

Erasmus Universiteit Rotterdam

Erasmus School of Economics (ESE)

Masterscriptie Fiscale Economie – Directe belastingen



De mogelijkheid tot uniformering van de antimisbruikmaatregelen in de deelnemingsvrijstelling

Naam: Joppe de Groot
Studentnummer: 456070

Scriptiebegeleider: Dr. R.P. van den Dool
Tweede beoordelaar: Mr. R.B.N. van Ovest

Datum definitieve versie: 9 april 2021

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

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	4
1.1 Aanleiding.....	4
1.2 Probleemstelling en deelvragen.....	6
1.3 Toetsingskader.....	7
1.4 Afbakening ..	9
1.5 Opzet.....	9
2. Misbruik.....	10
2.1 Inleiding ..	10
2.2 Belastingontwijking, belastingontduiking en tax planning.....	10
2.2.1 Fair share.....	11
2.3 De GAAR en Fraus legis.....	12
2.3.1 De GAAR.....	12
2.3.2 Fraus legis.....	13
2.4 Misbruik van recht.....	13
2.4.1 Jurisprudentie HvJ.....	13
2.4.2 Gevolgen Deense zaken.....	15
2.5 Deelconclusie.....	17
3. Achtergrond deelnemingsvrijstelling en bestrijding ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling.....	18
3.1 Inleiding.....	18
3.2 Moeder-dochterrichtlijn.....	18
3.2.1 Geschiedenis moeder-dochterrichtlijn.....	18
3.2.2 Hoofdlijnen moeder-dochterrichtlijn.....	18
3.3 Achtergrond deelnemingsvrijstelling.....	19
3.3.1 Grondslagen Vennootschapsbelasting.....	19
3.3.2 Ratio en grondslagen van de deelnemingsvrijstelling.....	20
3.4 Voorwaarden deelnemingsvrijstelling.....	22
3.4.1 Kwalificerende rechtsvormen.....	22
3.4.2 Non-voorraadeis.....	22
3.4.3 Bezitseis.....	23
3.4.4 De vrijgestelde voordelen.....	24
3.5 Deelnemingsvrijstelling versus deelnemingsverrekening.....	24
3.6 (niet-) Kwalificerende beleggingsdeelneming.....	25
3.6.1 Oogmerktoets ..	25
3.6.2 Onderworpenheidstoets.....	27
3.6.3 Bezittingentoets.....	28
3.6.4 Gevolgen deelnemingsverrekening.....	29
3.7 Herwaarderingsverplichting beleggingsdeelneming.....	29
3.8 CFC-maatregel.....	31
3.8.1 Implementatie model B.....	31
3.8.2 Implementatie model A in art. 13ab Vpb.....	32
3.8.2.1 Kwalificatie als CFC.....	32
3.8.2.2 Besmette voordelen.....	33
3.8.2.3 Uitzonderingen.....	35
3.8.2.4 Voorkoming dubbele belasting.....	35
3.9 Deelconclusie.....	37
4. Toetsing antimisbruikbepalingen in de deelnemingsvrijstelling.....	38
4.1 Inleiding.....	38
4.2 Niet-kwalificerende beleggingsdeelneming.....	38
4.2.1 Doeltreffendheid en doelmatigheid.....	38
4.2.2 Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.....	39
4.2.3 Proportionaliteit.....	40
4.2.4 Internationaal- en EU-rechtelijke verenigbaarheid.....	41
4.2.5 Neutraliteitsbeginsel.....	41

4.3 Herwaarderingsverplichting beleggingsdeelneming.....	42
4.3.1 Doeltreffendheid en doelmatigheid.....	42
4.3.2 Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.....	42
4.3.3 Proportionaliteit.....	42
4.3.4 Internationaal- en EU-rechtelijke verenigbaarheid.....	42
4.3.5 Neutraliteitsbeginsel.....	43
4.4 CFC-maatregel.....	44
4.4.1 Doeltreffendheid en doelmatigheid.....	44
4.4.2 Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.....	44
4.4.3 Proportionaliteit.....	45
4.4.4 Internationaal- en EU-rechtelijke verenigbaarheid.....	45
4.4.5 Neutraliteitsbeginsel.....	46
4.5 Deelconclusie.....	46
5. Alternatieven voor de huidige antimisbruikmaatregelen.....	48
5.1 Inleiding.....	48
5.2 Nationaal- en internationaalrechtelijke ontwikkelingen.....	48
5.2.1 Pijler 2(GloBE-voorstel).....	48
5.2.2 Rapport belastingheffing multinationals.....	51
5.3 Alternatieve antimisbruikmaatregel.....	52
5.3.1 Uitgangspunt deelnemingsvrijstelling.....	52
5.3.2 Eén antimisbruikmaatregel.....	53
5.3.3 Vormgeving art. 13ab Vpb.....	55
5.3.4 Evaluatie één antimisbruikmaatregel.....	61
5.4 Deelconclusie.....	61
6. Conclusie.....	62
6.1 Inleiding.....	62
6.2 Beantwoording deelvragen.....	62
6.3 Slot.....	67
Literatuur- en jurisprudentielijst.....	68
Bijlages.....	77

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Aanleiding

Maatschappelijke onvrede over belastingontwijking

De aandacht voor belastingontwijking en -ontduiking en de rol van multinationals hierbij is sinds de kredietcrisis in 2008 en de daarop volgende crisisjaren sterk toegenomen. Terwijl burgers de bezuinigingen als gevolg van de crisis voelden in hun portemonnee, berichtte de media over multinationals die geen Vennootschapsbelasting betaalden in Nederland¹. Sindsdien is de discussie over belastingontwijking en -ontduiking niet meer weg te denken uit het maatschappelijke en politieke debat in Nederland maar ook elders². Zo ontstond maatschappelijke en politieke verontwaardiging over het feit dat bijvoorbeeld Shell geen winstbelasting in Nederland zou betalen door de aftrekbaarheid van liquidatieverliezen van (buitenlandse) deelnemingen. Europarlementariër Tang van de PvdA noemde de aftrek van buitenlandse liquidatieverliezen door Shell ten laste van de Nederlandse winst zelfs “een grof schandaal”³. Deze verontwaardiging over de aftrekbaarheid van liquidatieverliezen heeft uiteindelijk geleid tot een wetsaanpassing dat de mogelijkheden tot aftrek van liquidatieverliezen per 1 januari 2021 inperkt⁴. Naast de aandacht voor multinationals werd ook de rol die Nederland speelt in het faciliteren van belastingontwijking belicht. Zo nam de EC op 26 maart 2019 een motie aan waarin Nederland, net als onder meer Ierland, werd aangemerkt als belastingparadijs.

Internationale ontwikkelingen omtrent belastingontwijking

De aandacht voor belastingontwijking door multinationals heeft ertoe geleid dat al in 2012 op initiatief van de G20 aan de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (Hierna OESO) de opdracht is gegeven om een project te starten naar Base Erosion and Profit Shifting (hierna ‘BEPS’). Op 19 juli 2013 heeft de OESO een actieplan bestaande uit 15 actiepunten gepresenteerd. In navolging van dit actieplan zijn op 5 oktober 2015 met betrekking tot elk van de 15 actiepunten definitieve rapporten verschenen met als doel het bestrijden van belastingontwijking door internationale samenwerking tussen overheden⁵.

