelsel wordt vormgegeven door het nationale vennootschapsbelastingstelsel¹⁸⁵, in dit geval de algemene regels voor de vennootschapsbelasting in Ierland. Ierland en Apple identificeerden daarentegen Sectie 25 van de Taxes Consolidation Act 1997 (hierna: 25 TCA 1997) als het referentiestelsel.¹⁸⁶ Deze sectie regelt de fiscale behandeling van niet-ingezetene ondernemingen met een vaste inrichting in Ierland. De reikwijdte van het referentiestelsel wordt zodanig beperkt tot deze niet-ingezetene ondernemingen, waarbij de partijen als argument aanvoeren dat ingezetene vennootschappen juridisch en feitelijk niet vergelijkbaar zijn met niet-ingezetene vennootschappen. Deze niet-ingezetene ondernemingen worden alleen belast over de winst die toe te rekenen is aan hun uitgeoefende functies, in tegenstelling tot ingezeten ondernemingen die belast worden over hun wereldinkomen. De Commissie accepteert dit onderscheid, maar is het niet eens dat om die reden het referentiestelsel gevormd wordt door Sectie 25 TCA 1997.¹⁸⁷

De Commissie gebruikt vervolgens het arm's length beginsel als ijkpunt waartegen een selectief voordeel kan worden vastgesteld. Ierland en Apple voeren hier tegenin dat de algemene beginselen van de OESO-richtlijnen niet toegepast kunnen worden, tenzij de beginselen door de omzetting van art. 9 OESO-MV zijn

¹⁸² Wattel 2016, p. 800

¹⁸³ Press release Apple-beslissing, IP/16/2923

¹⁸⁴ Douma, NTFR 2016-2189

¹⁸⁵ Apple-beslissing, par. 228

¹⁸⁶ Apple-beslissing, par. 236

¹⁸⁷ Apple-beslissing par. 237

opgenomen in de Ierse wetgeving.¹⁸⁸ Sectie 25 TCA 1997 verwijst niet naar het arm's length beginsel van de OESO-richtlijnen als de passende winstverdelingsmethode en is volgens Ierland en Apple derhalve niet bepalend voor de toerekening van de winst aan een Ierse vaste inrichting. Daarenboven voeren de partijen aan dat pas in 2010 een overeenkomst op OESO-niveau bereikt werd over de toerekening van winst aan een vaste inrichting overeenkomstig artikel 7 van het OESO-Modelverdrag.¹⁸⁹ De betrokken APA zijn in 1991 en 2007 overeengekomen, waardoor de beginselen van de OESO-richtlijnen niet van toepassing zouden zijn. Het is evident dat de partijen de toepassing van het arm's length beginsel door de Commissie zien als een verharding van soft law. De term 'soft law' of vrij vertaald zachte wetgeving verwijst hier naar de niet-juridisch bindende status van de beginselen van de OESO-richtlijnen en de verharding verwijst soortgelijk naar het juridisch bindend worden van deze beginselen. De Commissie verwierp de argumenten van Apple en Ierland en herhaalde het standpunt dat het arm's length beginsel voortvloeit uit artikel 107 VwEU en derhalve bindend is voor de lidstaten, ongeacht of deze het beginsel in hun nationale rechtstelsels hebben opgenomen.¹⁹⁰

4.5 Staatssteun die Luxemburg verleend aan Amazon

4.5.1 Achtergrond

De Amazon-beslissing¹⁹¹ is de meest recente eindbeslissing van de Commissie met betrekking tot APAs. Het betreft de fiscale behandeling door Luxemburg, bevestigd met een APA, van twee in Luxemburg gevestigde ondernemingen van de Amazon-groep: Amazon EU en Amazon Europe Holding Technologies. Amazon EU SARL, die hierna wordt aangeduid als LuxOpCo, is een werkmaatschappij die tevens fungeert als het hoofdkantoor van de Amazon-groep binnen Europa. In haar rol als de Europese werkmaatschappij treedt LuxOpCo op als de hoofdexploitant van de detailhandels- en serviceactiviteiten die worden aangeboden in de Europese webwinkels van Amazon. De andere onderneming, Amazon Europe Holding Technologies SCS, hierna aangeduid als LuxSCS, is een houdstermaatschappij die een tussenschakel vormt voor de werkmaatschappij LuxOpCo en het hoofdkantoor van Amazon in de VS. De houdstermaatschappij heeft de rechtsfiguur van een 'société en commandite simple' (SCS), hetgeen in grote lijnen vergelijkbaar is met een commanditaire vennootschap¹⁹². LuxSCS wordt vanuit het perspectief van de Luxemburgse belastingwetgeving omschreven als een fiscaal transparante entiteit, waardoor deze SCS specifiek het

¹⁸⁸ Apple-beslissing, par. 152

¹⁸⁹ Apple-beslissing, par. 177

¹⁹⁰ Apple-beslissing, par. 257

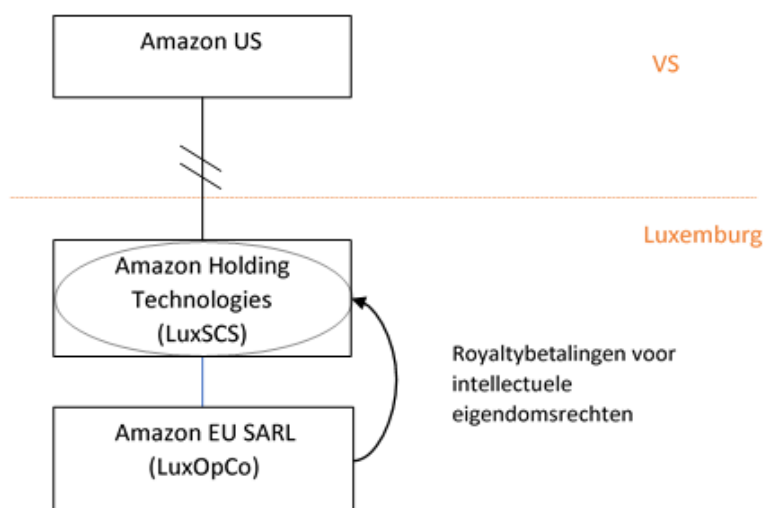
¹⁹¹ Besluit van de Commissie van 14.10.2017 betreffende steunmaatregel SA.38944 (2014/C ex 2014/NN) (Amazon-beslissing).

¹⁹² Belastingdienst NL (2013), 'Lijst Gekwalificeerde buitenlandse samenwerkingsverbanden', p. 4

meest vergelijkbaar is met een besloten commanditaire vennootschap. De achterliggende vennoten van LuxSCS waren gedurende de periode dat de APA van kracht was altijd Amerikaanse ondernemingen.

LuxSCS heeft een licentie voor de intellectuele, internationale, eigendomsrechten van de Amerikaanse moedermaatschappij en ontwikkelt het intellectuele eigendom verder onder een kostenverdelingsovereenkomst. Vervolgens verleent LuxSCS het intellectuele eigendom in licentie aan LuxOpCo, waarvoor LuxOpCo royaltybetalingen verschuldigd is. De werkmaatschappij gebruikt de exclusieve licentie om de Europese detailhandelsactiviteiten van Amazon te beheren. De APA die ten uitvoer is gelegd aan LuxOpCo heeft met name bevestigd dat de hoogte van de royaltybetalingen die LuxOpCo aan LuxSCS moet betalen at arm's length is.¹⁹³ De relevante periode van de APA loopt van 1 mei 2006 tot aan 30 juni 2004. Luxemburg heft met ingang van 1 januari 2004 geen bronbelasting op royaltybetalingen aan niet-ingezetenen. Daarnaast is een SCS in Luxemburg een fiscaal transparante entiteit. Als gevolg hiervan wordt er in Luxemburg geen belasting geheven over de royaltybetalingen. In de VS, het land van de achterliggende vennoten van SCS, wordt de houdstermaatschappij voor fiscale doeleinden behandeld als een niet transparante entiteit onder het "check-the-box" systeem¹⁹⁴. De belastingheffing van de achterliggende vennoten van LuxSCS kan door dit verschil in fiscale behandeling van de SCS voor onbepaalde tijd worden uitgesteld voor zover de winsten niet naar de VS worden gerepatriëerd.

Figuur 4.3 Belastingstructuur Amazon EU



¹⁹³ Amazon-beslissing, par. 154

¹⁹⁴ Het check-the-box systeem biedt sinds 1 januari 1997 de mogelijkheid om binnenlandse en buitenlandse entiteiten onder voorwaarden als fiscaal (non-)transparant te kwalificeren.

De redenen voor het inleiden van de procedure hadden volgens de Commissie echter geen betrekking op deze verschillende fiscale behandeling van lidstaten. Het besluit tot een formele onderzoeksprocedure werd enkel gebaseerd op de inhoud van de APA en de wijze waarop deze tot stand is gekomen. In de eerste plaats had Luxemburg geen verrekenprijzenrapport ingediend ter onderbouwing van het verzoek voor de Amazon APA, waardoor bij de Commissie twijfel ontstond over het bestaan van een verrekenprijzenrapport.¹⁹⁵ De APA leek ook in een ongewoon korte tijd, namelijk elf dagen¹⁹⁶, tot stand te zijn gekomen en een eveneens ongebruikelijke werkingsduur van 10 jaar te hebben zonder tussentijdse herziening.¹⁹⁷ Wat de inhoud van de verrekenprijsovereenkomst in de APA betreft, bekritiseert de Commissie allereerst het feit dat de gekozen verrekenprijsmethode niet overeenkomt met het een van de methoden in het OESO-richtlijnen. Het staat een belastingplichtige vrij om af te wijken van een van deze methodes¹⁹⁸, maar in de afwezigheid van een verrekenprijzenrapport kan het ook in mijn opvatting wel twijfels doen rijzen of de belastingautoriteiten van Luxemburg naar behoren hebben bevestigd dat de APA in overeenstemming is met het arm's length beginsel. Daarnaast werden de royaltybetalingen in tegenstelling tot de in de OESO-richtlijnen¹⁹⁹ opgenomen parameters niet gerelateerd aan de productie, de winst of de omzet van de onderzochte partij. Ten slotte achtte de Commissie de vergoeding van LuxOpCo, die werd vastgesteld op een opslag van 4-6% van de exploitatiekosten, relatief laag voor de functie die LuxOpCo uitvoert.²⁰⁰

4.5.2 Beslissing

4.5.2.1 Algemeen

De Amazon-beslissing markeert een verschuiving ten opzichte van de hiervoor besproken beslissingen in die zin dat de Commissie in haar benadering de analyse van een economisch voordeel en selectiviteit heeft gescheiden. De Commissie blijft echter bij haar standpunt dat het niet nodig is de selectiviteit van een individuele steunmaatregel vast te stellen wanneer een economisch voordeel is geconstateerd. De

¹⁹⁵ Amazon-beslissing, par. 277

¹⁹⁶ Amazon-beslissing, par. 277

¹⁹⁷ Amazon-beslissing, par. 282

¹⁹⁸ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), par. 2.9

¹⁹⁹ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), par. 6.16

²⁰⁰ Amazon-beslissing, par. 281

Commissie heeft zich voor de vaststelling van een economisch voordeel, zowel als selectiviteit, op verschillende redeneringen gebaseerd.

4.5.2.2 Economisch voordeel

In de eerste plaats wordt de aanwezigheid van een economisch voordeel vastgesteld aan de hand van twee redeneringen. De hoofdredenering gaat uit van een door de Commissie opgestelde functionele analyse. Volgens het verrekenprijzenrapport dat werd ingediend als reactie op het besluit tot het inleiden van de procedure, is de TNMM als verrekenprijsmethode toegepast. LuxOpCo was volgens dit rapport de onderneming met de minst complexe functie en werd om die reden voor de toepassing van de TNMM geïdentificeerd als de “onderzochte partij”²⁰¹, dat wil zeggen de partij bij de transactie voor wie een financiële indicator wordt onderzocht, aangezien LuxSCS juridisch eigenaar is van de eigendomsrechten. Het werd door de Commissie naar mijn mening terecht opgemerkt dat er in die redenering een verwarring bestaat tussen de complexiteit van de in (juridisch) eigendom gehouden activa en de complexiteit van de uitgevoerde functies.²⁰² De functionele analyse van de Commissie wijst uit dat LuxOpCo alle relevante uitoefende, met inbegrip van de gelopen risico’s en gebruikte activa, voor de exploitatie en verdere ontwikkeling van de gelicentieerde eigendomsrechten. Het is dan LUXSCS en niet LuxOpCo die als onderneming met de minst complexe functie geïdentificeerd moet worden voor de toepassing van de TNMM. De Commissie beweerde op basis hiervan dat de methode waarop de royaltybetalingen zijn vastgesteld die door de Luxemburgse belastingautoriteiten door de sluiting van een APA zijn aanvaard, afwijkt van een methode die een betrouwbare benadering van de arm’s length tuitkomst oplevert en resulteert in een verlaging van de belastbare winst. Voor de constatering van een economisch voordeel wordt, vergelijkbaar met de vorige beslissingen, het arm’s length beginsel gehanteerd die volgens de Commissie onder de werkingssfeer van artikel 107 (1) VwEU valt. Dit heeft de Commissie in de gelegenheid gesteld het argument te verwerpen dat de soevereine bevoegdheden van Luxemburg geschonden worden. Luxemburg heeft de Commissie specifiek bekritiseerd, omdat zij haar eigen interpretatie van het arm’s length beginsel op zou leggen. Dit zou in strijd zijn met art. 113 en 115 VwEU, aangezien het maatregelen op het gebied van directe belastingen harmoniseert.²⁰³ Het werd niet uitgewerkt hoe de Commissie een eigen interpretatie erop na zou houden, waardoor de opmerking van de Commissie dat elke maatregel op het gebied van directe belastingen, met inbegrip van een APA, in

²⁰¹ Amazon-beslissing, par. 301

²⁰² Amazon-beslissing, par. 546

²⁰³ Amazon-beslissing, par. 290

overeenstemming moet zijn met de staatssteunbepalingen²⁰⁴ in mijn opvatting volstaat om het argument van Luxemburg te verwerpen.

4.5.2.3 Selectiviteit

In de hoofdredenering van de Commissie kan het bij een individuele steunmaatregel worden vermoed dat er is voldaan aan het selectiviteitscriterium nadat een economisch voordeel is vastgesteld. De individuele steunmaatregel is in deze zaak de APA afkomstig van de Luxemburgse belastingautoriteiten die de royaltybetalingen van LuxOpCo aan LuxSCS bevestigt. De beoordeling van selectiviteit verschilt naargelang de steunmaatregel als een individuele of algemene maatregel wordt beschouwd. Volgens deze redenering, die vergelijkbaar is met de redenering die in andere beslissingen wordt gehanteerd, kan een vermoeden voor selectiviteit voor individuele maatregelen gevestigd worden.²⁰⁵ De verschuiving in de aanpak van de Commissie, waarin de criteria van selectiviteit en een economisch voordeel niet langer samengevoegd worden, is door deze redenering niet zo ingrijpend verschoven om te concluderen dat er sprake is van een algeheel nieuwe aanpak.

Voor de volledigheid is de door het HvJ ontwikkelde drie-stappenanalyse toegepast om te bepalen of de APA selectief is. Het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel werd geïdentificeerd als het referentiestelsel. Het volgt volgens de Commissie hieruit dat LuxOpCo, een geïntegreerde onderneming, vergelijkbaar is met niet-geïntegreerde ondernemingen. Ter ondersteuning hiervan beweert de Commissie dat het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel wel een aantal bepalingen bevat die van toepassing zijn op geïntegreerde ondernemingen, maar die bepalingen erop gericht zijn geïntegreerde ondernemingen en niet-geïntegreerde ondernemingen op gelijke voet te behandelen. De betrokken APA week af van het referentiestelsel, aangezien de steunmaatregel LuxOpCo begunstigt ten opzichte van niet-geïntegreerde ondernemingen.

4.6 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de eindbeslissingen van de Commissie besproken die betrekking hebben op een APA. De Commissie heeft vastgesteld dat de aan Fiat, Starbucks, Amazon en Apple ten uitvoer gelegde APAs onrechtmatige staatssteun inhouden. De benadering van de Commissie in de staatssteunonderzoeken is geanalyseerd om een antwoord te geven op de volgende vraag:

“Wat is de invulling van de criteria voor de aanwezigheid van staatssteun met betrekking tot een APA in de aanpak van de Commissie?”