Om invulling te geven aan de BEPS-rapporten is op EU-niveau bijvoorbeeld de ATAD 1-richtlijn (Anti Tax Avoidance Directive) ontwikkeld. Met ATAD 1 wordt beoogd dat winsten van multinationals belast worden in de lidstaten waar de multinational economisch actief is en waarde creëert. Onderdeel van ATAD 1 zijn onder andere een generieke renteaftrekbeperking, een generieke antimisbruikbepaling (GAAR) en een regel omtrent controlled foreign companies (CFC-maatregel)⁶ die allen per 31 december 2018 door lidstaten geïmplementeerd moesten zijn. Oorspronkelijk was ook een bepaling over hybride mismatches opgenomen in ATAD 1 maar deze bepaling heeft uiteindelijk een plaats gekregen in een aparte richtlijn (de ATAD 2-richtlijn). De ATAD 2-richtlijn moest door lidstaten uiterlijk per 31 december 2019 geïmplementeerd zijn⁷. Tezamen worden ATAD 1 en ATAD 2 de ATAD-richtlijn genoemd.

De BEPS-rapporten hebben vanuit de OESO inmiddels vervolg gekregen met onder andere het Multilateraal instrument (MLI) en BEPS.2.0. Onderdeel van BEPS 2.0 is het Global Anti-Base Erosion Proposal (GloBE-voorstel). Via het GloBE-voorstel wordt onder meer gestreefd naar een wereldwijd minimumtarief ten aanzien van passieve inkomsten⁸.

¹ Dohmen, J. (21 februari 2008), Multinationals betalen vrijwel geen belasting, NRC.

² BBC, 12 November 2012, ‘Starbucks, Google and Amazon grilled over tax avoidance’, <https://www.bbc.com/news/business-20288077>.

³ F. van Horzen, *NLF* 2018/68.

⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 300, nr. 2, p. 33.

⁵ OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, Paris: OECD Publishing 2013, p. 10.

⁶ Richtlijn 2016/1164 EU.

⁷ Richtlijn 2017/952 EU.

⁸ OECD, *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, 2019, p. 96. Het GloBE-voorstel wordt verder besproken in paragraaf 5.2.

Bestrijding ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling

De Nederlandse vennootschapsbelasting kent meerdere antimisbruikmaatregelen⁹ die de laatste jaren mede onder invloed van de BEPS-rapporten en de ATAD-richtlijn regelmatig zijn aangepast. De antimisbruikmaatregelen in de deelnemingsvrijstelling zijn hier geen uitzondering op. Zo heeft Nederland in art. 13 lid 9-15 Vpb een regeling opgenomen waarmee voorkomen wordt dat een Nederlands belastingplichtige de deelnemingsvrijstelling kan toepassen op winstuitkeringen die bestaan uit laagbelaste passieve inkomsten. In aanvulling op deze regeling bepaalt art. 13a Vpb dat een belang in een beleggingsdeelneming onder omstandigheden jaarlijks op de waarde in het economisch verkeer moet worden gewaardeerd. Doel van deze bepaling is dat belastingheffing over laagbelaste passieve inkomsten niet kan worden uitgesteld tot het moment van uitkering van deze inkomsten.

Als onderdeel van de ATAD-richtlijn heeft Nederland daarnaast per 1 januari 2019 een CFC-maatregel ingevoerd. Met deze CFC-maatregel wordt bereikt dat bepaalde niet tijdig uitgekeerde passieve inkomsten van een CFC worden toegerekend aan de in Nederland gevestigde moedermaatschappij. Derhalve wordt voorkomen dat passieve inkomsten die opkomen bij een CFC aldaar worden opgepot zonder dat voldoende belasting wordt geheven over deze inkomsten¹⁰. De ATAD-richtlijn biedt lidstaten de mogelijkheid de CFC-maatregel op twee manieren te implementeren. Ingevolge de eerste manier (model A) worden enkele passieve niet uitgekeerde inkomsten (dividend, rente, royalty's) tot de winst van de belastingplichtige gerekend. Bij de tweede benadering (model B) worden enkel passieve inkomsten aan de belastingplichtige toegerekend als deze op basis van gelopen risico's en uitgeoefende sleutelfuncties toerekenbaar zijn aan de belastingplichtige. Vanwege de toepassing van het arm's length-beginsel via art 8b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969(hierna Vpb) is het kabinet van mening dat model B al toegepast wordt in Nederland¹¹. Implementatie van alleen model B werd echter niet voldoende geacht waardoor Nederland naast de maatregelen van art. 13 lid 9-15 Vpb en art. 13a Vpb tevens een op model A gebaseerde CFC-maatregel heeft opgenomen in art. 13ab Vpb^{12 13}.

Naast de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen(art. 13 lid 9-15 Vpb), de herwaarderingsregel(art. 13a Vpb) en de CFC-maatregel(art. 13ab Vpb) speelt ook de GAAR een rol in het bestrijden van ongewenst gebruik in de deelnemingsvrijstelling. De GAAR betreft een generieke antimisbruikbepaling die van toepassing is in zowel binnenlandse, EU en derde landen situaties en beoogt kunstmatige constructies in de vennootschapsbelasting te bestrijden waartegen nog geen maatregelen zijn getroffen in de vorm van specifieke antimisbruikbepalingen¹⁴. De GAAR kan dus toegepast worden naast bovenstaande drie specifieke antimisbruikmaatregelen¹⁵.

Tot slot is ook het leerstuk misbruik van recht dat is ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna HvJ) van belang bij de bestrijding van ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling. Met name de arresten van 26 februari 2019 spelen hierbij een belangrijke rol. In deze arresten¹⁶ (hierna Deense zaken) ging het om de vraag of Denemarken voor de toepassing van de Moeder-dochterrichtlijn en de interest- en

⁹ Zie voor een bespreking van de begrippen misbruik, belastingontwijking en -ontduiking par 2.1.

¹⁰ P. Kavelaars, *TFO 2016/147.1*, par. 3.3.

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

¹² Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 4.

¹³ Naast de antimisbruikmaatregelen van art. 13 lid 9-15 Vpb, art. 13a Vpb en art. 13ab Vpb kent de deelnemingsvrijstelling nog meerdere antimisbruikmaatregelen. Deze maatregelen die bijvoorbeeld zien op hybride mismatches (zoals art. 13 lid 17 Vpb) of het vervreemden en/of omzetten van schuldvorderingen (zoals art. 13b en art. 13ba Vpb) worden niet nader behandeld. Waar in het vervolg van deze scriptie wordt gesproken over antimisbruikmaatregelen in de deelnemingsvrijstelling wordt bedoeld op art. 13 lid 9-15 Vpb, art. 13a Vpb en art. 13ab Vpb.

¹⁴ Par 11 preambule Richtlijn 2016/1164 EU.

¹⁵ Par 11 preambule Richtlijn 2016/1164 EU.

¹⁶ HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, *BNB 2020/9*, (Deense antimisbruikzaken) en HvJ EU 26 februari 2019, C-116/16, C-117/16, *BNB 2020/10*, (Deense antimisbruikzaken).

royaltyrichtlijn doorstroomvennootschappen mag negeren en als gevolg daarvan bronbelasting mocht inhouden op uitgaande dividend- en rentebetalingen die uiteindelijk ten goede kwamen aan anderen dan de directe gerechtigde. Het HvJ geeft geen concreet antwoord op deze vraag maar formuleert wel een aantal criteria aan de hand waarvan getoetst kan worden of een vennootschap voldoende economische substance en voldoende economische nexus heeft in een lidstaat. Indien op basis van deze criteria geen sprake is van voldoende substance en economische nexus kunnen deze vennootschappen geen beroep doen op EU-richtlijnen. Daarnaast oordeelt het HvJ dat lidstaten verplicht zijn om voordelen van het EU-recht te weigeren als sprake is van misbruik¹⁷. Deze jurisprudentie leidt ertoe dat internationale structuren van multinationals gericht op het verminderen van de belastingdruk via bijvoorbeeld de deelnemingsvrijstelling aanpassing zouden behoeven c.q. niet langer worden gefaciliteerd.

Zoals hiervoor is opgemerkt is de per 1 januari 2019 ingevoerde CFC-maatregel geïmplementeerd naast de al bestaande regelingen voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen (art. 13 lid 9-15 Vpb) en de herwaarderingsregeling (art. 13a Wet Vpb). In dit kader hebben enkele leden van de Eerste Kamer gevraagd waarom het noodzakelijk is deze twee regelingen te handhaven naast de CFC-maatregel¹⁸. In zijn antwoord heeft de staatssecretaris het handhaven van art. 13 lid 9-15 Vpb en art. 13a Vpb bevestigd. Volgens de staatssecretaris is het voortbestaan van deze twee regelingen gerechtvaardigd omdat er verschillen zijn tussen de regelingen en de regelingen van toepassing kunnen zijn als de CFC-maatregel niet van toepassing is¹⁹. Het handhaven van de twee bepalingen naast de CFC-maatregel en de verdediging hiervan door de staatssecretaris is bekritiseerd in de fiscale literatuur. Zo wordt gesteld dat sprake is van het stapelen van antimisbruikbepalingen²⁰ waardoor een onoverzichtelijke lappendeken aan antimisbruikbepalingen ontstaat²¹. Daarnaast wordt betoogd dat nu drie bepalingen naast elkaar bestaan die eenzelfde doel dienen, namelijk het (tijdig) in de heffing betrekken van voordelen uit hoofde van een deelneming waarmee bovendien het onderscheid tussen ondernemen en beleggen wordt bewaakt. Voor deze bepalingen gelden echter verschillende voorwaarden, hetgeen volgens critici in de literatuur leidt tot onnodig complexe wetgeving²². Daarnaast wordt, om invulling te geven aan het in de Deense zaken geschetste EU-antimisbruikbegrip, gepleit voor het opnemen van (nog) een aanvullende antimisbruikmaatregel in de deelnemingsvrijstelling²³.

1.2 Probleemstelling en deelvragen

Mede gezien de recente (internationale) ontwikkelingen omtrent de bestrijding van ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling en de kritiek op het stapelen van antimisbruikwetgeving is het van belang te onderzoeken of de antimisbruikmaatregelen in de deelnemingsvrijstelling op behoorlijke wijze zijn vormgegeven. Tevens dient de toepassing van de antimisbruikbepalingen te resulteren in redelijke en juiste belastingheffing. Hiervoor zijn duidelijke en effectieve antimisbruikbepalingen vereist waarbij ongewenste effecten zoals dubbele (non-)belasting en complexe wetgeving als gevolg van stapeling van antimisbruikbepalingen worden voorkomen. Het is daarom van belang te onderzoeken of de

¹⁷ P. Kavelaars, *NLF-W 2019/0002*.

¹⁸ *Kamerstukken I 2018/19*, 35 030, nr. C, p. 7.

¹⁹ *Kamerstukken I 2018/19*, 35 030, nr. C, p. 7.

²⁰ Waarbij bedoeld wordt op het naast elkaar bestaan van de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen (art. 13 lid 9-15 Vpb), de herwaarderingsregeling (art. 13a Vpb) en de CFC-maatregel (art. 13ab Vpb). Daarnaast wordt ook de implementatie van zowel model A als model B van de CFC-maatregel uit ATAD 1 als het stapelen van antimisbruikwetgeving ervaren.

²¹ M.T.M. Hennevelt, *MBB 2020/3* en M. Juddu, *V-N 2018/56.0*.

²² F.J. Elswelier & A.I. Harteveld, *WFR 2019/25*.

²³ Zie bijvoorbeeld S.R. Pancham, *NTFR 2019/693*.

huidige antimisbruikmaatregelen²⁴ in de deelnemingsvrijstelling op adequate²⁵ wijze zijn vormgegeven. Bovenstaande heeft geleid tot de volgende probleemstelling:

Zijn de huidige antimisbruikbepalingen in de deelnemingsvrijstelling, die zien op het tijdig in de heffing betrekken van voordelen uit hoofde van een (laagbelaste) passieve deelneming, op adequate wijze vormgegeven of is aanpassing van deze antimisbruikbepalingen gewenst?

Met de term tijdig wordt bedoeld op het eind van het boekjaar van de in Nederland gevestigde belastingplichtige. Hiermee wordt aangesloten bij de invulling die aan dit begrip wordt gegeven in art. 13a Vpb en art. 13ab Vpb. In beide artikelen wordt de term tijdig namelijk uitgelegd als het einde van het boekjaar van de belastingplichtige²⁶. Met betrekking tot het begrip (laagbelaste) passieve deelneming wordt een laagbelaste substance-arme vennootschap bedoeld die niet wezenlijk deelneemt aan het economisch verkeer in zijn vestigingsstaat.

De probleemstelling wordt aan de hand van de volgende deelvragen beantwoord:

- Welke invloed hebben de GAAR en de Deense zaken op het bestrijden van ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling?
- Hoe is de deelnemingsvrijstelling vormgegeven en wat zijn de ratio en de grondslagen van de deelnemingsvrijstelling?
- Op welke wijze wordt ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling tegengegaan?
- Voldoen de antimisbruikmaatregelen in de deelnemingsvrijstelling die zien op het tijdig in de heffing betrekken van voordelen uit hoofde van een (laagbelaste) deelneming aan de in het toetsingskader gestelde toetsingscriteria?
- Welke alternatieven bestaan er om ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling via (laagbelaste) deelnemingen te voorkomen en voldoen deze alternatieven aan de in het toetsingskader gestelde toetsingscriteria?