²⁰⁴ Amazon-beslissing, par. 405

²⁰⁵ HvJ 04-06-2015, Commissie v MOL, C- 15/14 P, par. 60

Uit de benadering van de van de Commissie valt het volgende op:

- De nadruk om vast te stellen dat de betwiste maatregel staatssteun in de zin van artikel 107 VwEU vormt, ligt op het criterium van een 'selectief voordeel'.
- Het referentiestelsel, die in de eerste stap van de selectiviteitsanalyse geïdentificeerd moet worden, bestaat uit het algemene nationale stelsel van vennootschapsbelasting. Het identificeren van de nationale verrekenprijswetgeving als het referentiestelsel door de tegengestelde partijen wordt afgewezen door de Commissie ten gunste van een breder referentiestelsel.
- Geïntegreerde ondernemingen en niet-geïntegreerde ondernemingen bevinden zich voor de selectiviteitsanalyse juridisch en feitelijk in dezelfde situatie bevinden.
- Het arm's length beginsel dat deel uitmaakt van de beoordeling van selectiviteit vloeit voort uit art. 107(1) VwEU. Het beginsel is dus niet afgeleid van art. 9 van het niet-bindende OESO-MV.

Ter aanvulling op dit laatste punt, heeft de Apple-beslissing uitgewezen dat de interpretatie van het arm's length beginsel van de Commissie noodzakelijkerwijs deel uitmaakt van de staatssteunbeoordeling, ongeacht of een lidstaat dit beginsel heeft geïmplementeerd in de nationale belastingwetgeving. De Commissie heeft in deze beslissing ook het standpunt ingenomen dat de winst die geboekt wordt door een vaste inrichting zonder restant moet worden toegerekend aan een rechtsgebied voor de winsttoerekening van die vaste inrichting. Hier wordt naar mijn mening voorbij gegaan aan de toerekenbaarheid van het voordeel aan de staat.

In de laatste eindbeslissing, de Amazon-beslissing, worden het criterium van een economisch voordeel en selectiviteit apart besproken. De aanpak van de Commissie om aan deze criteria te voldoen wijkt echter niet wezenlijk af van haar eerdere beslissingen.

5. EVALUATIE VAN DE BENADERING VAN DE COMMISSIE BIJ DE BEOORDELING VAN APAs

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de aspecten van de benadering van de Commissie die verdere overweging behoeven, nader belicht en geëvalueerd. Dat wordt gedaan aan de hand van de volgende deelvraag:

“In hoeverre is de staatssteunbeoordeling van de Commissie ten aanzien van Advance Pricing Agreements in overeenstemming met het EU-recht en de globale consensus rondom het arm’s length beginsel?”

Ten eerste wordt het samenvoegen van de criteria van een economisch voordeel en selectiviteit tot het criterium van een selectief voordeel besproken. Het gaat hier specifiek over het criterium van een selectief voordeel die voortvloeit uit de uitgangspunten van de Commissie. Ten tweede wordt het algemene bereik en de materiële inhoud van het referentiestelsel met betrekking tot de staatssteunonderzoeken besproken. Het wordt in dit onderdeel in het bijzonder nagegaan of de Commissie terecht het vennootschapsbelastingstelsel heeft geïdentificeerd als referentiestelsel in plaats van de binnenlandse verrekenprijsregels. Ten derde wordt het onderzocht of het door de Commissie toegepaste arm’s length beginsel voortvloeit uit art. 107(1) VwEU. Ten slotte wordt het standpunt van de Commissie behandeld dat geïntegreerde ondernemingen en niet-geïntegreerde ondernemingen zich in dezelfde situatie bevinden voor de selectiviteitsanalyse. Op het moment van het schrijven van deze scriptie, heeft het Gerecht van de Europese Unie (het Gerecht) een uitspraak gevormd in de Fiat-²⁰⁶ en Starbucks-zaak²⁰⁷. De standpunten van het Gerecht in haar uitspraken zullen per onderdeel benoemd worden en indien relevant ook verder worden uitgewerkt.

5.2 De samenvoeging van het criterium een economisch voordeel en selectiviteit

5.2.1 Algemeen

Het samenvoegen van het criterium van een economisch voordeel en selectiviteit tot een selectief voordeel is gebaseerd op twee uitgangspunten: het vermoeden van selectiviteit en het standpunt dat de afwijking van het referentiestelsel in de selectiviteitsanalyse doorgaans samenvalt met de vaststelling van een voordeel dat in het kader van een maatregel aan de begunstigde is toegekend. In dit onderdeel worden de verschillende standpunten in de literatuur belicht met betrekking tot deze uitgangspunten en wordt het onderzocht of deze uitgangspunten worden ondersteund door de jurisprudentie van het HvJ. Het Gerecht heeft deze uitgangspunten impliciet goedgekeurd door ze niet te verwerpen.

²⁰⁶ Gerecht (Zevende kamer) 24-09-2019, Fiat Chrysler Finance Europe v Commissie, T 755/15 en T 759/15

²⁰⁷ Gerecht (Zevende kamer) 24-09-2019, Koninkrijk der Nederlanden e.a. v Commissie, T-760/15 en T-636/16

5.2.2 Het vermoeden van selectiviteit

Het vermoeden van selectiviteit bij de vaststelling van een economisch voordeel berust op het *MOL* arrest²⁰⁸. Het HvJ heeft in dit arrest een onderscheid gemaakt tussen individuele en algemene maatregelen. Het moet voor een algemene maatregel volgens de strekking van het arrest vooralsnog worden vastgesteld of de betrokken maatregel een voordeel oplevert dat uitsluitend ten goede komt aan bepaalde ondernemingen of bepaalde sectoren. In het geval van een individuele steunmaatregel kan het in beginsel worden vermoed dat de maatregel selectief is.²⁰⁹ Het moet dus allereerst vaststaan dat een APA een individuele maatregel is om deze strekking van het *MOL* arrest van toepassing te laten. Een APA is alleen beschikbaar voor geïntegreerde ondernemingen, aangezien het van toepassing is op de berekening van verrekenprijzen. Rossi-Maccanino stelt dat de APAs om die reden van nature selectief zijn.²¹⁰ Ik denk echter dat dit een APA noch individueel noch algemeen maakt. Een APA sluit immers niet een groep ondernemingen expliciet uit van het aanvragen of overeenkomen van een APA. Los van het standpunt van Rossi-Maccanino wordt een APA afgestemd op de specifieke situatie van de individuele belastingbetaler die erom heeft verzocht. Het is dus in mijn opvatting kloppend dat een APA een individuele steunmaatregel is. Dit lijkt ook in de literatuur een onbetwist punt te zijn. Het wordt alleen wel betwist of het volgt uit de vaststelling van een individuele steunmaatregel dat selectiviteit vermoed kan worden.

In de eerste plaats voert Gormsen aan dat de Commissie, door het samenvoegen van het vereiste van selectiviteit en het vereiste van een economisch voordeel op grond van een vermoeden, zich alleen richt op het vaststellen van een voordeel en selectiviteit negeert.²¹¹ Zij verzet zich, naast de aanpak van de Commissie, uitdrukkelijk tegen het standpunt van Lyal dat het niet nodig zou zijn om lang stil te blijven staan bij het vereiste van selectiviteit, aangezien elke APA betrekking heeft op een enkele onderneming.²¹² Als het criterium van selectiviteit zonder meer wordt genegeerd, zou dit ook naar mijn mening in strijd zijn met de bewoordingen van de vier cumulatieve criteria in artikel 107(1) VwEU voor de vaststelling van staatssteun. Ter ondersteuning van de bevinding van Gormsen dat de Commissie het criterium van selectiviteit negeert, lijkt de Commissie in haar bewoordingen in ieder geval aan te geven dat het niet noodzakelijk is selectiviteit te analyseren met betrekking tot een individuele steunmaatregel.²¹³ Het HvJ

²⁰⁸ HvJ 04-06-2015, Commissie v MOL, C-15/14 P

²⁰⁹ HvJ 04-06-2015, Commissie v MOL, C-15/14 P, par. 60

²¹⁰ Rossi-Maccanino 2014, p. 857

²¹¹ Gormsen 2016, p. 370

²¹² Lyal 2015, p. 1042

²¹³ E.g. Apple-beslissing, par. 224: “the identification of the economic advantage is, in principle, sufficient to support the presumption that it is selective”, without it being necessary to analyse the selectivity of the measure

heeft in het *MOL* arrest echter niet verklaard dat een individuele maatregel bij de vaststelling van een economisch voordeel per se selectief is. Het is immers expliciet verwoord dat het identificeren van een economisch voordeel een vermoeden vestigt, en om die reden in mijn opvatting niet kan dienen als sluitend bewijs. Een weerlegbaar vermoeden is simpelweg een mechanisme dat de bewijslast verschuift naar de tegengestelde partijen. De noodzaak voor het analyseren van selectiviteit, door welke partij dan ook, wordt hiermee niet uitgesloten. Ik ben er alleen, in tegenstelling tot Gormsen, niet van overtuigd dat de Commissie in feite voorbijgaat aan het criterium van selectiviteit bij de beoordeling van staatssteun. De Commissie stelt een voordeel namelijk niet alleen vast bij een afwijking van het referentiestelsel, maar identificeert ook feitelijk en juridisch vergelijkbare ondernemingen om een vergelijkbaarheidsanalyse uit te voeren met de onderneming waarvoor een APA ten uitvoer is gelegd. De Commissie heeft hiermee dus naar alle waarschijnlijkheid getracht de bewijslast voor de vaststelling van selectiviteit te verlichten, aangezien de bewijslast juridisch gezien niet op haar rust.

Ten tweede wordt de vestiging van een vermoeden van selectiviteit op grond van het *MOL* arrest in twijfel getrokken. De betwiste maatregel in dat arrest is een artikel van de Mijnbouwwet dat voorziet in een verlenging van de termijn voor de overeenkomst inzake mijnbouwrechten voor elke mijnbouwonderneming die niet binnen vijf jaar na de datum van autorisatie met de exploitatie van mijnbouw begint.²¹⁴ Het gaat hier om een algemene steunregeling, waardoor het volgens Gormsen nog steeds onzeker of het vestigen van het vermoeden van selectiviteit voor individuele staatssteunmaatregelen opgaat.²¹⁵ In een enkele latere zaak waarin het HvJ een soortgelijke verklaring aflegde²¹⁶, was de betrokken maatregel ook een algemene steunregeling. De geldigheid van een uitspraak hangt echter naar mijn mening niet af van de vraag of de uitspraak wordt toegepast in de omstandigheden van het arrest. Het vestigen van een vermoeden is daarnaast volgens Gormsen nog steeds twijfelachtig wanneer het toegepast wordt op belastingkwesties in het algemeen.²¹⁷ Het *MOL* arrest had namelijk geen betrekking op het gebied van belastingen. De begunstigde onderneming in de omstandigheden van dit arrest was vrijgesteld van een mijnbouwvergoeding op basis van een overeenkomst tot uitbreiding van de termijn voor mijnbouwrechten. De mijnbouwvergoeding wordt aan de overheid betaald, maar alleen

according to the three-step analysis devised by the Court of Justice for fiscal State aid schemes”; Amazon-beslissing, par. 582: “(...) in the case of individual aid measures, which are addressed to only one undertaking in view of its specific circumstances, [a selectivity analysis] is not necessary.”

²¹⁴ HvJ 04-06-2015, Commissie v MOL Magyar Olaj- és Gazipari Nyrt, C-15/14 P, par. 6

²¹⁵ Gormsen 2019, p. 53

²¹⁶ HvJ 30-06-2016, België v Commissie, C-270/15 P, par. 2-8 en 49-50

²¹⁷ Gormsen 2019, p. 53

als tegenprestatie voor het gebruik van gebieden binnen hun rechtsgebied ten behoeve van de winning van delfstoffen. Het bedrag dat de MOL moet betalen aan de Staat kan dus niet beschouwd worden als een belasting. Naast het feit dat het vermoeden van selectiviteit nooit gehanteerd is, wat in mijn opvatting niet zozeer van belang is, had het arrest ook geen betrekking op zaken van fiscaal recht. Het staatssteunbegrip maakt echter geen onderscheid tussen fiscale maatregelen en overige maatregelen. Ik zie daarom niet in waarom het HvJ dit wel zou moeten doen.

Hoewel het uit het *MOL* arrest ontleende vermoeden van selectiviteit dus niet van toepassing is in dat arrest en het *MOL* arrest geen verband houdt met belastingzaken, moet het worden geconcludeerd dat de benadering van de Commissie op dit punt in overeenstemming is met de jurisprudentie van het HvJ. Hier moet de kanttekening bij geplaatst worden dat het vestigen van het vermoeden van selectiviteit niet inhoudt dat het criterium genegeerd kan worden. Het vestigen van een vermoeden is simpelweg een mechanisme dat de bewijslast verschuift naar de tegengestelde partij. Het kan los van de benadering van de Commissie nog afgevraagd worden of de mogelijkheid tot het vestigen van een vermoeden van selectiviteit een terechte rechtsopvatting is. Het selectiviteitscriterium is immers doorgaans een doorslaggevend criterium voor de beoordeling van staatssteun.²¹⁸ Het volstaat mijns inziens om in dit verband op te merken dat de individuele aard van een maatregel een dusdanig voor de hand liggende indicator is voor de selectiviteit van een maatregel dat het onredelijk zou zijn het vermoeden van selectiviteit niet van toepassing te laten.

5.2.3 Een materieel selectief voordeel?

Hoewel het vermoeden van selectiviteit betrekking heeft op de bewijslast voor selectiviteit en zodanig een invloed heeft in de invulling van een selectief voordeel, leidt dat uitgangspunt op zichzelf niet tot een samenvoeging van voordeel en selectiviteit. Het criterium van een economisch voordeel wordt immers niet betrokken in het vaststellen van een vermoeden van selectiviteit. Het tweede uitgangspunt is daar uiteindelijk verantwoordelijk voor. Volgens dat uitgangspunt valt de afwijking van het referentiestelsel in de selectiviteitsanalyse doorgaans samen met de vaststelling van een voordeel.

De eindbeslissingen van de Commissie zijn bekritiseerd voor het niet afzonderlijk beoordelen van een voordeel enerzijds en selectiviteit anderzijds. Het Amerikaanse ministerie van Financiën beweert in het bijzonder dat de Commissie de begrippen ‘voordeel’ en ‘selectiviteit’, die in het kader van het staatssteunbegrip verschillende criteria vormen, ineen heeft laten vallen.²¹⁹ De Commissie heeft volgens

²¹⁸ Conclusie van A-G J. Kokott van 16 april 2015, C-66/14 (Finanzamt Linz), par. 114-115

²¹⁹ *United States Department of Treasury White Paper* 2016, p.6

deze redenering alleen onderzocht of de betrokken maatregel een selectief voordeel opleverde voor de begunstigde ondernemingen. Dit standpunt, dat door anderen wordt gedeeld²²⁰, houdt concreet in dat de samenvoeging resulteerde in de vaststelling van selectiviteit bij de constatering van een economisch voordeel. Dat wordt met name onderbouwd door de formulering van een selectief voordeel, de openingsbeslissingen inzake staatssteun en losse formele uitspraken van de Commissie. Indien de materiële benadering van de Commissie in de eindbeslissingen van de Commissie wordt doorgenomen, kan het in tegenstelling tot de kritiek van o.a. het Amerikaanse ministerie van Financiën worden opgemerkt dat de Commissie een economisch voordeel afzonderlijk van selectiviteit heeft beoordeeld. Een economisch voordeel werd in de staatssteunonderzoeken van de Commissie geconstateerd bij een verlaging van de belasting die de begunstigde verschuldigd is op grond van het binnenlandse vennootschapsbelastingstelsel. Na een uitgebreide analyse van de APA werd namelijk een afwijking van het arm's length beginsel aangetoond. De vergoeding van de begunstigde ondernemingen voor gecontroleerde transacties werd vergeleken met de vergoeding die zonder de APA tot stand zou zijn gekomen. De afwijking van het arm's length beginsel, dat voortvloeit uit artikel 107 VwEU, resulteerde in een verlaging van de belastbare winst van de begunstigde ondernemingen. De benadering van selectiviteit is in tegenstelling tot de benadering van een voordeel niet gericht op het effect van een maatregel, maar het bereik van die maatregel. De begunstigde geïntegreerde ondernemingen werden als uitkomst van de selectiviteitsanalyse juridisch en feitelijk vergelijkbaar beschouwd met niet-geïntegreerde ondernemingen, gelet op de doelstelling van het binnenlandse stelsel van vennootschapsbelasting, het geïdentificeerde referentiestelsel. Niet-geïntegreerde ondernemingen passen het arm's length beginsel niet toe, aangezien alleen ongecontroleerde transacties²²¹ tot stand kunnen komen. Een APA, waarin prijzen worden vastgesteld die in overeenstemming zijn met het arm's length beginsel, is daarmee door de vergelijkbaarheid van deze ondernemingen selectief. Hiermee is voldaan aan een afzonderlijke beoordeling van selectiviteit en voordeel.