1.3 Toetsingskader

In de Nota zicht op Wetgeving²⁷ zijn de volgende zes criteria opgenomen die de kwaliteit van wetgeving moeten waarborgen:

- **Rechtmatigheid.**
Volgens de nota dient wetgeving in overeenstemming te zijn met het recht. Dit houdt in dat wetgeving niet in strijd mag komen met het internationale recht, het EU-recht, de Grondwet en algemene rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel²⁸.
- **Doeltreffendheid en doelmatigheid.**
Een wettelijke bepaling is doeltreffend indien deze bepaling in belangrijke mate leidt tot verwezenlijking van het door de wetgever beoogde doel. Om tot doeltreffende wetgeving te komen, is het van belang dat de doelen voorafgaand helder en volledig worden geformuleerd. Het doelmatigheidscriterium vereist dat negatieve neveneffecten zoveel mogelijk voorkomen worden. Voorkomen moet worden dat wetgeving leidt tot under- of overkill²⁹.
- **Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.**
Wetten moeten rechtszekerheid bieden. Daarvoor is het van belang dat wettelijke bepalingen eenvoudig, duidelijk en toegankelijk zijn. Voor belastingplichtigen moet het duidelijk zijn wat de wil en bedoeling van de wetgever is, zodat zij weten waar ze aan

²⁴ Waarmee wordt bedoeld op de regeling voor laagbelaste beleggingsdeelnemingen (art. 13 lid 9-15 Vpb), de herwaarderingsregeling (art. 13a Vpb) en de CFC-maatregel (art. 13ab Vpb).

²⁵ Met adequaat wordt bedoeld op de vraag in hoeverre de antimisbruikbepalingen in de deelnemingsvrijstelling voldoen aan de in het toetsingskader gestelde toetsingscriteria.

²⁶ Zie par 3.7 en par 3.8.2.2.

²⁷ *Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nr. 1-2.*

²⁸ *Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nr. 1-2, p. 22.*

²⁹ *Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nr. 1-2, p. 25.*

toe zijn. Volgens de nota stelt dit hoge eisen aan de formulering van de wettelijke bepalingen en aan de structuur en vormgeving van de wet. Ook het investeringsklimaat is gediend bij duidelijke wetgeving³⁰.

- Subsidiariteit en evenredigheid (proportionaliteit).
Kern van deze kwaliteitseis is dat de overheid niet nodeloos in de samenleving ingrijpt. Het proportionaliteitsvereiste houdt in dat een redelijke balans bestaat tussen baten en lasten die ontstaan als gevolg van wettelijke bepalingen. Wetgeving moet niet verder gaan dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken³¹.
- Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.
Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid zijn volgens de nota essentieel om een gedragsverandering bij belastingplichtige te realiseren. Aan deze twee factoren dient vanaf de beginfase van het wetgevingsproces aandacht besteed te worden. Vervolgens moeten uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid bij verdere ontwikkeling van de wetgeving niet uit het oog verloren worden³².
- Onderlinge afstemming.
Volgens de nota leidt onvoldoende afstemming van wettelijke bepalingen ertoe dat inconsistenties ontstaan in de wetgeving. Onderlinge afstemming kan bijvoorbeeld gewenst zijn als een onnodige en ongewenste verscheidenheid aan wettelijke bepalingen ontstaat die zien op hetzelfde of een aanverwant onderwerp. Deze verscheidenheid kan worden opgelost door harmonisatie³³.

De toetsingscriteria uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid komen grotendeels overeen met de kwaliteitseis dat wetgeving doeltreffend en doelmatig moet zijn. Immers als een wettelijke bepaling niet uitvoerbaar en niet handhaafbaar is, kan met de wettelijke bepaling niet op een effectieve en efficiënte manier het beoogde doel bereikt worden. Onderlinge afstemming ziet bijvoorbeeld op het stapelen van bepalingen die dezelfde vorm van misbruik tegengaan. Dit gaat ten koste van de eenvoud en duidelijkheid van wetgeving. Voorts kan een gebrek aan onderlinge afstemming ertoe leiden dat wettelijke regelingen elkaar tegenwerken hetgeen ten koste gaat van de effectiviteit en efficiëntie van de wetgeving. Stapeling kan ook tot gevolg hebben dat wetgeving verder gaat dan noodzakelijk om het beoogde doel te bereiken. Dit leidt tot een inbreuk op het proportionaliteitsbeginsel. Onderlinge afstemming is derhalve onderdeel van de toetsingscriteria proportionaliteit en eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.

Het criterium van rechtmatigheid vereist dat wetgeving niet in strijd mag komen met hogere wetgeving. De huidige antimisbruikmaatregelen, alsmede eventueel noodzakelijke aanpassingen, moeten in overeenstemming zijn met de verdragsvrijheden en richtlijnen zoals de Moeder-dochterrichtlijn. Daarnaast mag Nederland via nationale wetgeving niet heffingsbevoegdheid naar zich toetrekken waar het op basis van een belastingverdrag geen recht op heeft³⁴. Het criterium van rechtmatigheid komt daarom naar voren bij de toetsing aan het EU-recht en het internationale recht. Daarnaast is het neutraliteitsbeginsel van belang. Dit beginsel houdt in dat belastingwetgeving zo min mogelijk invloed uitoefent op de economische beslissingen van belastingplichtigen. Met een neutraal belastingstelsel wordt een optimale allocatie van productiefactoren door belastingplichtigen bereikt en bestaat geen onderscheid in belastingheffing tussen economisch gelijkwaardige inkomsten. Toegespitst op de deelnemingsvrijstelling betekent dit bijvoorbeeld dat de keuze van een moedermaatschappij om haar activiteiten onder te brengen in een vaste inrichting of een dochtermaatschappij zo

³⁰ Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nr. 1-2, p. 30.

³¹ Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nr. 1-2, p. 27.

³² Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nr. 1-2, p. 28.

³³ Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nr. 1-2, p. 29.

³⁴ Art. 26, Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.

min mogelijk beïnvloedt wordt door fiscale wetgeving. Ook het voorkomen van dubbele (non-) belasting is onderdeel van het neutraliteitsbeginsel omdat dubbele (non-) belasting de economische beslissingen en de concurrentiepositie van belastingplichtigen kan beïnvloeden.

Op basis van het bovenstaande worden vijf toetsingscriteria gebruikt voor de toetsing van de antimisbruikbepalingen in de deelnemingsvrijstelling. Ook voorgestelde aanpassingen worden aan deze toetsingscriteria getoetst. De toetsingscriteria zijn:

- Doeltreffendheid en doelmatigheid;
- Proportionaliteit;
- Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid;
- Internationaal- en EU-rechtelijke verenigbaarheid; en
- Neutraliteitsbeginsel

1.4 Afbakening

Bij de bespreking van de GAAR en de Deense zaken wordt niet getoetst of de GAAR via *fraus legis* op correcte wijze is geïmplementeerd. Ook de precieze implicaties van de Deense zaken voor de deelnemingsvrijstelling worden niet behandeld. Slechts in algemene zin wordt bepaalt wat de invloed is en hoever deze invloed van de Deense zaken gaat op de bestrijding van ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling. Er wordt niet ingegaan op specifieke situaties. De bepaling van de EU-rechtelijke verenigbaarheid van de antimisbruikbepalingen is beperkt tot toetsing aan de verdragsvrijheden en richtlijnen. Tot slot is deze scriptie geschreven op basis van de thans geldende wet- en regelgeving waardoor geen rekening is gehouden met recente ontwikkelingen op dit gebied³⁵.

1.5 Opzet

In hoofdstuk twee wordt allereerst ingegaan op de begrippen misbruik, belastingontwijking en -ontduiking en tax planning. Ook worden de GAAR, *Fraus legis* en het leerstuk misbruik van recht (Deense zaken) behandeld. Vervolgens worden in hoofdstuk drie de achtergrond, ratio en de voorwaarden van de deelnemingsvrijstelling besproken. Voorts wordt ingegaan op de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen (art. 13 lid 9-15 Vpb, de herwaarderingsregeling (art. 13a Vpb) en de CFC-maatregel (art. 13ab Vpb). Nadat deze antimisbruikbepalingen zijn behandeld, worden zij in het vierde hoofdstuk getoetst aan de toetsingscriteria uit het toetsingskader. In hoofdstuk vijf worden aanpassingen van de antimisbruikmaatregelen besproken en wordt onderzocht of deze beter aansluiten bij het toetsingskader. Tot slot bevat hoofdstuk zes een samenvatting en wordt de probleemstelling beantwoordt.

³⁵ Dit betekent bijvoorbeeld dat geen rekening is gehouden met de recent gepubliceerde internetconsultaties omtrent de belastingplichtmaatregel voor omgekeerde hybride lichamen (zie V-N 2021/13.6) en de internetconsultatie omtrent de wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel (zie V-N 2021/13.7).

Hoofdstuk 2: Misbruik

2.1: Inleiding

Als gevolg van globalisering, digitalisering en het toegenomen belang van intellectuele eigendommen is het voor multinationals makkelijker geworden om hun wereldwijde activiteiten zodanig vorm te geven dat zij hun belastingdruk kunnen minimaliseren. Dit wordt versterkt doordat het uitgangspunt van veel belastingssystemen nog steeds fysieke aanwezigheid van bedrijven is³⁶. Multinationals spelen hierop in door bijvoorbeeld CFC's op te richten in belastingparadijzen en daar hun passieve bezittingen zoals intellectuele eigendommen onder te brengen. Via deze, legale, manieren van belastingontwijking zijn multinationals in staat hun belastingdruk te optimaliseren. In hoofdstuk drie wordt besproken hoe Nederland probeert ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling, via bijvoorbeeld CFC's, tegen te gaan. Om de bestrijding van ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling in het juiste perspectief te kunnen plaatsen, worden in dit hoofdstuk eerst de begrippen belastingontwijking, belastingontduiking en tax planning behandeld. Tevens wordt ingegaan op de invloed die de GAAR uit de ATAD-richtlijn en de Deense zaken hebben op bestrijding van ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling. In de deelconclusie wordt een antwoord geformuleerd op de derde deelvraag:

- Welke invloed hebben de GAAR en de Deense zaken op het bestrijden van ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling?

2.2: Belastingontwijking, belastingontduiking en tax planning

Zoals in paragraaf 2.1 is besproken, zijn multinationals in staat om op legale wijze hun belastingdruk te optimaliseren. Dit gebeurt bijvoorbeeld door het onderbrengen van intellectuele eigendommen in CFC's. Sinds de economische crisis van 2008 is steeds meer aandacht in de maatschappij en politiek voor dit soort, als ongewenst ervaren constructies. In deze maatschappelijke en politieke discussies worden termen als belastingontwijking en -ontduiking vaak door elkaar heen gebruikt omdat beide tot gevolg hebben dat minder belasting betaald wordt hetgeen als moreel verwerpelijk wordt gezien. Dit heeft tot gevolg dat zowel belastingontwijking als -ontduiking als 'fout' worden gekwalificeerd. Tussen beide termen bestaat echter een belangrijk verschil.

Bij belastingontduiking is per definitie sprake van handelen in strijd met de wet. Er is derhalve sprake van belastingfraude, hetgeen strafbaar is op grond van art. 69 AWR. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het moedwillig niet doen van aangifte of het bewust niet aangeven van inkomen. Belastingontwijking daarentegen, is volgens de letter van de wet legaal aangezien binnen de grenzen van de wet belasting wordt bespaard. Rond de term belastingontwijking hangt over het algemeen een negatieve sfeer omdat bij belastingontwijking snel gedacht wordt aan gekunstelde constructies. Belastingontwijking is echter veel breder dan dat. Onder belastingontwijking valt bijvoorbeeld ook het kiezen van een hybride bedrijfsauto in plaats van een auto die op benzine rijdt vanwege een lager bijtellingspercentage. Een andere vorm van belastingontwijking is bijvoorbeeld het inspelen op een tijdsbepaling in een wettelijke bepaling. Het adviseren om een bedrijfsmiddel pas na verloop van de zesjaarstermijn van art. 15ai Vpb over te dragen, is naar mijn mening geen vorm van belastingontwijking in de negatieve zin van het woord³⁷. De Hoge Raad³⁸ heeft in meerdere arresten zelfs bepaald dat het de belastingplichtige vrij staat bij een reële transactie de voor hem meest voordelige fiscale optie te kiezen³⁹. Van bedrijven kan mijns inziens ook niet verwacht worden dat zij bij reële transacties niet de fiscaal voordeligste weg kiezen. Aan de andere kant vallen onder belastingontwijking constructies waarbij een lening tussen een moedermaatschappij en dochtermaatschappij via een CFC in een belastingparadijs wordt

³⁶ OECD (2020), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/beba0634-en>. p. 7.

³⁷ Zie ook: R. Russo, *NLF* 2018/2.

³⁸ Bijvoorbeeld in: HR 19 januari 1994, nr. 28 646, *BNB* 1994/87, R.O. 3.5.

³⁹ Deze vrijheid wordt begrensd door het leerstuk van *Fraus legis*. Zie par 2.3.

verstrekt en situaties waarbij gebruik wordt gemaakt van internationale mismatches. Bij deze vormen van belastingontwijking worden constructies opgetuigd die de vraag oproepen of nog valide economische redenen aan deze constructies ten grondslag liggen. Hoe moeilijker het wordt om valide economische⁴⁰ redenen aan te dragen voor een constructie, hoe kunstmatiger deze constructie zal zijn.

Naast belastingontwijking en belastingontduiking wordt als derde categorie vaak (agressieve) tax planning genoemd. Tax planning wordt in deze benadering gezien als een legale, onschadelijke manier van belastingbesparing en belastingontwijking als een legale maar schadelijke manier van belastingbesparing⁴¹. Agressieve tax planning wordt daarbij gedefinieerd als het gebruik maken van mismatches om de belastingdruk te verminderen⁴². Het enige verschil tussen tax planning en belastingontwijking is mijns inziens dat tax planning een minder negatieve klank heeft dan belastingontwijking. (Agressieve) tax planning verschilt naar mijn mening inhoudelijk echter niet van belastingontwijking. Mijns inziens voegt een dergelijk onderscheid tussen belastingontwijking en (agressieve) tax planning dan ook niets toe. Mijn voorkeur gaat daarom uit naar het hanteren van de begrippen belastingontwijking en belastingontduiking waarbij het gebruik van CFC's⁴³ of het kunstmatig tussenschuiven van vennootschappen slechts om winst- of bronbelasting⁴⁴ te vermijden, als agressieve belastingontwijking kan worden gekwalificeerd. Misbruik kan daarbij naar mijn mening gelijk worden gesteld met agressieve belastingontwijking.