5.3 Het referentiestelsel

5.3.1. Algemeen

De Commissie heeft als referentiestelsel in haar eindbeslissingen telkens het binnenlandse vennootschapsbelastingstelsel geïdentificeerd. Hiervoor baseert zij zich op de vaste rechtspraak van het HvJ, met name het *Paint Graphos* arrest en het *Forum 187* arrest, waaruit een voorkeur blijkt voor een

²²⁰ E.g. Gormsen 2016, p. 375; Gonzalez 2016, p. 370

²²¹ i.e. transacties tussen partijen die ten opzichte van elkaar onafhankelijk zijn.

ruim referentiestelsel.²²² Het is meermaals door de tegengestelde partijen naar voren gebracht dat de binnenlandse verrekenprijswegels geïdentificeerd moeten worden als referentiestelsel. De invulling van het referentiestelsel is van belang voor de selectiviteitsanalyse, aangezien een ruimer referentiestelsel de kans op afwijkingen van datzelfde stelsel vergroot. Het wordt in dit onderdeel allereerst onderzocht of de algemene voorkeur van een ruim referentiestelsel, die naar voren komt in de arresten van het HvJ, standhoudt. Daarna wordt het specifiek onderzocht of de binnenlandse verrekenprijswegels als referentiestelsel opgelegd kunnen worden.

5.3.2 Het algemene bereik van het referentiestelsel

Zowel een economisch voordeel als selectiviteit wordt in beginsel vastgesteld bij een afwijking van het referentiestelsel. De identificatie van het referentiestelsel is echter vooral van belang voor de selectiviteitsanalyse, aangezien het bereik van het referentiestelsel van invloed is op de selectie ondernemingen die betrokken worden in een vergelijkbaarheidsanalyse. Een breed referentiestelsel is in mijn opvatting het meest consistent met betrekking tot de beoordeling van selectiviteit. Een te enge benadering beschouwt uitzonderingen op de hoofdregel immers als algemene maatregelen, waardoor het criterium van selectiviteit van zijn betekenis ontdaan wordt. Zolang een maatregel op een niet-discriminerende wijze is geformuleerd en de maatregel in feite niet selectief uitwerkt, kan deze maatregel in het kader van een beperkte benadering niet selectief zijn. Dit zou betekenen dat de lidstaten een zekere discretionaire bevoegdheid hebben die de lidstaten tot op zekere hoogte beschermt tegen de vaststelling van staatssteun. Staatssteun in de zin van art. 107(1) VwEU is echter een objectief concept²²³, wat inhoudt dat zowel de Commissie als lidstaten geen discretionaire bevoegdheden hebben om de staatssteunbeoordeling te beïnvloeden.²²⁴ Als bijvoorbeeld in het *Paint Graphos* arrest de vrijstelling van belastingen voor coöperatieve vennootschappen het referentiestelsel zou vormen, wordt die maatregel beschouwd als een algemene maatregel. De maatregel is bijgevolg geen uitzondering op de hoofdregel om de ondernemingswinst te belasten, waardoor Italië, de betrokken lidstaat in het arrest, in staat wordt gesteld coöperatieve en commerciële vennootschappen verschillend te belasten zonder dat de maatregel aan het toezicht op staatssteun wordt onderworpen. Deze vennootschappen kunnen echter vergelijkbare activiteiten verrichten, of zelfs concurrenten van elkaar zijn. Het verlenen van steun aan coöperatieve

²²² Zie 4.3.2.2

²²³ Zie e.g. HvJ 22-12-2008, *British Aggregates v Commissie*, C-478/06 P, par. 111-114

²²⁴ Zie voor de (beperkte) bevoegdheid van de Commissie de mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01), par. 4: “It should be stressed that the Commission is bound by this objective notion and enjoys only a limited margin of discretion in applying it, namely where the appraisals by the Commission are technical or complex in nature, in particular in situations involving complex economic assessments”

vennootschappen kan zodanig het handelsverkeer in de interne markt beïnvloeden. Het HvJ heeft daarom in mijn opvatting terecht geoordeeld dat de vennootschapsbelasting het referentiestelsel is in het *Paint Graphos* arrest²²⁵ en ook is de voorkeur voor een breed referentiestelsel die uit haar oordeel blijkt te aanvaarden. Een ruim referentiestelsel betekent bovendien niet dat elke uitzondering van de hoofdregel, ofwel elke afwijking van het referentiestelsel, leidt tot de vaststelling van selectiviteit. Een afwijking van het referentiestelsel in de selectiviteitsanalyse betekent immers alleen dat een maatregel *prima facie*²²⁶ selectief is. De afwijking kan gerechtvaardigd worden door de aard of de algemene opzet van de vennootschapsbelasting, als gevolg waarvan de maatregel als niet selectief beschouwd wordt.

Een tweede argument voor een breed referentiestelsel is het beginsel betreffende de uitlegging van staatssteun, op basis waarvan maatregelen op basis van hun gevolgen moeten worden onderzocht en niet op basis van bepaalde regelgevingstechnieken die een lidstaat erop nahoudt. Het toetsen van selectiviteit aan een referentiestelsel die alle toepasselijke bepalingen bevat die van invloed zijn op de belastingdruk van ondernemingen zorgt er immers voor dat bepalingen niet kunstmatig, dat wil zeggen door bepaalde regelgevingstechnieken, uit een ruimer rechtskader gehaald kunnen worden. Een derde argument voor een ruim referentiestelsel is het onderscheid dat behouden moet worden tussen de eerste en tweede stap van de selectiviteitsanalyse. De eerste stap bestaat uit het identificeren van het referentiestelsel. Nadat een referentiestelsel geïdentificeerd is, wordt het in de tweede stap van de selectiviteitsanalyse onderzocht of de maatregel een afwijking vormt op dit stelsel door een onderscheid te maken tussen juridisch en feitelijk vergelijkbare ondernemingen. Een minder ruim referentiestelsel betekent dat in de eerste stap ondernemingen moeten worden vastgesteld die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.²²⁷ Het referentiestelsel dient echter te worden geïdentificeerd voordat ondernemingen vergeleken worden. Het combineren van de twee stappen ontnemt anders de betekenis van de eerste stap. In plaats van te analyseren of een bepaalde maatregel of opeenstapeling van maatregelen een doel nastreeft dat zodanig onderscheiden is van overige maatregelen dat zij op eigen kracht een referentiestelsel kunnen vormen, wordt het de vraag of een bepaald referentiestelsel inhoudt dat bepaalde ondernemingen al dan niet vergelijkbaar zijn. Deze redenering is omgekeerd, aangezien het referentiestelsel een invloed heeft op de vergelijkbaarheid van ondernemingen en niet andersom.

²²⁵ HvJ 08-09-2011, *Italië v Paint Graphos*, C-78/08, par. 50

²²⁶ i.e. op het eerste gezicht

²²⁷ HvJ 22-12-2008, *British Aggregates v Commissie*, par. 109

Een vierde argument voor een ruim referentiestelsel volgt uit de samenhang tussen de verschillende belastingbepalingen als onderdeel van een bepaald stelsel. Het algemene stelsel van vennootschapsbelasting berust op verschillende bepalingen die vaak niet los van elkaar gezien kunnen worden.²²⁸ Alleen een specifieke maatregel, een zogeheten *lex specialis*²²⁹, kan een samenhangend geheel vormen dat onderscheiden is van het stelsel. De *lex specialis* heeft een functie die alleen relevant is in de context waarin zij functioneert. In veel gevallen kan zelfs een *lex specialis* echter niet op eigen kracht een referentiestelsel vormen doordat de bepalingen die kunnen worden omschreven als *lex specialis* nog steeds een wisselwerking met andere bepalingen van hetzelfde stelsel heeft. Monsenego noemt als voorbeeld een antimisbruikbepaling die de aftrek van rentekosten beperkt als de bepaling in werking treedt.²³⁰ Deze bepaling moet samen met de algemene bepalingen inzake de aftrekbaarheid van bedrijf gerelateerde kosten in ogenschouw genomen worden, ook al is het een antimisbruikbepaling die in beginsel een aparte functie binnen het stelsel vervult. Het identificeren van het gehele corpus van belastingregels als het referentiestelsel geeft in een dergelijk geval een meer volledig beeld weer van de bepalingen die van invloed zijn op de mogelijke gevolgen van de antimisbruikbepaling. Het voorgaande leidt tot de volgende conclusie: bepalingen die niet omschreven kunnen worden als *lex specialis* kunnen niet op eigen kracht een referentiestelsel vormen; bepalingen die omschreven kunnen worden als *lex specialis* kunnen een referentiestelsel vormen, mits de bepalingen losstaan van de andere bepalingen.

5.3.3 De identificatie van het referentiestelsel

De identificatie van het referentiestelsel in een specifiek geval hangt af van het karakter van de omstreden maatregel. Het wordt in dit onderdeel met betrekking tot een APA onderzocht of de binnenlandse verrekenprijsregels het referentiestelsel kunnen vormen. Concreet wordt het geanalyseerd of het in de binnenlandse belastingbepalingen verankerde zakelijkheidsbeginsel kan worden omschreven als een *lex specialis*, die los staat van het algemene stelsel van vennootschapsbelasting. Als dat het geval is, kunnen deze binnenlandse verrekenprijsregels geïdentificeerd worden als het referentiestelsel. Het gevolg zou in de eerste plaats zijn dat de juridisch en feitelijk vergelijkbare ondernemingen in de staatssteunonderzoeken van de Commissie beperkt blijven tot de geïntegreerde ondernemingen die onderworpen zijn aan de verrekenprijsregels. Niet-geïntegreerde ondernemingen kunnen geen deel uitmaken van de selectiviteitsanalyse, aangezien de verrekenprijsregels niet op deze ondernemingen van toepassing zijn.

²²⁸ Monsenego 2018, p. 73

²²⁹ Monsenego 2018, p. 73

²³⁰ Monsenego 2018, p. 73

Het HvJ verwijst in verband met het identificeren van het referentiestelsel naar de “normale”²³¹, i.e. gebruikelijke, of algemene²³² belastingregime van de desbetreffende lidstaat. Het belastingregime kan op basis van de bewoordingen van het HvJ redelijkerwijs worden geïnterpreteerd als de basisregels voor het belasten van de ondernemingswinst. Deze basisregels zijn op basis van objectieve criteria algemeen toepasbaar op alle ondernemingen, ongeacht of de ondernemingen binnenlandse dan wel grensoverschrijdende activiteiten verrichten en ongeacht het eigendom of de financiële deelnemingen van een onderneming. De regels zijn voornamelijk gericht op het definiëren van de belastinggrondslag, de belastingplichtigen en de belastbare feiten. Het uitgangspunt voor de invulling van het referentiestelsel bestaat initieel uit het vennootschapsbelastingstelsel, waarvan de binnenlandse verrekenprijsregels deel uitmaken.

De binnenlandse verrekenprijsregels bewerkstelligen dat de prijsvaststelling tussen geïntegreerde ondernemingen op zakelijke gronden dient plaats te vinden. Deze regels zijn niet van toepassing in het geval dat geïntegreerde ondernemingen strikt hun eigen belangen nastreven of alleen transacties aangaan met derde ondernemingen. De prijs kan bij transacties tussen geïntegreerde ondernemingen onderling echter afwijken van de prijs die op grond van de externe marktwerking vastgesteld kan worden. Dit kan bijvoorbeeld veroorzaakt worden door de druk van aandeelhouders om een hoge winstgevendheid op het niveau van de moedermaatschappij aan te tonen, of door specifieke kasstroomvereisten voor ondernemingen die tot een groep behoren.²³³ Het nabootsen van de externe marktwerking kan door het simpele gebrek aan marktwerking ook problematisch zijn. Een eerste functie van de binnenlandse verrekenprijsregels die hieruit volgt is de toewijzing van inkomsten met betrekking tot de transacties die tussen geïntegreerde ondernemingen onderling plaatsvinden, alsof de transacties op zakelijke gronden vastgesteld waren. Deze functie zorgt dat de ondernemingen ieder hun billijke aandeel aan belastingen betalen aan de lidstaat die bevoegd is tot de heffing daarvan. Daarnaast moet de belastinggrondslag van lidstaten met betrekking tot de grensoverschrijdende transacties beschermd worden tegen winstverschuivingen. De antimisbruikfunctie is een tweede functie die naast de eerste functie wordt vermeld, aangezien multinationale ondernemingen hun onderlinge relaties kunnen gebruiken om de winst te verschuiven en de totale belastingschuld te verlagen. Deze functies zijn volgens Monsenego niet nodig om de basisfuncties van het vennootschapsbelastingstelsel te vervullen, maar zijn

²³¹ HvJ 15-12-2005, Italië v Commissie, C-66/02, par. 100

²³² HvJ 22-06-2006, België en Forum 187 ASBL v Commissie, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, par. 95

²³³ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), par. 1.4

met betrekking tot de transacties van geïntegreerde ondernemingen onderling, en in het bijzonder multinationale ondernemingen, van groot belang.²³⁴ Ik interpreteer dit zo dat volgens Monsenego de verrekenprijsregels een *lex specialis* zijn, aangezien deze regels in zijn bewoordingen alleen relevant zijn in de specifieke context waarin zij functioneren. Die opvatting hangt naar mijn mening echter af van de definitie van ondernemingswinst en dat verschilt van lidstaat tot lidstaat. In Nederland wordt de winst van een lichaam bepaald op grond van het totaalwinstbegrip. De totaalwinst is “het bedrag van de gezamenlijke voordelen die (...) worden verkregen uit een onderneming”.²³⁵ De voordelen die hun oorzaak vinden buiten de ondernemingssfeer maken op basis van het totaalwinstbegrip geen deel uit van de totaalwinst. Er dient bij het bepalen van de totaalwinst in andere woorden te worden geabstraheerd van onzakelijke transacties. De expliciete implementatie van het arm’s length beginsel draagt vooral bij aan de transparantie van het Nederlands belastingrecht²³⁶, maar ook zonder die expliciete opname moet de prijsvaststelling voor belastingdoeleinden op zakelijke gronden plaatsvinden. De Nederlandse verrekenprijsregels kunnen in mijn opvatting dus niet onderscheiden worden van het doel van de vennootschapsbelasting, i.e. het belasten van ondernemingswinsten²³⁷.

De verrekenprijsregels staan daarnaast niet los van de overige regels van het vennootschapsbelastingstelsel. De winst van geïntegreerde ondernemingen is doorgaans onderworpen aan de overige regels van het vennootschapsbelastingstelsel, ook al valt de winst onder het bereik van de binnenlandse verrekenprijsregels. Het kan bijvoorbeeld gedacht worden aan regels met betrekking tot de aftrekbaarheid van betalingen en regels met betrekking tot de her kwalificatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen bij leningen die tussen geïntegreerde ondernemingen plaatsvinden. In de veronderstelling dat het binnenlandse vennootschapsbelastingstelsel deze regels in hun belastingstelsel hebben opgenomen, moet het eerst vastgesteld worden of de lening in overeenstemming met de civielrechtelijke kwalificatie fiscaal aangemerkt moet worden als vreemd vermogen. Een fiscale her kwalificatie vindt op grond van het Nederlandse belastingrecht plaats bij een bodemloze putlening, een deelnemerschapslening en een schijnlening.²³⁸ De ontvangsten voor het verlenen van deze leningen komen op in de vermogenssfeer en behoren derhalve niet tot de belaste winst. De toepassing van de binnenlandse verrekenprijsregels is dus alleen relevant als de lening fiscaal aangemerkt wordt als vreemd vermogen. Stel nu dat de lening fiscaal als vreemd vermogen aangemerkt kan worden en de binnenlandse

²³⁴ Monsenego 2018, p. 56

²³⁵ Art. 3.8 Wet IB 2001 jo. art. 8 Wet VPB 1969

²³⁶ Zie 2.3.2

²³⁷ Zie voor de doelstelling van het vennootschapsbelastingstelsel par. 5.5.2

²³⁸ HR, 27-01-1988, Unilever-arrest, nr. 23 919

verrekenprijsregels van toepassing zijn. Nadat een arm's length rentelast is vastgesteld, moet het nu ten tweede getoetst worden of een renteaftrekbeperking de aftrekbaarheid van de rentelast belet.²³⁹ Royalty-inkomsten zijn een andere vorm van inkomsten, waarop het arm's length beginsel van toepassing kan zijn. Het toepassen van het arm's length beginsel is hier bijvoorbeeld afhankelijk van de vraag of de royalty-betalingen onderworpen zijn aan bronbelasting. De binnenlandse verrekenprijsregels moeten dus worden gecombineerd met de basisregels van het vennootschapsbelastingstelsel om een coherent geheel aan regels te vormen. De binnenlandse verrekenprijsregels kunnen op basis hiervan niet geïdentificeerd worden als het referentiestelsel.

5.4 Art. 107(1) VwEU en het arm's length beginsel

5.4.1 Algemeen

Het arm's length vloeit volgens de Commissie voort uit art. 107(1) VwEU. Het is daarmee niet het arm's length beginsel dat is afgeleid van art. 9 OESO-MV en kan dus afwijken van de OESO-richtlijnen en de binnenlandse bepalingen die dat artikel hebben omgezet in de belastingwetgeving. Deze invulling van de Commissie is gebaseerd op het *Forum 187* arrest en de opvatting dat artikel 107 VwEU een algemeen beginsel van gelijke behandeling met zich meebrengt, en dat hieraan wordt voldaan door de toepassing van het arm's length beginsel. De verwijzing naar het *Forum 187* arrest en de opvatting van de Commissie worden in dit onderdeel geëvalueerd. Ten slotte wordt de analyse van het Gerecht betrokken in de Starbucks- en Fiat-beslissing, met name wat betreft de argumenten die zijn aangevoerd tegen een autonoom arm's length beginsel.

5.4.2 Forum 187 en het arm's length beginsel

De betwiste maatregel in het *Forum 187* betrof een verrekenprijsmethode om de winst te bepalen van in België gevestigde coördinatiecentra die behoren tot een multinationale onderneming en enkel bepaalde voorbereidende, ondersteunende of centralisatiewerkzaamheden verrichten. De verrekenprijsmethode houdt in dat de coördinatiecentra die voor deze specifieke regeling in aanmerking komen, als vergoeding voor de uitgevoerde verrichtingen een minimumwinstpercentage konden hanteren van 8 % over de kosten wanneer objectieve criteria ontbreken om het winstpercentage vast te stellen.²⁴⁰ Het kan bij de vaststelling van kosten geabstraheerd worden van de personeelskosten, de financiële lasten en de vennootschapsbelasting.²⁴¹ Deze methode, die gebaseerd is op de cost-plus methode beschreven in par. 2.45-2.46 van de OESO-richtlijnen was volgens de Commissie in strijd met de staatssteunregels. De

²³⁹ Monsenego 2018, p. 76

²⁴⁰ HvJ 22-06-2006, België en *Forum 187 ASBL v Commissie*, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, par. 95

²⁴¹ HvJ 22-06-2006, België en *Forum 187 ASBL v Commissie*, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, par. 91

uitgesloten kosten droegen volgens haar oordeel op doorslaggevende wijze bij aan de verwezenlijking van inkomsten en het hanteren van een minimumtarief compenseert daar niet voor, doordat het percentage wordt toegepast op een grondslag die al is verlaagd.²⁴² De maatregel resulteerde volgens het HvJ dus in een verlaging van de belastbare winst van de coördinatiecentra en bijgevolg tot de constatering van een voordeel.

De betwiste maatregel werd om dat voordeel vast te stellen vergeleken met de algemene regeling, die gebaseerd is op het verschil tussen lasten en baten van een onderneming die haar bedrijf uitoefent in een omgeving waarin vrije mededinging heerst.²⁴³ Deze bewoordingen van het HvJ kunnen worden opgedeeld in twee delen: het ‘verschil tussen de lasten en baten van een onderneming’ enerzijds en het verrichten van activiteiten ‘in een omgeving waarin vrije mededinging heerst’ anderzijds. Monsenego interpreteert ‘het verschil tussen de baten en lasten van een onderneming’ als het beginsel van netto-belasting, dat intrinsiek verbonden is aan het winstbegrip van de vennootschapsbelasting.²⁴⁴ De belasting wordt op grond van het beginsel van netto-belasting geheven over de opbrengst die overblijft nadat de kosten die nodig zijn om die opbrengsten te verwezenlijken in mindering zijn gebracht. In Nederland wordt dat gegarandeerd door het totaalwinstbeginsel²⁴⁵. De invulling van het arm’s length beginsel is, afhankelijk van de gekozen verrekenprijsmethode²⁴⁶, in zekere mate afgeleid van de vastgestelde prijzen of de winst die door een onafhankelijke vergelijkbare entiteit wordt behaald. Hierdoor blijft het verband met het winstbegrip in het vennootschapsbelastingstelsel behouden. Dit is van belang, aangezien hetzelfde niet of in mindere mate gesteld kan worden voor andere methoden voor het alloceren van de belastbare winst. Ik beperk me in de toelichting van dit standpunt tot het systeem van winsttoewijzing op basis van verdeelsleutels.²⁴⁷ De geconsolideerde winst wordt op basis hiervan verdeeld over de ondernemingen die deel uitmaken van de groep op basis van bedrijfsspecifieke factoren, zoals de omzet, de vaste activa of arbeid. Het is sterk afhankelijk van de verdeelsleutels en hun respectievelijke gewicht in welke mate de winstverdeling betrekking heeft op het winstbegrip. Het is daardoor mogelijk dat het deel van de

²⁴² HvJ 22-06-2006, België en Forum 187 ASBL v Commissie, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, par. 100

²⁴³ HvJ 22-06-2006, België en Forum 187 ASBL v Commissie, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, par. 95

²⁴⁴ Monsenego 2018, p. 59

²⁴⁵ Voor een toelichting van het totaalwinstbeginsel zie par. 5.3.3

²⁴⁶ De CUP-methode, berust op de vastgestelde prijzen, en de resale price methode is zowel als de cost plus methode gebaseerd op de bruto winstmarge. Wat betreft de transactionele methoden, is de net margin methode gebaseerd op de netto winstmarge en is de te verdelen winst bij de profit split methode volgens punt 2.137 van de OESO-richtlijnen over het algemeen de operationele winst.

²⁴⁷ Een andere allocatiemethode is een ‘veilige haven’ (safe harbour) inzake verrekenprijzen en een bestemmingsbelasting op kasstromen kan ook dienen als een substituut voor allocatiemethodes. Zie voor een vergelijking met het arm’s length beginsel: Monsenego 2018, p. 59-60

geconsolideerde winst dat wordt toegerekend aan een onderneming behorend tot die groep, afwijkt van zijn werkelijke winst. Het arm's length beginsel bereikt dus in vergelijking met het systeem van winsttoewijzing op basis van verdeelsleutels het meest nauwkeurig de doelstelling om belasting op netto-basis te heffen.

Het tweede deel van de bewoordingen van het HvJ in het *Forum 187* arrest behelst dat de belaste activiteiten van geïntegreerde ondernemingen moeten worden verricht in een omgeving waarin vrije mededinging heerst. Indien dat niet het geval is, wijkt de maatregel die dat veroorzaakt af van de algemene regeling en wordt een voordeel geconstateerd. Het kan echter worden vastgesteld dat het HvJ de uitdrukking 'vrije mededinging' niet heeft gedefinieerd.²⁴⁸ Dit betekent dat het niet noodzakelijkerwijs betrekking heeft op de voorwaarden van de commerciële en financiële betrekkingen van ongecontroleerde transacties die bestaan tussen onafhankelijke ondernemingen. Geïntegreerde ondernemingen treden immers ook in concurrentie met ondernemingen in een omgeving waarin prijzen vastgesteld worden door de marktwerking om hun goederen en diensten aan te bieden aan consumenten. Het is op basis van latere uitspraken van het HvJ in mijn opvatting echter aannemelijk dat de uitdrukking 'vrije mededinging' de voorwaarden betekent die tussen onafhankelijke ondernemingen bestaan. De voorwaarden die in omstandigheden van volledige mededinging tot stand komen, worden door het HvJ namelijk gelijkgesteld met de situatie waarin ondernemingen zich in een band van wederzijdse onafhankelijkheid bevinden.²⁴⁹

In dit stadium kan op basis van het voorgaande de volgend deelconclusie worden opgesteld: Het *Forum 187* arrest bevat een enigszins vage verwijzing naar het arm's length beginsel voor het vaststellen van een voordeel. Dit betekent echter niet dat de verwijzing betrekking heeft op het arm's length beginsel dat voortvloeit uit art. 107(1) VwEU. De lidstaat die de maatregel had geïmplementeerd in het *Forum 187* arrest en de relevante latere uitspraken van het HvJ, België, gaat ook uit van een in de binnenlandse belastingwetgeving neergelegde arm's length beginsel. Het kan zijn dat het HvJ bij de vergelijking met het de algemene regeling verwees naar het arm's length beginsel dat in de belastingwetgeving van België is opgenomen. Waarnaar het HvJ precies naar verwijst is mij dus onduidelijk. Alhoewel het arrest geen bewijs levert voor een autonoom arm's length beginsel dat voortvloeit uit art. 107(1) VwEU, sluit dit arrest ook het bestaan ervan niet uit.

²⁴⁸ Luja 2016, p. 323

²⁴⁹ HvJ 21-01-2010, *Société de Gestion Industrielle SA (SGI) v België*, C-311/08, par. 71-72

5.3.3 Het beginsel van gelijke behandeling en het arm's length beginsel

Naast het *Forum 187* arrest is het door de Commissie aangevoerde argument gebaseerd op de opvatting dat artikel 107(1) VwEU een algemeen beginsel van gelijke behandeling inhoudt, en dat hieraan wordt voldaan door de toepassing van het arm's length beginsel. Het moet allereerst onderzocht worden of het desbetreffende artikel een algemeen beginsel van gelijke behandeling inhoudt. Als dat kan worden aanvaard, is het relevant of het arm's length beginsel een algemene doelstelling van gelijke behandeling belichaamt in die zin dat aan het beginsel van gelijke behandeling noodzakelijkerwijs wordt voldaan door de toepassing van het arm's length beginsel. Het arm's length beginsel vloeit voort uit artikel 107(1) VwEU als beide stappen aanvaard kunnen worden.

De Commissie meent in de eerste stap van haar argument dat art. 107(1) VwEU een algemeen beginsel van gelijke behandeling belichaamt. Hier valt in mijn opvatting nauwelijks iets tegen in te brengen. Het algemene beginsel van gelijke behandeling vereist volgens vaste rechtspraak dat vergelijkbare situaties niet verschillend behandeld worden, tenzij een verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd kan worden.²⁵⁰ Het blijkt eveneens uit vaste rechtspraak dat de staatssteunregels verbieden dat een lidstaat een voordeel verleent aan bepaalde ondernemingen of bepaalde producties die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.²⁵¹ De staatssteunregels voorkomen dus dat ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situaties bevinden ongelijk behandeld worden. Een selectief voordeel kan daarnaast in overeenstemming met de vaste rechtspraak omtrent het beginsel van gelijke behandeling gerechtvaardigd worden door de aard of de algemene opzet van het referentiestelsel.²⁵²

Het valt naar mijn mening ook niet te ontkennen dat het arm's length beginsel een algemene doelstelling van gelijke behandeling tussen geïntegreerde en niet-geïntegreerde ondernemingen nastreeft. Het op geïntegreerde ondernemingen toepasselijke arm's length beginsel is immers gebaseerd op een vergelijking van de prijs, de marge of de winst van vergelijkbare transacties tussen niet-geïntegreerde ondernemingen.²⁵³ Het arm's length beginsel zorgt ook dat gelieerde ondernemingen voor belastingdoeleinden op gelijke voet komen te staan, aangezien zij allen door de invulling van dit beginsel onderworpen worden aan dezelfde effecten van de marktwerking. Het arm's length beginsel is verder

²⁵⁰ HvJ 22-06-2006, België en Forum 187 ASBL v Commissie, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, par. 170 en aldaar aangehaalde rechtspraak

²⁵¹ HvJ 21-12-2016, Commissie v World Duty Free Group en anderen, gevoegde zaken C 20/15 P en C 21/15 P, par. 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak

²⁵² HvJ 21-12-2016, Commissie v World Duty Free Group en anderen, gevoegde zaken C 20/15 P en C 21/15 P, par. 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak

²⁵³ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), par. 2.6

ook verenigbaar met de staatssteunregels, omdat het net als de beoordeling van selectiviteit berust op vergelijkbaarheid. Dit kan verklaren waarom het arm's length beginsel boven een andere allocatiemethode verkozen is om na te gaan of aan het beginsel van gelijke behandeling is voldaan.

Alhoewel het arm's length beginsel doelt op de gelijke behandeling tussen vergelijkbare geïntegreerde en niet-geïntegreerde ondernemingen, kan het geen volkomen gelijksoortige behandeling tussen de twee soorten ondernemingen teweeg brengen. Dat komt doordat het arm's length beginsel geen exacte wetenschap is. Het zal slechts in enkele gevallen mogelijk zijn het arm's length beginsel toe te passen om tot een enkel bedrag te komen die het meest betrouwbaar is om vast te stellen dat de transactie zakelijk is. In veel andere gevallen levert de toepassing van de meest geschikte verrekenprijsmethode een bandbreedte aan getallen op die ten opzichte van elkaar even betrouwbaar zijn.²⁵⁴ De verschillen in de getallen waaruit de bandbreedte bestaat worden veroorzaakt door het feit dat de toepassing van het arm's length beginsel in het algemeen slechts een benadering oplevert van de voorwaarden die tussen niet-geïntegreerde ondernemingen gelden. Het beginsel van gelijke behandeling kan hierdoor slechts ten dele bereikt worden.

5.4.4 De analyse van het Gerecht

Het Gerecht heeft intussen uitspraak gedaan op de Fiat- en Starbucks-beslissing.²⁵⁵ Het beroep van Fiat Chrysler Finance Europe, voorheen Fiat Finance and Trade, en Luxemburg tot het nietig verklaren van de Fiat-beslissing is verworpen. Het Gerecht heeft hiermee het bestaan van een economisch voordeel op grond van de staatssteunregels aanvaard. Dit is van belang, aangezien de constatering van een voordeel gebaseerd is op het autonome arm's length beginsel dat in de benadering van de Commissie voortvloeit uit art. 107(1) VwEU. De vermeende steunmaatregel die Nederland ten uitvoer heeft gelegd aan Starbucks is daarentegen door het Gerecht nietig verklaard. Hoewel de Commissie volgens het Gerecht niet aan kon tonen dat er sprake was van een voordeel in dat geval, wordt de fundamentele benadering van de Commissie niet verworpen. Het resultaat van de uitspraken kan dan ook geïnterpreteerd worden als een overwinning voor de Commissie. Het zal echter nodig zijn het oordeel van het HvJ af te wachten om een sluitend antwoord te krijgen op de vraag of het kan worden aanvaard dat het arm's length beginsel wordt toegepast dat voortvloeit uit art. 107(1) VwEU. Het doel van dit onderdeel is om de punten die in de twee

²⁵⁴ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), par. 3.55

²⁵⁵ Gerecht (Zevende kamer) 24-09-2019, Fiat Chrysler Finance Europe v Commissie, T 755/15 en T 759/15 (Fiat-analyse); Gerecht (Zevende kamer) 24-09-2019, Koninkrijk der Nederlanden e.a. v Commissie, T-760/15 en T-636/16 (Starbucks-analyse)

uitspraken naar voren komen te analyseren en vooruitlopend op het oordeel van het HvJ een antwoord te vinden op die vraag.

In de eerste plaats worden twee tegenargumenten voor een autonoom arm's length beginsel behandeld, die in de staatssteunbeslissingen naar voren zijn gebracht. Het eerste argument komt erop neer dat de Commissie in strijd met de fiscale soevereiniteit van lidstaten een arm's length beginsel heeft toegepast dat eigen is aan het EU-recht.²⁵⁶ Het door de Commissie beschreven arm's length beginsel zou leiden tot een verkapte harmonisatie van directe belastingen en zodanig een inbreuk maken op de fiscale autonomie van lidstaten. Niettegenstaande de bevoegdheid van lidstaten om de vaststelling van de heffingsgrondslagen op het gebied van directe belastingen vast te stellen, ontkomt een belastingmaatregel volgens het Gerecht echter niet aan de toepassing van art. 107(1) VwEU en wordt het argument van de tegenpartijen verworpen.²⁵⁷ Het Gerecht stelt in de onderbouwing van haar verwerping allereerst terecht vast dat het arm's length beginsel en de invulling hiervan specifiek van belang is voor de vaststelling van een voordeel. Het bestaan van een voordeel wordt ten opzichte van de binnenlandse belastingregels aangetoond, aangezien dit het geïdentificeerde referentiestelsel is. Indien deze regels voorschrijven dat geïntegreerde en niet-geïntegreerde ondernemingen onder dezelfde voorwaarden onderworpen zijn aan de belasting, moet de Commissie volgens het Gerecht in staat zijn te controleren of het prijsniveau van gecontroleerde transacties onder marktvoorwaarden is onderhandeld.²⁵⁸ Het Gerecht verwijst hiermee in mijn opvatting naar het beginsel van gelijke behandeling dat inherent is aan art. 107(1) VwEU, en stelt vervolgens dat de Commissie voor de invulling van dat beginsel geen rekening hoeft te houden met het nationaal belastingrecht. Het is in par. 5.4.3 vastgesteld dat art. 107(1) VwEU inderdaad een beginsel van gelijke behandeling inhoudt. Door te stellen dat op basis daarvan geen rekening gehouden hoeft te worden met de binnenlandse belastingregels, beweert het Gerecht impliciet dat de fiscale autonomie van lidstaten slechts wordt gerespecteerd voor zover zij niet in strijd zijn met het EU-recht. De voorrang van het EU-recht is in mijn opvatting inherent aan de toepassing van de staatssteunregels zelf, aangezien deze alleen kunnen worden gehandhaafd als dat het geval is. Het is ook al sinds 1986 vaste rechtspraak dat de directe belastingen niet onder de bevoegdheid van de Unie vallen, maar dat de bevoegdheden die de lidstaten behouden in overeenstemming moeten zijn met het EU-recht.²⁵⁹

²⁵⁶ Starbucks-analyse, par. 122; Fiat-analyse, par. 126

²⁵⁷ Starbucks-analyse, par. 157-159; Fiat-analyse, par. 156-158

²⁵⁸ Starbucks-analyse, par. 159; Fiat-analyse, par. 157

²⁵⁹ HvJ 28-01-1986, Commissie v Avoir Fiscal, C-270/83, par. 14

Het Gerecht benadrukt met betrekking tot het vaststellen van een voordeel ook dat de Commissie in dit stadium van de ontwikkeling van het EU-recht geen bevoegdheid heeft om autonoom te bepalen wat de “normale” belastingheffing van een geïntegreerde onderneming is.²⁶⁰ Dit is in mijn opvatting ook ten opzichte van het arm’s length beginsel een terechte benadrukking van het Gerecht, aangezien dat beginsel niet inherent is aan art. 107(1) VwEU en het alloceren van de heffingsgrondslag vooralsnog niet geharmoniseerd is. Het autonome arm’s length beginsel is slechts een instrument om na te gaan of aan het beginsel van gelijke behandeling is voldaan. De benadrukking van het Gerecht is vooral relevant voor de lidstaten die geen arm’s length beginsel in de belastingwetgeving hebben opgenomen, zoals Ierland ten tijde van de Apple-beslissing. Art. 107(1) VwEU bevat geen verplichting om de belastingwetgeving op een bepaalde manier op te stellen en bepaalde (verrekenprijs)regels in het belastingstelsel op te nemen.