2.2.1: Fair share

De huidige maatschappelijke en politieke discussie is met name gericht op constructies van multinationals die als agressieve belastingontwijking kunnen worden gekwalificeerd. Een argument dat vaak gebruikt wordt tegen deze constructies van multinationals is dat dit soort constructies immoreel zijn omdat multinationals via deze constructies niet hun 'fair share' aan belasting afdragen. Zonder in te gaan op wat precies onder 'fair share' moet worden verstaan, is het de vraag op welke wijze deze constructies bestreden moeten worden en hoe de 'fair share' het best kan worden afgedwongen.

Aan de ene kant benadert Happé het tegengaan van agressieve belastingontwijking door multinationals vanuit een ethische invalshoek. Vanuit deze ethische invalshoek wordt de samenleving gezien als een samenwerkingsverband tot wederzijds voordeel tussen zowel burgers als ondernemers⁴⁵. Binnen dit samenwerkingsverband mag van een multinational verwacht worden dat die vrijwillig afziet van agressieve belastingontwijking. Happé geeft invulling aan deze ethische benadering door het introduceren van een fair shareplicht en een nakomingsplicht. De fair shareplicht houdt in dat iedereen zijn 'fair share' moet bijdragen om de samenleving in stand te houden. Aan deze 'fair share' plicht kan volgens Happé invulling worden gegeven door bijvoorbeeld double dips te vermijden en te evalueren of economische reële redenen dan wel fiscale redenen ten grondslag liggen aan een constructie⁴⁶. Omdat deze 'fair share' plicht niet te concretiseren is, is ook de nakomingsplicht van belang. Op grond van deze plicht moeten belastingplichtigen zich niet alleen houden aan de letter van de wet maar ook aan de geest van de wet⁴⁷. Probleem van de 'fair share' plicht is dat deze in zijn geheel

⁴⁰ Eventuele juridische redenen zoals het ondernemingsrecht kunnen hierbij ook een rol spelen.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld: P.F.E.M. Merks, *MBB 2006/9 en 2006/10*.

⁴² Commissie Economische en Monetaire Zaken (ECON) van het Europees Parlement, Rapport inzake Strijd tegen belastingfraude, belastingontwijking en belastingparadijzen, (2013/2060(INI)), 2 mei 2013, p.4.

⁴³ Zoals bijvoorbeeld het onderbrengen van intellectuele eigendommen in een CFC in een laagbelastende jurisdictie waardoor passieve inkomsten uit deze intellectuele eigendommen laagbelast zijn. Een ander voorbeeld is bijvoorbeeld een constructie waarbij een lening tussen een moedermaatschappij en dochtermaatschappij via een CFC in een belastingparadijs wordt gestructureerd.

⁴⁴ Zoals bijvoorbeeld aan de orde is in de Deense zaken. Deze arresten en voorbeelden van het tussenschuiven van vennootschappen worden besproken in paragraaf 2.4.

⁴⁵ R.H. Happé, *WFR 2015/938*, par 1.

⁴⁶ R.H. Happé, *WFR 2015/938*, par 12.

⁴⁷ R.H. Happé, *WFR 2015/938*, par 11.

subjectief is waardoor deze plicht door iedere belastingplichtige anders kan worden ingevuld. Dit heeft tot gevolg dat iedere belastingplichtige tot een andere ‘fair share’ aan te betalen belasting komt⁴⁸. Ook aan de nakomingsplicht kleven problemen. Bij het gebruik maken van dispariteiten tussen wetgeving in diverse landen is voldaan aan de nakomingsplicht omdat het gebruik van deze dispariteiten vaak algemeen bekend is. Hierdoor kan verdedigd worden dat niet in strijd met de geest van de wet wordt gehandeld⁴⁹. Gebruik van deze dispariteiten kan echter niet als ethisch verantwoord worden gezien.

Aan de andere kant moet volgens onder andere Stevens⁵⁰ agressieve belastingontwijking via aanpassingen in de wetgeving worden tegengegaan. In deze benadering is het aan de wetgever om bij wet vast te stellen welke fiscale speelruimte de belastingplichtige heeft. In geval van lacunes in de wetgeving die soms bewust en soms onbewust worden opengelaten, kan niet van de belastingplichtige worden verwacht dat hij handelt alsof die lacunes wel zijn opgelost. Het nadeel van deze benadering is dat deze alleen werkt indien dit wereldwijd gebeurt⁵¹. Harmonisatie van fiscale wetgeving is echter zeer lastig en tot op heden onmogelijk gebleken⁵².

Bender⁵³ bepleit een tussenweg waarbij een multinational zijn fiscale koers bepaalt door overleg met relevante partijen zoals aandeelhouders, werknemers en belastingdiensten (stakeholder engagement). In deze benadering hangt de fiscale koers af van wat relevante partijen verwachten van de multinational op het gebied van belastingen. Door deze stakeholder engagement wettelijk te verankeren, zijn multinationals verplicht zich te vergewissen van de mening van stakeholders⁵⁴. Het is echter de multinational zelf die bepaalt welke stakeholders hij het belangrijkste vindt en aan welke meningen van stakeholders hij het meeste belang hecht. Hierdoor doet zich een vergelijkbaar probleem voor als onder de ethische benadering van Happé. Bij beide benaderingen wordt per multinational op subjectieve wijze bepaalt wat als redelijke belastingheffing wordt gezien hetgeen tot gevolg heeft dat iedere multinational tot een andere ‘fair share’ aan te betalen belasting komt. Naar mijn mening is het daarom zoals Stevens betoogd primair aan de wetgever om duidelijke wetgeving op te stellen die bepaalt hoe ver multinationals kunnen gaan in het ontwijken van belasting. Deze benadering voorkomt subjectieve toepassing van wetgeving, concurrentievervalsingen doordat de ene multinational de fair shareplicht op verschillende wijze invult dan andere multinationals en leidt tot de meeste rechtszekerheid. De BEPS-rapporten en de ATAD-richtlijn lijken ook in deze benadering te passen waarbij met GloBE (onderdeel van BEPS 2.0) een stap wordt gezet naar een mondiale harmonisering van belastingtarieven⁵⁵.

2.3: De GAAR en Fraus legis

2.3.1: De GAAR

Op grond van de ATAD-richtlijn heeft Nederland onder andere een generieke antimisbruikbepaling (GAAR) op moeten nemen in de Vennootschapsbelasting. De GAAR beoogt kunstmatige constructies te bestrijden waartegen nog geen maatregelen zijn getroffen in de vorm van specifieke antimisbruikbepalingen⁵⁶. De GAAR is van toepassing in zowel binnenlandse, EU en derde landen situaties en bestaat naast specifieke antimisbruikbepalingen. Lidstaten dienen voor de berekening van de verschuldigde Vennootschapsbelasting een constructie of een reeks aan constructies buiten beschouwing te laten als aan drie cumulatieve eisen is voldaan:

⁴⁸ T. Bender, *WFR 2017/20*, par 2.4.