Ten tweede werd door het Gerecht het tegenargument behandeld dat de Commissie heeft nagelaten de materiële inhoud van het arm’s length beginsel te omschrijven.²⁶¹ Het volstond het Gerecht om vast te stellen dat het autonome arm’s length beginsel dat de Commissie toepast slechts een instrument is om na te gaan of transacties binnen de groep worden vergoed onder dezelfde voorwaarden die tussen niet-geïntegreerde ondernemingen gelden.²⁶² De uitspraak van het Gerecht is niet verder gemotiveerd. Het is echter reeds in de bespreking van de analyse van het Gerecht van het eerste tegenargument naar voren gekomen dat het arm’s length beginsel niet inherent is aan art. 107(1) VwEU. Het arm’s length beginsel wordt om die reden inderdaad slechts een instrument om na te gaan of het beginsel van gelijke behandeling wordt nageleefd. Het is dit laatstgenoemde beginsel dat inherent is aan art. 107(1) VwEU en de Commissie toestaat een autonoom arm’s length beginsel toe te passen. Het tegenargument is in mijn opvatting ook niet overtuigend, aangezien de Commissie noodzakelijkerwijs in acht moet nemen dat er geen eenduidig begrip van het arm’s length beginsel is. Als de Commissie dit niet doet en de materiële inhoud van het arm’s length beginsel omschrijft, zou dit een inbreuk zijn op de fiscale autonomie van lidstaten en leiden tot een overschrijding van haar bevoegdheid. De invulling van het autonome arm’s length beginsel kan uitgelegd worden aan de hand van de OESO-richtlijnen maar kan daar in beginsel ook van afwijken. Het arm’s length beginsel dat de Commissie toepast is namelijk alleen gebonden aan het beginsel van gelijke behandeling. De gelijkenis tussen de doelstelling van deze richtlijnen en het in art. 107(1) VwEU vervatte beginsel van gelijke behandeling maakt het mijns inziens onwaarschijnlijk dat de Commissie ver van deze richtlijnen af zal wijken. De Commissie heeft in lijn hiermee ook duidelijk gemaakt

²⁶⁰ Starbucks-analyse, par. 159; Fiat-analyse, par. 112

²⁶¹ Starbucks-analyse, par. 132; Fiat-beslissing, par. 155

²⁶² Starbucks-analyse, par. 138; Fiat-beslissing, par. 130

dat het onwaarschijnlijk is dat een APA, die een verrekenprijsregeling goedkeurt, leidt tot staatssteun indien de verrekenprijsregeling overeenstemt met de OESO-richtlijnen.²⁶³

De Commissie moet echter in gedachten houden dat zij bij een verwijzing naar de OESO-richtlijnen de juiste versie van de OESO-richtlijnen hanteert. De richtlijnen zijn in 1995 door de OESO-Raad in hun oorspronkelijke versie goedgekeurd en vervolgens in 2009, 2010 en 2017 herzien en geactualiseerd. Een latere versie van de OESO-richtlijnen kan niet worden aangehaald om te beoordelen of een eerder afgesloten APA in lijn is met het arm's length beginsel, althans indien het vaststaat dat de versies van de OESO-richtlijnen materieel van elkaar verschillen. Hetzelfde gaat op voor het uitleggen van het arm's length beginsel op grond van een eerdere versie van de OESO-richtlijnen met betrekking tot een later afgesloten APA. Dit geldt vanuit juridisch perspectief, maar in verband met een APA is daar vanuit feitelijk perspectief ook een argument voor te maken. Een APA wordt immers alleen overeengekomen na een analyse van de feiten en omstandigheden en een controle daarvan. Daarnaast eindigt een APA bij een wezenlijke verandering in deze feiten en omstandigheden. Het is daarom zinvol om alleen rekening te houden met de beschikbare informatie op het tijdstip dat een APA gesloten wordt. Het Gerecht merkt daarom in mijn opvatting terecht op dat de Commissie zich in haar benadering niet kan baseren op informatie die niet beschikbaar of redelijkerwijs voorzienbaar was ten tijde van het sluiten van een APA.²⁶⁴ De Commissie heeft zich daar kennelijk in de Starbucks-beslissing schuldig gemaakt, maar ook in de Apple-beslissing worden latere versies van het OESO-richtlijnen aangehaald.²⁶⁵

Naast de twee tegenargumenten die het Gerecht in mijn opvatting terecht heeft afgewezen, erkent het Gerecht ook dat de Commissie voor de invulling van het arm's length beginsel rekening moet houden met het "benaderende karakter" van dit beginsel.²⁶⁶ Het Gerecht brengt hierbij in herinnering dat de invulling van het arm's length beginsel geen exacte wetenschap is. Het arm's length beginsel kan daardoor in veel gevallen geen volkomen gelijksoortige behandeling tussen geïntegreerde en niet-geïntegreerde ondernemingen waarmaken. Deze onnauwkeurigheid is inherent aan het arm's length beginsel en de Commissie moet derhalve aanvaarden dat de toepassing van een verrekenprijsmethode in veel gevallen slechts een bandbreedte aan getallen oplevert die ten opzichte van elkaar even betrouwbaar zijn. Zo stelt Monsenego ook terecht en in overeenstemming met het Gerecht dat niet slechts een bepaald getal uit

²⁶³ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01), par. 173

²⁶⁴ Starbucks-beslissing, par. 199

²⁶⁵ Besluit van de Commissie van 30-08-2016 betreffende steunmaatregel SA.38373 (2014/C ex 2014/NN) (Apple-beslissing), par. 177; zie ook 4.4.2.2

²⁶⁶ Starbucks-analyse, par. 199; Fiat-beslissing, par. 207

die bandbreedte, bijvoorbeeld de mediaan of het gemiddelde, de juiste marktwaarde voor kan stellen, waarbij een afwijking van deze waarde noodzakelijkerwijs tot de constatering van een voordeel zou leiden.²⁶⁷

Ten slotte wijst het Gerecht er terecht op dat de keuze van een verrekenprijsmethode in principe niet tot staatssteun leidt.²⁶⁸ Deze uitspraak was een reactie op de constatering van de Commissie dat er fouten zijn gemaakt bij de keuze van de verrekenprijsmethode en de conclusie dat deze bevinding volstaat om het bestaan van een voordeel aan te tonen. De fout bestond uit het toepassen van de transactionele net margin methode (TNMM) om een arm's length verrekenprijs te bepalen voor de betrokken onderneming in de Starbucks-beslissing. De verrekenprijs had volgens de Commissie ook benaderd kunnen worden met de CUP-methode, waar de OESO-richtlijnen een zekere voorkeur voor hebben uitgesproken.²⁶⁹ Deze benadering van de Commissie is onjuist, aangezien alle verrekenprijsmethodes ten doel hebben het arm's length beginsel toe te passen. Hieruit volgt dat de keuze voor een bepaalde verrekenprijsmethode in principe niet leidt tot een onbetrouwbare benadering van een marktuitskomst. Het argument van de Commissie kan verder uitgewerkt worden om de betekenis hiervan toe te lichten, aangezien de keuze van de verrekenprijsmethode uiteindelijk wel van belang is. De OESO-richtlijnen hebben in overeenstemming met het argument van de Commissie een voorkeur uitgedrukt voor de traditionele verrekenprijsmethodes en in het bijzonder CUP-methode, aangezien deze methodes een prijs als uitkomst hebben. De prijs is, in tegenstelling tot de winst, direct te herleiden naar de voorwaarden van de financiële en commerciële betrekkingen tussen partijen en eveneens direct substitueerbaar met de originele prijs.²⁷⁰ Deze voorkeur geldt voor methodes die op een even betrouwbare manier kunnen worden toegepast.²⁷¹ Er kunnen bepaalde belemmeringen zijn voor de toepassing van een bepaalde methode, hetgeen de methode minder betrouwbaar maakt en bijgevolg de foutmarge verhoogt. Dat kan leiden tot een onjuiste benadering van het arm's length beginsel. Het moet dus allereerst worden nagegaan of de CUP-methode even betrouwbaar is als de TNMM, voordat de Commissie kan beweren dat er een fout is gemaakt. Daar

²⁶⁷ Monsenego 2019

²⁶⁸ Starbucks-analyse, par. 202

²⁶⁹ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), par. 2.3

²⁷⁰ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). (2017), par. 2.3

²⁷¹ OESO-richtlijnen, par. 2.3, vermeldt het volgende: "where (...) a traditional transaction method and a transactional profit method can be applied *in an equally reliable manner*, the traditional transaction method is preferable to the transactional profit method. Moreover, where (...) the comparable uncontrolled price method (CUP) and another transfer pricing method can be applied *in an equally reliable manner*, the CUP method is to be preferred." (Cursivering door mij)

gaat zij in de Fiat-beslissing aanvankelijk aan voorbij²⁷² en is het overgelaten aan FFT om het tegendeel te bewijzen²⁷³. Als de verrekenprijsmethodes even betrouwbaar zijn of als de CUP-methode meer betrouwbaar is, moet de Commissie in mijn opvatting ook feitelijk aantonen dat het hanteren van de voorgestelde methode daadwerkelijk resulteert in een vermindering van de belastingdruk. Het gegeven dat een toegepaste verrekenprijsmethode niet zo betrouwbaar is als een geprefereerde methode betekent immers niet dat de uitkomst van die toegepaste methode per se afwijkt van het arm's length beginsel en tot een vermindering van de belastingdruk leidt.

Concluderend ben ik van mening dat het HvJ het eens zal zijn met het Gerecht, voor zover de analyse van het Gerecht is besproken. Dat betekent dat de invulling van het arm's length beginsel door de Commissie in mijn opvatting ook door het HvJ zal worden aanvaard.

5.5 De vergelijkbaarheid van geïntegreerde en niet-geïntegreerde ondernemingen

5.5.1 Algemeen

Nadat het referentiestelsel is geïdentificeerd, wordt het in de tweede stap van de selectiviteitsanalyse vastgesteld of een belastingmaatregel bepaalde ondernemingen begunstigt ten opzichte van andere ondernemingen die zich in een juridisch en feitelijk vergelijkbare situatie bevinden. De Commissie heeft de selectiviteit van een APA vastgesteld, op grond van de vaststelling dat geïntegreerde ondernemingen en niet-geïntegreerde ondernemingen zich juridisch en feitelijk in dezelfde situatie bevinden, gelet op de doelstelling van het vennootschapsbelastingstelsel. De vergelijkbaarheid van deze ondernemingen is een belangrijke vaststelling, aangezien lidstaten de geïntegreerde ondernemingen anders kunnen behandelen dan niet-geïntegreerde ondernemingen als deze ondernemingen niet met elkaar vergelijkbaar zijn. Het argument van de Commissie dat niet-geïntegreerde ondernemingen geen arm's length beginsel kunnen toepassen en bijgevolg ook niet begunstigd kunnen worden door een afwijking van het beginsel als gevolg van een APA, kan niet leiden tot de vaststelling van selectiviteit als geïntegreerde en niet-geïntegreerde ondernemingen niet vergelijkbaar zijn. Het Gerecht heeft de vergelijkbaarheid van ondernemingen niet diepgaand geanalyseerd, maar heeft het argument van de Commissie overgenomen en dus niet verworpen. Het wordt in dit onderdeel onderzocht of geïntegreerde ondernemingen voor staatssteundoeleinden als vergelijkbaar kunnen worden beschouwd.

²⁷² Fiat-beslissing, par. 132

²⁷³ Fiat-beslissing, par. 161-164

5.5.2 Vergelijkbaarheid in het kader van de doelstelling van het vennootschapsbelastingstelsel

De beoordeling van selectiviteit is niet arbitrair en stelt de verschillen en gemeenschappelijke kenmerken van ondernemingen vast binnen een bepaald kader om te kunnen analyseren of deze ondernemingen juridisch en feitelijk vergelijkbaar zijn. De vergelijking moet worden gemaakt ten opzichte van een *tertium comparationis*.²⁷⁴ De Latijnse term verwijst naar het derde element van de vergelijking, waarop de vergelijking van ondernemingen kan worden gebaseerd. De eerste twee elementen zijn de ondernemingen waarvan de vergelijkbaarheid wordt geanalyseerd. De vergelijking ten opzichte van de *tertium comparationis* maakt de beoordeling van selectiviteit objectief. Het standpunt van het HvJ over het te hanteren *tertium comparationis* is aan verandering onderhevig geweest. In het *Adria Wien* arrest was het de doelstelling van de belastingmaatregel in kwestie, op basis waarvan de vergelijkbaarheid van ondernemingen vastgesteld moet worden.²⁷⁵ Dit oordeel van het HvJ kan beschouwd worden als een eng perspectief op staatssteun in het geval dat de algemene regels van de vennootschapsbelasting geïdentificeerd zijn als het referentiestelsel. Het volgt uit de latere arresten van het HvJ daarentegen dat de vergelijkbaarheid van ondernemingen onderzocht moet worden gelet op de doelstelling van het referentiestelsel.²⁷⁶ Alleen wanneer de maatregel in kwestie wordt geïdentificeerd als het referentiestelsel, kan de vergelijkbaarheid van ondernemingen worden beoordeeld in het licht van de doelstelling van die maatregel. Deze brede benadering is in overeenstemming met het standpunt, beargumenteerd in par. 5.3.2, dat het referentiestelsel ruim moet worden gedefinieerd met betrekking tot de beoordeling van selectiviteit. Het wordt in de literatuur gepleit de vergelijkbaarheid van ondernemingen vast te stellen vanuit een concurrentieperspectief²⁷⁷, in tegenstelling tot de doelstelling van de maatregel of het referentiestelsel. Alle ondernemingen die met elkaar in concurrentie treden worden volgens dat perspectief als vergelijkbaar beschouwd. Deze analyse van vergelijkbaarheid is in mijn opvatting theoretisch niet gebrekkig, maar wijkt af van de vaststaande rechtspraak. De vergelijkbaarheid van ondernemingen moet met het oog op de evaluatie van de benadering van de Commissie daarom worden vastgesteld in het kader van de doelstelling van het referentiestelsel, i.e. de doelstelling van het vennootschapsbelastingstelsel.

Het is vervolgens de vraag wat de doelstelling van het referentiestelsel is. De doelstelling van een belastingstelsel zal redelijkerwijs als uitgangspunt het aantrekken van staatsmiddelen hebben, maar dat

²⁷⁴ Term ontleend van: Lang 2012, p. 420

²⁷⁵ HvJ 08-11-2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH*, C-143/99, par. 41

²⁷⁶ HvJ 21-12-2016, *Commissie v World Duty Free Group en anderen*, gevoegde zaken C 20/15 P en C 21/15 P, par. 57-58

²⁷⁷ Lang 2012, p. 420; López 2010, p. 813

hoeft niet de enige doelstelling te zijn. Het blijkt uit het *P Oy* arrest dat externe beleidsdoelstellingen een verschillende behandeling van ondernemingen niet kunnen rechtvaardigen.²⁷⁸ Het betrof in dat arrest de beleidsdoelstelling van regionale ontwikkeling en sociale cohesie.²⁷⁹ De doelstellingen van het milieu- of industriebeleid worden daarnaast door de Commissie genoemd als externe beleidsdoelstellingen die selectiviteit niet kunnen rechtvaardigen.²⁸⁰ De vergelijkbaarheid van ondernemingen moet derhalve in mijn opvatting voor de beoordeling van selectiviteit geanalyseerd worden in het kader van een doelstelling dat inherent is aan het referentiestelsel. Tegelijkertijd verwijst de Commissie in sommige gevallen niet naar een enkele, intrinsieke, doelstelling van het referentiestelsel, maar de doelstellingen van het referentiestelsel.²⁸¹ Dit laat naast het vergaren van belastinginkomsten ruimte over voor doelstellingen zoals het bewaren van het globale evenwicht in de belastingdruk tussen ondernemingen die onderworpen zijn aan verschillende belastingen en andere overwegingen van gelijkheid en billijkheid. Het HvJ verwijst echter telkens naar de doelstelling van het referentiestelsel in haar arresten. Het volgt hieruit dat slechts één enkele doelstelling van het belastingstelsel moet worden toegeschreven aan het referentiestelsel. Het analyseren van de vergelijkbaarheid op basis van één enkele doelstelling, terwijl het vennootschapsbelastingstelsel meerdere doelstellingen na kan streven, beperkt het vennootschapsbelastingstelsel in mijn opvatting niet door de mogelijkheid de initiële vaststelling van selectiviteit te rechtvaardigen. De voornaamste doelstelling van het vennootschapsbelastingstelsel is in mijn opvatting het vergaren van belastinginkomsten. Het HvJ is hiermee eensgezind en gaat ervan uit dat de doelstelling van de vennootschapsbelasting bestaat uit het belasten van ondernemingswinsten.²⁸² Het is bijgevolg deze doelstelling op basis waarvan de vergelijkbaarheid van ondernemingen moet worden geanalyseerd.