⁴⁹ T. Bender, *WFR 2017/20*, par 2.4.

⁵⁰ L.G.M. Stevens, *WFR 2015/1060*.

⁵¹ T. Bender, *WFR 2017/20*, par 2.4.

⁵² Gedacht kan worden aan de CCCTB die al enkele jaren geleden binnen de EU had moeten worden ingevoerd.

⁵³ T. Bender, *WFR 2017/20*, par 3.

⁵⁴ T. Bender, *WFR 2017/20*, par 3.

⁵⁵ Zie het recente rapport van de OESO over BEPS 2.0: OECD (2020), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 85 en 86, www://doi.org/10.1787/beba0634-en.

⁵⁶ Par 11 preamble Richtlijn 2016/1164 EU.

1. Het hoofddoel of één van de hoofddoelen is het verkrijgen van een belastingvoordeel (motiefvereiste);
2. Waarbij het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht ondermijnt wordt (normvereiste);
3. En, die alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking nemende, kunstmatig is (kunstmatigheidsvereiste). Van een kunstmatige constructie is sprake als deze niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen⁵⁷

2.3.2: Fraus legis

In de Nederlandse rechtspraak is door de Hoge Raad het leerstuk *fraus legis* ontwikkeld dat dient als ‘vangnet’ indien misbruik niet bestreden kan worden via een specifieke antimisbruikbepaling. *Fraus legis* functioneert daarmee als GAAR. Voor toepassing van *Fraus legis* moet aan twee voorwaarden zijn voldaan. Het doorslaggevende motief moet het vrijdelen van belastingheffing zijn (motiefvereiste) waarbij deze belastingverijdeling in strijd is met doel en strekking van de wet (normvereiste).

Volgens het kabinet vertoont de GAAR grote gelijkenissen met *fraus legis* en dient de GAAR hetzelfde doel als *fraus legis*. Het kabinet is daarom van mening dat met *fraus legis* de GAAR al geïmplementeerd is in de Nederlandse wetgeving⁵⁸. Zonder uitgebreid in te gaan op de juistheid van deze stellingname van het kabinet, kan de vraag gesteld worden of *Fraus legis* een juiste implementatie is van de GAAR. Zo kent *Fraus legis* bijvoorbeeld niet het kunstmatigheidsvereiste terwijl in de ATAD-richtlijn juist de nadruk wordt gelegd op dit vereiste⁵⁹. Daarnaast moet volgens de GAAR een constructie die kunstmatig is, genegeerd worden. Bij *Fraus legis* vindt echter substitutie (de rechtshandeling wordt aangepast zodat geen sprake meer is van strijdigheid is met doel en strekking van de wet) plaats. Een uitgebreide toetsing van het voorgaande valt echter buiten de reikwijdte van deze scriptie. In het vervolg wordt daarom aangenomen dat *Fraus legis* voldoet als implementatie van de GAAR voor zover *Fraus legis* richtlijnconform wordt ingevuld.

2.4: Misbruik van recht

2.4.1: Jurisprudentie HvJ

Net als de Hoge Raad heeft ook het HvJ in zijn jurisprudentie een algemeen misbruik van recht leerstuk ontwikkeld. Uit de arresten TV10⁶⁰ en Centros⁶¹ bleek voor het eerst dat misbruik van recht op het gebied van de vrije verkeersbepalingen mogelijk was. In deze arresten oordeelde het HvJ dat op basis van objectieve omstandigheden moet worden beoordeeld of een belanghebbende toegang heeft tot het EU-recht. De subjectieve (misbruik)intentie is pas bij de inhoudelijke behandeling van belang. De vraag of sprake is van misbruik is volgens het HvJ namelijk een andere vraag dan de vraag of een belanghebbende toegang heeft tot het EU-recht⁶². Omdat misbruik van recht pas bij de inhoudelijke behandeling een rol speelt, kan geconcludeerd worden dat misbruik van recht op het gebied van de vrije verkeersbepalingen mogelijk is⁶³.

Waar het HvJ in de arresten TV10 en Centros nog geen criteria formuleert op basis waarvan misbruik van recht vastgesteld kan worden, geeft het HvJ deze criteria wel in het arrest Emsland-Stärke⁶⁴. Het HvJ overweegt dat sprake is van misbruik van recht indien uit de objectieve omstandigheden kan worden afgeleid dat het beoogde doel van de regeling niet bereikt wordt (objectieve toets) en een subjectieve misbruikintentie aanwezig is (subjectieve

⁵⁷ Art 6 lid 2 Richtlijn 2016/1164 EU.

⁵⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 14-15.

⁵⁹ P. Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, par 3.2.

⁶⁰ HvJ EG 5 oktober 1994, C-23/93, *Jur. 1994*, blz. 4795, (TV10).

⁶¹ HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97, *Jur. 1999*, blz. 1459, (Centros).

⁶² D.M. Weber, 2003, p 25-27.

⁶³ P. Kavelaars, *WFR 2011/1177*, par 2.

⁶⁴ HvJ EG 14 december 2000, C-110/99, *BNB 2003/169*, (Emsland-Stärke).

toets). In het vervolg is het concept misbruik van recht met name in jurisprudentie op het gebied van de omzetbelasting aan de orde gekomen waarbij het arrest Halifax⁶⁵ veelal als kernarrest wordt aangeduid⁶⁶. In het arrest Halifax merkt het HvJ in aanvulling op de objectieve en subjectieve toets op dat het de belastingplichtige vrij staat de voor hem fiscaal meest voordelige optie te kiezen binnen de kaders van misbruik van recht. Uit latere arresten is gebleken dat voor de toepassing van de subjectieve toets het behalen van een belastingvoordeel het wezenlijke doel moet zijn maar niet het enige doel hoeft te zijn⁶⁷. Ook heeft het HvJ bepaald dat indien sprake is van misbruik van recht, transacties geherdefinieerd moeten worden tot transacties waarbij geen sprake meer is van misbruik van recht⁶⁸.

In het in de sfeer van de directe belastingen gewezen arrest Cadbury Schweppes⁶⁹ is gebleken dat het voorkomen van misbruik een rechtvaardiging kan vormen voor een belemmering van een van de verkeersvrijheden. Het HvJ accepteert het voorkomen van misbruik als rechtvaardigingsgrond echter alleen indien een nationale antimisbruikmaatregel gericht is op het bestrijden van volstrekt kunstmatige constructies⁷⁰. Te algemeen geformuleerde antimisbruikbepalingen kunnen derhalve niet gerechtvaardigd worden. Deze lijn is bevestigd in het arrest Deister & Juhler Holding⁷¹. Het HvJ overweegt in rechtsoverweging 74 van het arrest Deister & Juhler Holding dat voor de vraag of bij een constructie sprake is van misbruik alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen. Een maatregel die onder bepaalde voorwaarde automatisch leidt tot het vaststellen van misbruik en tevens niet voorziet in een tegenbewijsregeling is strijdig met het EU-recht⁷².