Het is in de literatuur meermaals beargumenteerd dat geïntegreerde en niet-geïntegreerde ondernemingen zich in verschillende situaties bevinden en daarom niet vergelijkbaar zijn, maar zij hebben het hiervoor besproken kader waarin dat moet worden vastgesteld naar mijn mening niet in acht genomen. De vergelijkbaarheid van ondernemingen wordt in de fiscale literatuur niet expliciet vanuit een feitelijk perspectief besproken. In plaats daarvan wordt verwezen naar het onderdeel van de economie

²⁷⁸ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01), par. 135

²⁷⁹ HvJ 18-07-2013, *P Oy*, C-6/12, par. 27

²⁸⁰ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01), par. 135

²⁸¹ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01), par. 135

²⁸² HvJ 08-09-2011, *Italie v Paint Graphos*, C-78/08, par. 58

op dit gebied.²⁸³ Het onderwerp van dit onderdeel – omschreven als ‘the theory of the firm’ – is gewijd aan het analyseren van de financiële en commerciële betrekkingen tussen economische entiteiten en de omstandigheden waarin het economisch voordeliger is om binnen of buiten een groep ondernemingen handel te drijven. Het is mijn opvatting dat het de consensus is binnen dit onderdeel van de economie dat ondernemingen binnen een groep feitelijk van elkaar verschillen, alsook dat deze verschillen economisch relevant kunnen zijn.²⁸⁴ Los hiervan is het in mijn opvatting ook zo dat geïntegreerde ondernemingen en niet-geïntegreerde ondernemingen feitelijk van elkaar verschillen, aangezien uitsluitend de laatstgenoemde ondernemingen een gemeenschappelijk belang nastreven. Dit gemeenschappelijke belang kan ervoor zorgen dat de geïntegreerde ondernemingen zich anders gaan organiseren dan niet-geïntegreerde ondernemingen om de productiviteit en winstgevendheid te maximaliseren. Vanuit juridisch perspectief wordt het opgemerkt dat de binnenlandse belastingwetten voorzien in specifieke bepalingen door de onderlinge verwevenheid van geïntegreerde ondernemingen, waarbij het arm’s length beginsel als een van deze bepalingen wordt aangemerkt.²⁸⁵ Het wordt op basis hiervan beargumenteerd dat geïntegreerde en niet-geïntegreerde ondernemingen (juridisch) niet vergelijkbaar zijn. Het wordt echter miskend dat geïntegreerde ondernemingen en niet-geïntegreerde ondernemingen alle gericht zijn op het behalen van winst en daarom in het licht van de doelstelling van de vennootschapsbelasting, namelijk het belasten van de ondernemingswinst, vergelijkbaar zijn. Het is ook juist vanwege de doelstelling van de vennootschapsbelasting die opgaat voor zowel geïntegreerde als niet-geïntegreerde ondernemingen dat de ondernemingen voor staatssteundoeleinden als vergelijkbaar moeten worden beschouwd, ondanks het feit dat de winst van de ondernemingen ten opzichte van elkaar op basis van verschillende bepalingen vastgesteld wordt.

5.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is de benadering van de Commissie in haar eindbeslissingen geëvalueerd om een antwoord te geven op de volgende deelvraag:

²⁸³ Nicolaides 2016, p. 423; Monsenego, p. 140

²⁸⁴ Het valt buiten het bereik van deze scriptie om uitputtend te verwijzen naar de literatuur die betrekking heeft op de verschillen tussen groepen en afzonderlijke entiteiten. Voor een aantal voorbeelden zie: Granovetter, M. (1995). Coase revisited: Business groups in the modern economy. *Industrial and corporate change*, 4(1), 93-130; Gaur, A., & Delios, A. (2015). International diversification of emerging market firms: The role of ownership structure and group affiliation. *Management International Review*, 55(2), 235-253; Chari, M. D., & Dixit, J. (2015). Business groups and entrepreneurship in developing countries after reforms. *Journal of Business Research*, 68(6), 1359-1366. De meeste van deze studies en de daarin aangehaalde literatuur volgen de logica dat groepsentiteiten marktfalen en institutionele leegtes, zoals de onderontwikkeling van gespecialiseerde tussenpersonen, kunnen verhelpen op een manier die voor afzonderlijke entiteiten niet mogelijk is.

²⁸⁵ Luja 2016, p. 114

“In hoeverre is de staatssteunbeoordeling van de Commissie ten aanzien van Advance Pricing Agreements in overeenstemming met het EU-recht en de globale consensus rondom het arm's length beginsel?”

Het is eerst onderzocht of de uitgangspunten die hebben geleid tot het samenvoegen van een voordeel en selectiviteit in overeenstemming zijn met de jurisprudentie van het HvJ. De Commissie baseert zich op de volgende twee uitgangspunten: Het vermoeden van selectiviteit en de opvatting dat de afwijking van het referentiesysteem in de selectiviteitsanalyse over het algemeen samenvalt met de afwijking van het referentiestelsel voor de vaststelling van een voordeel. Selectiviteit moest op grond van het *MOL* arrest worden beoordeeld voor algemene maatregelen, maar voor individuele maatregelen volstaat een vermoeden van selectiviteit. Hoewel het vermoeden van selectiviteit in deze rechtszaak niet is gevestigd en de zaak ook geen betrekking had op belastingzaken, kan worden geconcludeerd dat de Commissie hier terecht een vermoeden van selectiviteit heeft gevestigd. Het moet echter niet uit het oog worden verloren dat een vermoeden van selectiviteit slechts een mechanisme is om de bewijslast om te keren en niet om de selectiviteit van een maatregel volledig te negeren. Het uitgangspunt dat de aanwezigheid van selectiviteit en een voordeel beide als een afwijking van het referentiesysteem worden beoordeeld, is daarnaast ook correct. Dit uitgangspunt heeft de samenvoeging uiteindelijk veroorzaakt. De Commissie spreekt in haar benadering slechts formeel van een selectief voordeel, maar beoordeelt de aanwezigheid van een voordeel en selectiviteit afzonderlijk. De Commissie is wat betreft de invulling van een selectief voordeel dus in overeenstemming met het EU-recht.

Vervolgens is onderzocht of de Commissie het vennootschapsbelastingstelsel in plaats van de binnenlandse verrekenprijsregels als referentiestelsel had geïdentificeerd. In het algemeen past het vennootschapsbelastingstelsel als ruim referentiestelsel het meest bij het concept van staatssteun. De binnenlandse verrekenprijsregels kunnen alleen geïdentificeerd worden als referentiestelsel indien deze regels een functie hebben die alleen relevant is in de context daarvan en deze regels tevens geen wisselwerking met andere bepalingen hebben. Het is in principe afhankelijk van het winstbegrip van het belastingstelsel van lidstaten of het arm's length beginsel een dergelijke functie vervult. In Nederland wordt op grond van het winstbegrip geabstraheerd van onzakelijke transacties en is dat dus niet het geval. De binnenlandse verrekenprijsregels kunnen daarnaast niet los worden gezien van de overige regels van het vennootschapsbelastingstelsel. De Commissie was op basis van het voorgaande correct in het identificeren van het vennootschapsbelastingstelsel als het referentiestelsel.

Nauw verbonden met de identificatie van het referentiestelsel is de vergelijkbaarheidsanalyse. De Commissie stelt dat geïntegreerde en niet-geïntegreerde ondernemingen juridisch en feitelijk

vergelijkbaar zijn, gelet op de doelstelling van het referentiestelsel. Dit zou betekenen dat een afwijking van het arm's length beginsel selectief is, omdat niet-geïntegreerde ondernemingen niet kunnen afwijken van het arm's length beginsel. De doelstelling van het vennootschapsbelastingstelsel is op basis van de jurisprudentie van het HvJ het belasten van ondernemingswinsten. Het kan vanuit de economische theorie worden gesteld dat geïntegreerde en niet-geïntegreerde ondernemingen feitelijk niet vergelijkbaar zijn. Het kan daarnaast worden gesteld dat de twee groepen juridisch niet vergelijkbaar zijn. De geïntegreerde ondernemingen worden onderworpen aan bepalingen die niet van toepassing zijn op niet-geïntegreerde ondernemingen, waarvan het arm's length beginsel een voorbeeld is. Het is echter juist omdat de doelstelling van het belasten van ondernemingswinsten hetzelfde is voor geïntegreerde en niet geïntegreerde ondernemingen dat verschillende bepalingen nodig zijn om dit doel te bereiken, maar de categorieën ondernemingen voor staatssteundoeleinden niettemin vergelijkbaar zijn.

De Commissie past ten slotte het arm's length beginsel toe dat voortvloeit uit art. 107(1) VwEU. Dat is gebaseerd op het *Forum 187* arrest en de opvatting dat artikel 107(1) VwEU een beginsel van gelijke behandeling bevat, waaraan voldaan wordt door de toepassing van het arm's length beginsel. Het is gebleken dat het *Forum 187* arrest niet eenduidig de toepassing van een autonoom arm's length beginsel uit kan wijzen. Art. 107(1) VwEU belichaamt daarentegen wel een algemeen beginsel van gelijke behandeling, doordat het staatssteunartikel voorkomt dat ondernemingen in vergelijkbare situaties ongelijk behandeld worden. Het arm's length beginsel doelt ook op een gelijke behandeling tussen geïntegreerd en niet-geïntegreerde ondernemingen, maar dit kan slechts ten dele bereikt worden door de onnauwkeurigheden die inherent zijn aan de toepassing van het arm's length beginsel. Een nuttig onderscheid om te maken is dat het arm's length beginsel niet inherent is aan art. 107(1) VwEU, maar slechts dient als instrument om na te gaan of aan het beginsel van gelijke behandeling is voldaan. Doordat het arm's length beginsel slechts een invulling probeert te geven aan het beginsel van gelijke behandeling wordt er in overeenstemming met de analyse van het Gerecht geen inbreuk gemaakt op de fiscale autonomie van lidstaten en behoeft de Commissie geen materiële inhoud te geven aan het arm's length beginsel. De Commissie dient echter wel rekening te houden met het benaderende karakter van het arm's length beginsel en de onnauwkeurigheden die daaruit voortkomen. Ook moet de Commissie bij het verwijzen naar de OESO-richtlijnen de versie van de richtlijnen hanteren die betrekking hebben op de periode waarin de desbetreffende APA van toepassing is. Ten slotte kan de Commissie niet concluderen dat een verrekenprijsmethode in principe niet tot een betrouwbare benadering van de marktuitskomst leidt. Zolang de Commissie hier rekening mee houdt, is het niet in strijd met de globale consensus over het arm's length beginsel.

6. CONCLUSIE

6.1 Algemeen

Het in deze scriptie uitgevoerde onderzoek was gericht op het vaststellen van de omstandigheden waarin *Advance Pricing Agreements* (APAs) gezien worden als staatssteun die niet te verenigen is met de interne markt. Dat onderzoek is verricht op basis van de eindbeslissingen van de Commissie met betrekking tot APAs. In dit hoofdstuk worden de conclusies van het onderzoek weergegeven. Het hoofdstuk sluit af met een tweetal aanbevelingen en een suggestie voor een mogelijk vervolgonderzoek.

6.2 Samenvatting en Conclusie

De eerste twee deelvragen van dit onderzoek (*“Wat zijn fiscale rulings, specifiek Advanced Pricing Agreements?”*; *“Wat is de invulling van het at arm’s length-beginsel?”*) zijn beantwoord in Hoofdstuk 2. Fiscale rulings kunnen beschreven worden als schriftelijke verklaringen van de belastingautoriteiten aan een aanvrager, die voorzien in een interpretatie van bepaalde belastingbepalingen en deze bepalingen toepassen op de situatie van de belastingplichtige. Het voornaamste belang van fiscale rulings is het bieden van zekerheid in het licht van complexe fiscale wetgeving. De hoofdkenmerken van fiscale rulings zijn de juridische binding ervan en de mogelijkheid om rulings aan te vragen voor toekomstige transacties. Het systeem van fiscale rulings is op de publicatie van rulings met een internationaal karakter na niet geharmoniseerd, maar het systeem verschilt wat betreft de hoofdkenmerken van rulings niet wezenlijk van lidstaat tot lidstaat. Fiscale rulings worden voornamelijk afgegeven in de vorm van *Advance Tax Rulings* (ATRs) en *Advance Pricing Agreements*. Een APA is een overeenkomst waarin voorafgaand aan gecontroleerde transacties aan de hand van de vaststelling van een aantal criteria een prijs wordt vastgesteld die in overeenstemming is met het arm’s length beginsel. In tegenstelling tot een ATR, kan naast een unilaterale APA ook een multilaterale of bilaterale APA overeengekomen worden. Bovendien ziet een APA, anders dan een ATR, enkel op grensoverschrijdende transacties en wordt een APA in Nederland altijd overeengekomen in de vorm van een vaststellingsovereenkomst die naast de bevoegde belastingautoriteit ook de belastingplichtige juridisch bindt aan de overeenkomst.

Het arm’s length beginsel betekent dat de prijzen tussen gecontroleerde transacties op zakelijke gronden moeten worden vastgesteld. Dit beginsel is neergelegd in art. 9 van het OESO-Modelverdrag en verder uitgewerkt in de OESO-richtlijnen. Dit beginsel moet geïmplementeerd zijn in binnenlandse belastingwetgeving om van toepassing te zijn. In Nederland is het arm’s length beginsel expliciet opgenomen in art. 8b Wet VPB. Gelieerde ondernemingen worden voor de invulling van het arm’s length beginsel beschouwd als afzonderlijke entiteiten. De transacties van de gelieerde ondernemingen worden op basis van een functionele analyse, waar nodig, vergeleken met vergelijkbare ongecontroleerde

transacties die in vergelijkbare situaties plaatsvinden. De volgende stap in het toepassen van het arm's length beginsel bestaat uit de keuze van verrekenprijsmethode die gemaakt moet worden. De OESO-richtlijnen bevatten drie traditionele verrekenprijsmethodes en twee transactionele winstmethoden. De voorkeur gaat in de OESO-richtlijnen uit naar de traditionele verrekenprijsmethodes en meer in het bijzonder de Comparable Uncontrolled Price (CUP) methode. Dit is namelijk de meest directe methode die net als de overige traditionele verrekenprijsmethodes een prijs als uitkomst heeft.

In Hoofdstuk 3 is de derde deelvraag (*“Wanneer is er op basis van het EU-recht sprake van staatssteun?”*) beantwoord. Staatssteun wordt vanuit zijn doelstelling vastgesteld aan de hand van een viertal cumulatieve criteria. Het specifieke doel van staatssteun is het voorkomen van concurrentievervalsing binnen de interne markt. Het verhinderen van concurrentievervalsing is geen doel op zich, maar moet beschouwd worden als een voorwaarde voor het onderhouden van de interne markt²⁸⁶. Vanwege dit uiteindelijke doel en de brede interpretatie van de interne markt kunnen de staatssteunregels worden gebruikt als een instrument om schadelijke belastingconcurrentie en agressieve belastingplanning te bestrijden. De Commissie die de staatssteunregels als een dergelijk instrument inzet is hier in overeenstemming mee. Tegenstanders stellen dat het toepassen van staatssteunregels gemotiveerd door beleidsmaatregelen een concept van voorrang van politiek boven het recht vertegenwoordigt²⁸⁷. Een ander punt van kritiek is dat de staatssteunregels alleen per geval toegepast kunnen worden en stellen op basis hiervan dat het verbod op staatssteun geen effectief rechtsmiddel is om de beleidsdoelstellingen te verwezenlijken²⁸⁸. De onderliggende doelstelling voor het toepassen van de staatssteunregels doet in mijn opvatting echter niet af aan de legitimiteit van zijn uitkomst.

Staatssteun wordt op grond van het staatssteunbegrip in art. 107(1) VwEU vastgesteld indien een maatregel voldoet aan de volgende vier cumulatieve criteria:

1. Het moet een economisch voordeel opleveren
2. Het moet worden verleend door een lidstaat of met staatsmiddelen worden bekostigd
3. Het moet bepaalde ondernemingen of de productie van bepaalde goederen begunstigen (selectiviteit)

²⁸⁶ Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie 2012/C 326/01, Protocol 2

²⁸⁷ Traversa & Flamini, p. 326

²⁸⁸ Traversa & Flamini, p. 326

4. Het moet de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen en van invloed zijn op de handel tussen lidstaten

Een voordeel treedt op als gevolg van een maatregel indien deze de kosten verlaagd die normaliter op een onderneming drukken.²⁸⁹ Het bestaan van een voordeel kan bij een APA bepaald worden op grond van een referentiestelsel.²⁹⁰ Het moet dan worden vastgesteld of de financiële situatie van de onderneming zonder de betrokken maatregel in het kader van het normale belastingstelsel op dezelfde wijze zou zijn verbeterd. De verlening door een lidstaat of de bekostiging van lidstaten houdt in dat het voordeel direct of indirect met staatsmiddelen is bekostigd *en* de maatregel toerekenbaar is aan die lidstaat.²⁹¹ De selectiviteit van een maatregel wordt vergelijkbaar met de constatering van een voordeel vastgesteld bij een niet te rechtvaardigen afwijking van het referentiestelsel. Het referentiestelsel bestaat uit alle regels die op grond van objectieve criteria algemeen van toepassing zijn op alle ondernemingen die vallen binnen het toepassingsgebied ervan. Het doel van die regels omschrijven het toepassingsgebied. Een afwijking van het referentiestelsel wordt vastgesteld als de betwiste maatregel een onderscheid maakt tussen onderneming die zich feitelijk en juridisch in dezelfde situatie bevinden, gelet op de doelstelling van het referentiestelsel.²⁹² Tot slot moet een (potentiële) vervalsing van de mededinging en een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer optreden. Aan dit criterium is snel voldaan. Dat geldt ook voor de bekostiging van staatsmiddelen en de toerekenbaarheid van de maatregel aan de staat met betrekking tot fiscale maatregelen zoals een APA. De kwalificatie van staatssteun voor een APA is op basis hiervan grotendeels afhankelijk van de constatering van een voordeel en de vaststelling van selectiviteit.

Het voldoen aan deze criteria leidt niet direct tot de kwalificatie van ongeoorloofde staatssteun. Bepaalde categorieën steun zijn op basis van art. 107(2) en 107(3) VwEU verenigbaar met de interne markt. Een APA verleent bij de vaststelling van een voordeel echter exploitatiesteun. Deze vorm van steun wordt slechts in uitzonderlijke gevallen toegelaten. De staatssteun die niet te verenigen is met de interne markt wordt volgens het ex ante systeem gestaakt en teruggevorderd.

In Hoofdstuk 4 is de vierde deelvraag (*“Wat is de invulling van de criteria voor de aanwezigheid van staatssteun met betrekking tot een Advance Pricing Agreement in de benadering van de Commissie?”*)

²⁸⁹ HvJ 23-02-1961, Steenkolenmijn v Hoge Autoriteit, C-30/59, par. 19

²⁹⁰ Gerecht van eerste aanleg 01-07-2004, Salzgitter AG v Commissie, T-308/00, par. 81

²⁹¹ HvJ 24-01-1978, Nederland v Tiggele, C-82/77, par. 25

²⁹² HvJ 21-12-2016, Commissie v World Duty Free Group en anderen, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, par. 57-58

beantwoord. Deze vraag is beantwoord op basis van de beslissingen over staatssteun aan Fiat²⁹³, Starbucks²⁹⁴, Apple²⁹⁵ en Amazon²⁹⁶. Uit de algemene benadering van de Commissie valt het volgende op:

- Het criterium van een economisch voordeel en het criterium voor selectiviteit worden samengevoegd tot het criterium van een 'selectief voordeel'. Deze samenvoeging is gebaseerd op twee uitgangspunten: het vermoeden van selectiviteit en het standpunt dat de afwijking van het referentiestelsel in de selectiviteitsanalyse doorgaans samenvalt met de vaststelling van een voordeel.
- Het referentiestelsel bestaat volgens de Commissie uit het binnenlandse vennootschapsbelastingstelsel in plaats van de binnenlandse verrekenprijsregels.
- Geïntegreerd en niet-geïntegreerde ondernemingen worden vergelijkbaar geacht voor de selectiviteitsanalyse.
- Het arm's length beginsel dat de facto het ijkpunt vormt waartegen een selectief voordeel wordt vastgesteld, is niet afgeleid van art. 9 OESO-MV. In plaats daarvan verwijst de Commissie naar het arm's length beginsel dat voortvloeit uit artikel 107(1) VwEU. Dit artikel is in tegenstelling tot art. 9 OESO-MV en de OESO-richtlijnen bindend voor lidstaten. De Commissie kan op basis hiervan ook afwijken van de OESO-richtlijnen.

De beslissing over staatssteun van Apple heeft in het bijzonder uitgewezen dat de interpretatie van het arm's length beginsel van de Commissie noodzakelijkerwijs deel uitmaakt van de staatssteunbeoordeling, ook als de lidstaat geen arm's length beginsel heeft geïmplementeerd in de belastingwetgeving. Het standpunt is in deze beslissing ook ingenomen dat de winst die geboekt wordt door een vaste inrichting zonder restant moet worden toegerekend tussen de hoofdhuis en de vaste inrichting. Dat is naar mijn mening onterecht, aangezien het voordeel niet toerekenbaar is aan de staat.

In de beslissing over staatssteun van Amazon wordt het criterium van een economisch voordeel en selectiviteit apart besproken. De Commissie heeft haar benadering daarentegen niet gewijzigd, aangezien de uitgangspunten voor de samenvoeging tot een selectief voordeel ook in deze beslissing terugkomen.

²⁹³ Besluit van de Commissie van 21.10.2015 betreffende steunmaatregel SA.38375 (2014/C ex 2014/NN)

²⁹⁴ Besluit van de Commissie van 21.10.2015 betreffende steunmaatregel SA.38374 (2014/C ex 2014/NN)

²⁹⁵ Besluit van de Commissie van 30-08-2016 betreffende steunmaatregel SA.38373 (2014/C ex 2014/NN)

²⁹⁶ Besluit van de Commissie van 14.10.2017 betreffende steunmaatregel SA.38944 (2014/C ex 2014/NN)

In Hoofdstuk 5 is de vijfde en laatste deelvraag (*“In hoeverre is de staatssteunbeoordeling van de Commissie ten aanzien van Advance Pricing Agreements in overeenstemming met het EU-recht en de globale consensus rondom het arm’s length beginsel?”*) beantwoord. Het wordt hier verder ingegaan op de punten van de algemene benadering die in het vorige hoofdstuk zijn opgemerkt. Het eerste uitgangspunt van de Commissie voor de samenvoeging van een economisch voordeel en selectiviteit tot een selectief voordeel is gebaseerd op het *MOL* arrest. Het wordt door het HvJ in dat arrest uitgesproken dat individuele maatregelen onderscheiden moeten worden van algemene maatregelen in die zin dat het voor individuele maatregelen mogelijk is een vermoeden van selectiviteit te vestigen.²⁹⁷ De omstandigheden van het *MOL* arrest hadden geen betrekking op een fiscale maatregel en het vermoeden van selectiviteit werd ook niet daadwerkelijk gevestigd in het arrest, maar dit is voor de geldigheid van de uitspraak niet relevant. Ter verduidelijking betekent het vestigen van een vermoeden niet dat het criterium van selectiviteit door de Commissie genegeerd kan worden. Het is simpelweg een mechanisme om de bewijslast voor het vaststellen van selectiviteit om te keren en zodanig de bewijslast van de Commissie te verlichten. Het tweede uitgangspunt dat de aanwezigheid van een voordeel en selectiviteit allebei als afwijking van een referentiestelsel worden vastgesteld is ook juist. Dit uitgangspunt heeft de samenvoeging uiteindelijk veroorzaakt. De criteria zijn echter slechts formeel samengevoegd tot een selectief voordeel. Materieel worden de criteria afzonderlijk beoordeeld. Een economisch voordeel is in de staatssteunbeslissingen vastgesteld bij een afwijking van het arm’s length beginsel. Dit voordeel is selectief, doordat niet-geïntegreerde ondernemingen volgens de Commissie vergelijkbaar zijn en niet kunnen afwijken van het arm’s length beginsel. De Commissie is wat betreft de invulling van een selectief voordeel dus in overeenstemming met het EU-recht.

Het binnenlandse vennootschapsbelastingstelsel is in vergelijking met de binnenlandse verrekenprijsregels ook terecht geïdentificeerd als het referentiestelsel door de Commissie. Een breed referentiestelsel zorgt dat uitzonderingen op de hoofdregel niet als algemene maatregelen aangemerkt kunnen worden. Dit zou de reikwijdte van de beoordeling van selectiviteit aanzienlijk beperken en de objectiviteit van staatssteun schaden. Een tweede argument voor een breed referentiestelsel is dat het voorkomt dat een set regels door regelgevingstechnieken kunstmatig uit een breder rechtskader worden gehaald. Een derde argument voor een breed referentiestelsel is het onderscheid dat bewaard moet worden tussen de identificatie van een referentiestelsel en de vergelijking van ondernemingen. De samenhang tussen belastingbepalingen vormt een vierde argument voor een breed referentiestelsel. Het

²⁹⁷ HvJ 04-06-2015, Commissie v MOL, C-15/14 P

volgt hieruit dat een of meer belastingbepalingen een eigen doelstelling moet hebben en tevens los moeten staan van de andere bepalingen in het vennootschapsbelastingstelsel om geïdentificeerd te kunnen worden als referentiestelsel. Binnenlandse verrekenprijsregels voldoen hier door de wisselwerking met andere bepalingen doorgaans niet aan.

De feitelijke en juridische vergelijkbaarheid van ondernemingen moet omwille van de objectiviteit van de staatssteunbeoordeling worden vastgesteld op basis van een *tertium comparationis*. Dit is het (derde) element waarop een vergelijking tussen twee groepen ondernemingen gebaseerd kan worden. Het derde element van vergelijking bestaat uit de doelstelling van het referentiestelsel.²⁹⁸ In het geval van de staatssteunonderzoeken kan dat alleen het belasten van ondernemingswinsten zijn. Het kan vanuit de economische theorie worden beargumenteerd dat geïntegreerde en niet-geïntegreerde ondernemingen feitelijk en juridisch niet vergelijkbaar zijn. Daarnaast zijn juridisch gezien verschillende belastingbepalingen van toepassing op een onderneming, afhankelijk van de vraag of de onderneming al dan niet in een groep is geïntegreerd. Het arm's length beginsel is een voorbeeld hiervan. Wanneer de vergelijking echter wordt gemaakt in het licht van de doelstelling van het vennootschapsbelastingstelsel zijn deze ondernemingen vergelijkbaar. Het is juist omdat de doelstelling van het belasten van ondernemingswinsten hetzelfde is voor geïntegreerde en niet geïntegreerde ondernemingen dat verschillende bepalingen nodig zijn om dit doel te bereiken, maar de categorieën ondernemingen voor staatssteundoeleinden niettemin vergelijkbaar zijn.

De afwijking van het arm's length beginsel dat volgens de Commissie voortvloeit uit art. 107(1) VwEU, vormt de facto het ijkpunt waartegen een selectief voordeel wordt vastgesteld. De grondslag van het toegepaste arm's length beginsel is gebaseerd op het *Forum 187* arrest en de opvatting dat art. 107(1) een beginsel van gelijke behandeling belichaamt, waaraan voldaan wordt door de toepassing van het arm's length beginsel. Het *Forum 187* arrest verwijst niet expliciet naar het arm's length beginsel en het is ook niet op te maken dat het HvJ een dergelijke grondslag impliciet heeft bevestigd. Art. 107(1) VwEU belichaamt daarentegen wel een beginsel van gelijke behandeling door de ongelijke behandeling van vergelijkbare situaties tegen te gaan. Het arm's length beginsel heeft ook een algemene doelstelling voor het gelijk behandelen van geïntegreerde en niet-geïntegreerde ondernemingen, alhoewel dit doel slechts ten dele bereikt kan worden. Het benaderende karakter staat een volledig gelijke behandeling van

²⁹⁸ HvJ 21-12-2016, Commissie v World Duty Free Group en anderen, gevoegde zaken C 20/15 P en C 21/15 P, par. 57-58

ondernemingen in de weg. De uitspraak van het Gerecht in de Fiat-²⁹⁹ en Starbucks-zaak³⁰⁰ weerspiegelt deze constatering. Het Gerecht spreekt verder ook terecht uit dat de fiscale autonomie van lidstaten en het feit dat het arm's length beginsel geen materiele inhoud heeft daar niet aan afdoen. Het arm's length beginsel is immers niet inherent aan art. 107(1) VwEU, maar slechts een instrument om invulling te geven aan het beginsel van gelijke behandeling. De Commissie kan voor de invulling van het arm's length beginsel in haar staatssteunonderzoeken dus in principe afwijken van de binnenlandse verrekenprijzeregels en de OESO-richtlijnen. Het is echter onwaarschijnlijk dat de Commissie hier ver van af zal wijken, gezien de gelijkenis tussen het in art. 107(1) VwEU vervatte beginsel van gelijke behandeling en de algemene doelstelling van het arm's length beginsel.

De antwoorden op de deelvragen maken het mogelijk de onderzoeksvraag van deze scriptie te beantwoorden. De onderzoeksvraag luidde:

“Onder welke omstandigheden kunnen Advance Pricing Agreements beschouwd worden als staatssteun die niet te verenigen is met de interne markt, en hoe verhoudt zich dit tot het gevoerde beleid van de Commissie?”

Een APA moet op grond van het staatssteunbegrip van art. 107(1) VwEU voldoen aan vier cumulatieve criteria. Geen van deze criteria kan genegeerd worden. Het is voor de kwalificatie van staatssteun van een APA echter vooral van belang of de APA voldoet aan het criterium van selectiviteit en een economisch voordeel. Deze criteria kunnen formeel samengevoegd worden tot het criterium van een selectief voordeel, zoals de Commissie dat in haar staatssteunonderzoeken ook heeft gedaan.

Het kan van een APA in beginsel worden vermoed dat voldaan is aan het selectiviteitscriterium. Een APA kan immers als overeenkomst die, voorafgaande aan gecontroleerde transacties van geïntegreerde ondernemingen een aantal criteria vaststelt voor de bepaling van verrekenprijzen aangemerkt worden als een individuele maatregel. De individualiteit van een maatregel is een dermate voor de hand liggende indicator van selectiviteit dat het voor de beoordeling daarvan onderscheiden moet worden van algemene maatregelen. Dit wordt bevestigd door het HvJ en de Commissie heeft dit vermoeden ook gevestigd onder verwijzing naar het HvJ.

Het vermoeden van selectiviteit keert echter slechts de bewijslast om en kan geenszins worden beschouwd als een onweerlegbaar bewijs. Het is om die reden ook van belang te erkennen dat de

²⁹⁹ Gerecht (Zevende kamer) 24-09-2019, Koninkrijk der Nederlanden e.a. v Commissie, T-760/15 en T-636/16

³⁰⁰ Gerecht (Zevende kamer) 24-09-2019, Fiat Chrysler Finance Europe v Commissie, T 755/15 en T 759/15

geïntegreerde ondernemingen vergelijkbaar zijn met niet-geïntegreerde ondernemingen, gelet op de doelstelling van het binnenlandse vennootschapsbelastingstelsel om ondernemingswinsten te belasten. De afwijking van het arm's length beginsel resulteert dan niet alleen in de constatering van een voordeel, maar dat voordeel is door die vergelijkbaarheid ook selectief. Het selectieve voordeel trad ook in de benadering van de Commissie op als gevolg van een afwijking van het arm's length beginsel.

Het arm's length beginsel streeft een algemene doelstelling van gelijke behandeling na tussen geïntegreerde en niet-geïntegreerde ondernemingen. Art. 107(1) VwEU belichaamt tevens een algemeen beginsel van gelijke behandeling, doordat het ongelijk behandelen van juridisch en feitelijk vergelijkbare ondernemingen leidt tot de kwalificatie van staatssteun. Het is op basis van deze uitgangspunten terecht dat de Commissie het arm's length beginsel toepast dat voortvloeit uit art. 107(1) VwEU. In overeenstemming met het Gerecht ben ik namelijk van mening dat het arm's length beginsel als instrument moet worden beschouwd om na te gaan of is voldaan aan het in art. 107(1) VwEU belichaamde beginsel van gelijke behandeling.

Er moet echter vooralsnog rekening blijven houden met het benaderende karakter van het arm's length beginsel, waardoor niet volledig voldaan kan worden aan het beginsel van gelijke behandeling. De technische aspecten van het arm's length beginsel moeten ook niet uit het oog worden verloren. Zo kan het naar mijn mening en in tegenstelling tot de benadering van de Commissie niet worden geconcludeerd dat de keuze van een verrekenprijsmethode in principe leidt tot een onbetrouwbare benadering van de marktuitskomst. Een latere versie van de OESO-richtlijnen kan ook niet aangehaald worden om een eerder overeengekomen APA op staatssteun te beoordelen, zoals de Commissie dat wel heeft gedaan in haar staatssteunonderzoeken. Behoudens deze punten van kritiek is het mijn verwachting dat de fundamentele benadering van de Commissie zal worden overgenomen in het eindoordeel van het HvJ.

Het antwoord op de onderzoeksvraag leidt tot een tweetal aanbevelingen. De eerste aanbeveling is gericht op het bedrijfsleven. Het is zinvol voor ondernemingen die gebruikmaken van een APA om vooruitlopend op het oordeel van het HvJ het risico voor de vaststelling van staatssteun te minimaliseren door middel van een eigen beoordeling van de APAs die in de laatste tien jaar³⁰¹ overeengekomen zijn. Deze aanbeveling is gebaseerd op mijn verwachting dat de HvJ zal meegaan in de benadering van de Commissie die ook is overgenomen door het Gerecht. De tweede aanbeveling is een beleidsaanbeveling. De staatssteunregels zijn een nuttig instrument bij het bestrijden van belastingontwijking en agressieve

³⁰¹ Art. 17(1) Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015: "De bevoegdheden van de Commissie om steun terug te vorderen verjaren na een termijn van tien jaar".

belastingplanning, maar dit is niet de doelstelling van staatssteun en de staatssteunregels hebben een beperkte toepassing. Staatssteun kan slechts per geval vastgesteld worden en het biedt geen uitkomst voor de discrepanties tussen de belastingwetgeving van lidstaten (hybride mismatches) die aanleiding geven tot dubbele heffing of niet-heffing van belastingen. Het is om deze redenen aanbevolen om dergelijke problemen op te lossen met behulp van andere maatregelen zoals een grotere transparantie van de belastingwetgeving in een lidstaat, het uitwisselen van informatie en belastingharmonisatie. Deze maatregelen bestrijden belastingontwijking en agressieve belastingplanning op een wijze die toekomstbestendig is.

Een laatste overweging die ik onder de aandacht van de lezer wil brengen, betreft de huidige ontwikkelingen op OESO-niveau. De OESO werkt momenteel aan een internationaal belastingkader voor ondernemingen die aan de hand van een digitaal bedrijfsmodel waarde creëren met een minimale fysieke aanwezigheid in rechtsgebieden.³⁰² De verrekenprijsregels worden binnen dit kader gewijzigd met als doel de winsten van multinationale ondernemingen die deelnemen aan de digitale economie te belasten in de landen waar de verkoop plaatsvindt of waar de gebruikers gevestigd zijn. De voorgenen regels hanteren een nieuw nexusbegrip, die onafhankelijk is van fysieke aanwezigheid en voornamelijk gebaseerd is op de verkoop. De belastingvrijstelling die in het vestigingsstaat nodig kan zijn om dit te bereiken is per definitie niet van toepassing op niet-geïntegreerde ondernemingen en binnenlands opererende groepen. Op basis van de verwachting dat het HvJ de benadering van de Commissie bevestigt, zou de staatssteunregels een vergelijkbare behandeling van geïntegreerde en niet-geïntegreerde ondernemingen vereisen. Ik vraag mij om deze reden af of het belastingkader niet resulteert in een selectief voordeel in de vestigingsstaat ten gunste van bepaalde ondernemingen die goederen en diensten exporteren of gebruikers in het buitenland hebben. De voorgenen regels zijn namelijk op basis van het toepassen van winstdrempels gericht op bepaalde bedrijfsmodellen. Een selectief voordeel kan zich dan voordoen ten gunste van de hiervoor genoemde ondernemingen die geen belastbare aanwezigheid zal hebben.³⁰³ Deze kwestie is niet aan bod gekomen in dit onderzoek en zou een interessant onderwerp kunnen zijn voor een vervolgonderzoek.

³⁰² Zie ook: OECD (2019), Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris. Geraadpleegd via: www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm.

³⁰³ OECD (2019), Public consultation document, Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One. Geraadpleegd via: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>

LITERATUURLIJST

I. Boeken

Ellis 1999

Ellis, M. (1999). *General Report, in Advance Rulings - Cahiers de droit fiscal international* (Vol. 84b). Den Haag, Londen, Boston: Kluwer Law International.

Gormsen 2019

Gormsen, L. L. (2019). *European State Aid and Tax Rulings*. Edward Elgar Publishing.

Internal Revenue Cumulative Bulletin 1919

Treasury Department, Internal Revenue Service (IRS). (1919). *Internal Revenue Cumulative Bulletin*. Washington D.C.: Government Printing Office.

Advance Rulings by the Tax Authorities at the request of a taxpayer 1965

International Fiscal Association. (1965). *Advance Rulings by the Tax Authorities at the request of a taxpayer - Cahiers de droit fiscal international, 50b*. Den Haag, Londen, Boston: Kluwer Law International.

Advance Ruling: Practice and Legality 1994

International Fiscal Association. (1994). *Advance Ruling: Practice and Legality*. Zuidpoolsingel: Kluwer Law International.

Koninck 1997

Koninck, C. D. (1997). *Glossarium van Latijnse en Romeinse rechtstermen*. Antwerpen: Maklu.

Luja 2016

Luja, R. (2016). State Aid Benchmarking and Tax Rulings: Can We Keep It Simple? In S. Richelle, W. Schön, & E. Traversa, *State Aid Law and Business Taxation* (pp. 111-131). Springer-Verlag Berlin and Heidelberg GmbH & Co. KG.

Monsenego 2018

Monsenego, J. (2018). *Selectivity in state aid law and the methods for the allocation of the corporate tax base (Eucotax Series on European Taxation)*. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International B.V.

Mousourakis 2003

Mousourakis, G. (2003). *The Historical and Institutional Context of Roman Law*. New York, Londen: Routledge.

Romano 2002

Romano, C. (2002). *Advance tax rulings and principles of law towards a european tax rulings system?*, International Bureau of Fiscal Documentation.

Sandler 1997

Sandler, D. (1997). *General introduction, in International Guide to Tax Rulings*. Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation.

Silfverberg 1999

Silfverberg, C. (1999). *National Report Sweden, in Advance Rulings - Cahiers de droit fiscal international*. Den Haag, Londen, Boston: Kluwer Law International.

II. Artikelen**Bentley 1998**

Bentley, D. (1998). Taxpayers' Rights: An International Perspective. *Revenue Law Journal*, 35-56.

Douma NTFR 2016-2189

S. Douma, Appel'tje-eitje, *NTFR 2016-2189*.

Forrester 2018

Forrester, E. (2018). Is the State Aid regime a suitable instrument to be used in the fight against harmful tax competition. *EC Tax Review*, 27(1), 19-35

Gonzalez 2016

Gonzalez, M. (2016). State Aid and Tax Competition: Comments on the European Commission's Decisions on Transfer Pricing Rulings, *European State Aid Law Quarterly*, 4, p. 370. *European State Aid Law Quarterly*, 15(4), 556-574.

Huisker-Stoop 2018

Huisker-Stoop, E. (2018). De juridische kwalificatie van een fiscale ruling en de betekenis daarvan voor de toepassing in de rechtspraktijk. *Ars Aequi*, 793-803.

Lang 2012

Lang, M. (2012). State aid and taxation: recent trends in the case law of the ECJ. 11(2), p. 411-423. *European State Aid Law Quarterly*, 11(2), 411-421.

Gormsen 2016

Gormsen, L.L. (2016). EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga. *Journal of European Competition Law & Practice*, 7(6), 369-382.

Luja 2015

Luja, R. (2015). *EU State Aid Law and National Tax Rulings*. European Parliament, Brussel.

Luja 2016

Luja, R. H. (2016). Do State Aid Rules Still Allow European Union Member States to Claim Fiscal Sovereignty? *EC Tax Review*, 25(5), 312-324.

Lyal 2015

Lyal, R. (2015). Transfer pricing rules and state aid. *Fordham International law Journal*, 38(4), 1017-1044

Monsenego 2019

Monsenego, J. (2019). Some observations on Starbucks, Fiat, and their potential impact on future amendments to the arm's length principle. Kluwer Competition Law Blog, Geraadpleegd via: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2019/09/26/some-ob>.

Nicolaides 2016

Nicolaides, P. (2016). State Aid Rules and Tax Rulings. *European State Aid Law Quarterly*, 15(3), p. 423. *European State Aid Law Quarterly*, 15(3), 416-427.

Osteen & Crouch 2000

Osteen, D., & Crouch, N. B. (2000). Obtaining private guidance from the Internal Revenue Service. Geraadpleegd via: <http://www.lexisnexis.com/practiceareas/tax/pdfs/PDFarticle.pdf>

Rossi-Maccanino 2015

Rossi-Maccanino, P. (2014). Fiscal State Aid, Tax Competition and BEPS. *Tax notes international*, 857-868.

Traversa, Flamini 2015

Traversa, E.; Flamini, A. (2015). 'Fighting Harmful Tax Competition through EU State Aid Law: Will the Hardening of Soft Law Suffice?', *European State Aid Law Quarterly*, 14 (3), 323-331.

Wattel 2016

Wattel, P. (2016). Stateless Income, State Aid and the (Which?) Arm's Length Principle. *Intertax*, 44(11), 791-801.

III. Rapporten

Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting 2013

OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Parijs: OECD Publishing.

Aggressive tax planning indicators 2017

Aggressive tax planning indicators, Luxembourg: Publications Office on the European Union (2017).

Countering Harmful Tax Practices More Effectively 2015

OECD (2015), *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking Into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report*.

'Tax Rulings' in the EU Member States 2015

'Tax Rulings' in the EU Member States, Brussels: European Parliament (2015).

Taxation in the European Union 1996

Taxation in the European Union (First report of Monti Group), SEC (96)-487.

United States Department of Treasury White Paper 2016

United States Department of the Treasury White Paper, The European Commissions recent State aid investigations of transfer pricing rulings. Geraadpleegd via: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/White-Paper-State-Aid.pdf>.

IV. Jurisprudentie

Conclusies Advocaat-Generaal (A-G)

Conclusie van A-G J. Kokott van 16 april 2015, C-66/14 (Finanzamt Linz).

Hoge Raad (HR)

HR 03-04-1957, BNB 1957/165, nr. 13 084.

HR 31-05-1978, BNB 1978/252, nr. 18 230.

HR, 27-01-1988, Unilever-arrest, nr. 23 919.

HR 25-10-2000, nr. 35 697, BNB 2001/10.

Hof van Justitie (HvJ)

HvJ 23-02-1961, Steenkolenmijn v Hoge Autoriteit, C-30/59

HvJ 02-07-1974, Italië v Commissie, C-173/73

HvJ 24-01-1978, Nederland v Tiggele, C-82/77.

HvJ 17-09-1980, Philip Morris BV v Commissie, C-730/79.

HvJ 28-01-1986, Commissie v Avoir Fiscal, C-270/83.

HvJ 02-02-1988, Van der Kooy en anderen v Commissie, gevoegde zaken 67, 68 en 70/85.

HvJ 14-02-1990, Frankrijk v Commissie, C-301/87.

HvJ 17-03-1993, Sloman Neptun, gevoegde zaken C-72/91 en C-73/91.

HvJ 11-07-1996, Syndicat français de l'Express international (SFEI) en anderen v La Poste en anderen.

HvJ 08-11-2001, Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH v Finanzlandesdirektion für Kärnten, C-143/99.

HvJ 16-05-2002, Frankrijk v Commissie, C-482/99.

HvJ 22-06-2006, België v Commissie (Forum 187), Gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03.

HvJ 22-12-2008, British Aggregates v Commissie, C-478/06 P.

HvJ 30-04-2009, Commissie v Wam en Italië, C 494/06 P.

HvJ 21-01-2010, Société de Gestion Industrielle SA (SGI) v België, C-311/08.

HvJ 08-09-2011, Italië v Paint Graphos, C-78/08.

HvJ 05-06-2012, Commissie v Iberdrola en Frankrijk, C 124/10.

HvJ 18-07-2013, P Oy, C-6/12.

HvJ 04-06-2015, Commissie v MOL, C- 15/14 P.

HvJ 30-06-2016, België v Commissie, C-270/15 P.

HvJ 21-12-2016, Commissie v World Duty Free Group en anderen, gevoegde zaken C 20/15 P en C 21/15 P.

HvJ 20-09-2017, Commissie v Frucona Košice, C 300/16 P.

V. Staatssteunonderzoeken Europese Commissie en staatssteunanalyse Gerecht

Europese Commissie:

Fiat-beslissing

Besluit van de Commissie van 21.10.2015 betreffende steunmaatregel SA.38374 (2014/C ex 2014/NN).

Starbucks-beslissing

Besluit van de Commissie van 21.10.2015 betreffende steunmaatregel SA.38374 (2014/C ex 2014/NN).

Apple-beslissing

Besluit van de Commissie van 30-08-2016 betreffende steunmaatregel SA.38373 (2014/C ex 2014/NN).

Amazon-beslissing

Besluit van de Commissie van 14.10.2017 betreffende steunmaatregel SA.38944 (2014/C ex 2014/NN) (Amazon-beslissing).

Besluit van de Commissie van 20-06-2018 betreffende steunmaatregel SA.44888 (2016/C ex 2016/NN) die Luxemburg ten uitvoer heeft gelegd aan Engie.

Besluit (EU) 2019/1352 van de Commissie 02-04-2019 betreffende steunmaatregel SA.44896 van het Verenigd Koninkrijk met betrekking tot een CFC-vrijstelling inzake groepsfinanciering.

Besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure betreffende steunmaatregel SA.38374 (2014/C ex 2014/NN).

Besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure betreffende steunmaatregel SA.50400 – Mogelijke staatssteun aan Huhtamäki.

Besluit van de Commissie van 18.12.2017 SA.46470 (2017/C) (ex 2017/NN) — Mogelijke staatssteun van Nederland voor Inter IKEA

Gerecht:

Fiat-analyse

Gerecht (Zevende kamer) 24-09-2019, Fiat Chrysler Finance Europe v Commissie, T 755/15 en T 759/15 .

Starbucks-analyse

Gerecht (Zevende kamer) 24-09-2019, Koninkrijk der Nederlanden e.a. v Commissie, T-760/15 en T-636/16.

Gerecht van eerste aanleg 15-06-2000, Alzetta Mauro en anderen v Commissie, gevoegde zaken T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 tot T-607/97, T-1/98, T-3/98 tot T-6/98 en T-23/98.

Gerecht van eerste aanleg 01-07-2004, Salzgitter AG v Commissie, T-308/00

VI. Overige bronnen

Basismodel VSO internationaal karakter / zekerheid vooraf m.i.v. 1 juli 2019, geraadpleegd via:

<https://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/basis-vso-int-karakter-zekerheid-rul0101z2ed.pdf>

Committee on Homeland Security and Governmental affairs United States Senate (2013). Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code - Part 2 (Apple Inc.): Hearing before the permanent subcommittee on investigations. Geraadpleegd via: <https://www.govinfo.g>.

Conclusies van de Raad Economische en Financiële Zaken van 6 december 2016, doc. nr. 15206/16.

EU Joint Transfer Pricing Forum. (2018, October). *Statistics on APAs in the EU at the End of 2017*.

Geraadpleegd via:

http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/fo

European Commission (2014). State Aid: Commission Investigates Transfer Pricing Arrangements on Corporate Taxation of Apple (Ireland), Starbucks (Netherlands) and Fiat Finance and Trade (Luxembourg). Geraadpleegd via: <https://europa.eu/rapid/press-release>.

Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie 2012/C 326/01.

Kamerstukken II, vergaderjaar 2018-2019, 25 087, 223.

Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de werkzaamheden van het Gemeenschappelijk EU-forum Verrekenprijzen op het gebied van procedures om geschillen te voorkomen en te beslechten . (2007).

Mededeling van de Commissie aan de Raad, Pakket om schadelijke belastingconcurrentie in de EU te bestrijden, COM(1997)564.

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

Kamerstukken II, vergaderjaar 1990-1991, 21 221, nr. 5.

Public Accounts Committee (2012). HM Revenue and Customs: Annual Report and Accounts; Oral and written evidence Monday 5 November 2012. Geraadpleegd via: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpubacc/716/121105.htm>.

Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde.

Richtlijn 2008/118/EG van de Raad van 16 december 2008 houdende een algemene regeling inzake accijns en houdende intrekking van Richtlijn 92/12/EEG.

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

Richtlijn (EU) 2017/1852 van de Raad van 10 oktober 2017 betreffende mechanismen ter beslechting van belastinggeschillen in de Europese Unie.

Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen).
(2017).

Voortgangsrapport van 28 november 2016, doc. nr. 14750/16.

Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015.