Met de Deense antimisbruikzaken⁷³ is definitief duidelijk geworden dat het leerstuk misbruik van recht hetzelfde is voor alle belastingen. In alle zaken werd vanuit buiten de EU gevestigde beleggingsfondsen geïnvesteerd in Deense actieve ondernemingen. Van deze Deense ondernemingen ontvingen deze beleggingsfondsen dividenden en rente. Omdat bij rechtstreekse betaling van deze rente en dividenden bronbelasting ingehouden zou worden, werden enkele vennootschappen tussengeschoven die met name in Luxemburg waren gevestigd. Door het tussenschuiven van deze in de EU gevestigde vennootschappen werd bereikt dat de MDR en IRR van toepassing waren op de dividend- en rentebetalingen van de Deense ondernemingen. Derhalve mocht geen bronbelasting ingehouden worden. De Deense belastingdienst was echter van mening dat deze doorstroomvennootschappen voor de toepassing van de MDR en IRR genegeerd moesten worden omdat zij slechts waren tussengeschoven om gebruik te maken van de MDR en IRR.

Aangezien Denemarken de antimisbruikbepalingen uit de MDR en IRR niet had geïmplementeerd, moest eerst de vraag worden beantwoord of een lidstaat om misbruik te bestrijden de antimisbruikbepalingen moet hebben omgezet in nationaal recht⁷⁴. Volgens het HvJ is het niet van belang of de antimisbruikbepalingen in lagere regelgeving zijn omgezet omdat een Unierechtelijke plicht tot het bestrijden van misbruik bestaat. Gezien deze Unierechtelijke plicht zijn de antimisbruikbepalingen uit de MDR en IRR naar mijn mening

⁶⁵ HvJ EG 21 februari 2006, C-255/02, *BNB 2006/170*, (Halifax).

⁶⁶ P. Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, par 3.3.

⁶⁷ HvJ EG 21 februari 2008, C-425/08, *BNB 2009/1*, (Part Service).

⁶⁸ HvJ EU 22 december 2010, C-103/09, *BNB 2011/203*, (Weald Leasing).

⁶⁹ HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, *BNB 2007/54*, (Cadbury Schweppes).

⁷⁰ J.J.A.M. Korving, *TFO 2013/125.3*, par 3.

⁷¹ HvJ EU 20 december 2017, C-504/16, C-613/16, *BNB 2018/56*, (Deister & Juhler Holding).

⁷² In het arrest HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, *BNB 2018/55*, (Eqiom en Enka) heeft het HvJ deze lijn bevestigd.

⁷³ HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, *BNB 2020/9*, (Deense antimisbruikzaken) en HvJ EU 26 februari 2019, C-116/16, C-117/16, *BNB 2020/10*, (Deense antimisbruikzaken).

⁷⁴ HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, *BNB 2020/9*, (Deense antimisbruikzaken), R.O. 95-122.

niet langer relevant⁷⁵. Volgens het HvJ kan misbruik van fiscale richtlijnen immers met misbruik van recht bestreden worden.

Vervolgens herhaalt het HvJ dat voor het vaststellen van misbruik aan de objectieve en subjectieve eis moet zijn voldaan. Wat opvalt is dat het HvJ slechts spreekt over kunstmatigheid en niet langer over volstreckte kunstmatigheid, hetgeen leidt tot een soepelere benadering dan in het arrest Cadbury Schweppes. Daarna benoemt het HvJ een aantal criteria aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of sprake is van misbruik van recht waarbij als uitgangspunt geldt dat uitgegaan moet worden van een onderzoek van alle feiten⁷⁶. Dit laatste is in overeenstemming met het arrest Deister & Juhler holding⁷⁷. De opgesomde criteria zijn gelijk voor de IRR- en MDR-zaken. Dit is naar mijn mening niet onlogisch aangezien geen onderlinge rangorde bestaat tussen de criteria en gekeken moet worden naar alle feiten. Aan de hand van de criteria kan worden bepaald of een tussengeschoven vennootschap op kunstmatige wijze is tussengeschoven en derhalve genegeerd moet worden voor toepassing van de IRR en MDR.

2.4.2: Gevolgen Deense zaken

Met de beslissing dat een Unierechtelijke plicht bestaat om misbruik te bestrijden, is duidelijk dat underkill in nationale wetgeving niet is toegestaan. Het is de vraag hoever deze plicht tot misbruikbestrijding reikt. De redactie V-N⁷⁸ en de staatssecretaris⁷⁹ zijn bijvoorbeeld van mening dat een wetswijziging noodzakelijk was om de rol van de substance-eisen van onder andere art. 13ab Vpb te wijzigen. Ik ben het echter met onder andere Hennevelt en de Groot eens dat de plicht tot misbruikbestrijding volgt uit het primaire EU-recht en dat de plicht tot misbruikbestrijding derhalve autonoom werkt⁸⁰. Een wetswijziging ten aanzien van de substance-eisen was mijns inziens daarom niet noodzakelijk. Dit bleek ook al uit het arrest Cussens⁸¹ waar het HvJ in rechtsoverweging 28 overweegt dat niet vereist is dat het verbod van misbruik net als de bepalingen van de Btw-richtlijn in nationaal recht wordt omgezet⁸².

Met Douma⁸³ ben ik het eens dat deze autonome werking van de plicht tot misbruikbestrijding betekent dat de Deense zaken direct doorwerken naar de Nederlandse wetgeving indien het voor belastingplichtigen duidelijk moet zijn dat een nationale maatregel een Unierechtelijk voordeel betreft. Voor de doorwerking van de Deense zaken naar de deelnemingsvrijstelling moet dus worden vastgesteld of de deelnemingsvrijstelling een Unierechtelijk voordeel betreft. De mening van Ravelli dat de Deense zaken in het geheel niet zien op art. 4 MDR en daarom niet van toepassing kunnen zijn op de deelnemingsvrijstelling is naar mijn mening onjuist. In onder andere rechtsoverweging 97 van de IRR-zaken⁸⁴ oordeelt het HvJ: *“De Unieregelgeving mag immers niet zo ruim worden toegepast dat zij transacties zou dekken die zijn verricht met het doel om door fraude of misbruik te profiteren van de door het Unierecht toegekende voordelen”*. Mijns inziens kan gezien deze algemene bewoordingen van het HvJ worden geconcludeerd dat indien via kunstmatige constructies een Unierechtelijk voordeel wordt geclaimd dit voordeel moet worden geweigerd op basis van de Deense arresten.

Volgens Marres en De Groot blijkt uit onder meer de arresten Italmoda(R.O. 54-59), Cussens(R.O. 33-34) en Breitsohl(R.O. 38) dat voordelen die voortvloeien uit een nationale

⁷⁵ Zie ook P. Kavelaars, *NLF-W 2019/0002*, par 3.1.

⁷⁶ HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, *BNB 2020/9*, (Deense antimisbruikzaken), R.O. 127-133.

⁷⁷ Zie ook H. Vermeulen, *NTFR 2019/1787*. Zie anders: L.C. van Hulten & J.J.A.M. Korving, *WFR 2019/129*.

⁷⁸ Vrijstelling uit EU-renteroyaltyrichtlijn komt toe aan daadwerkelijk genothebbers, behoudens misbruik, *V-N 2019/14.10*.

⁷⁹ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2019, nr. 2019-0000095322.

⁸⁰ M.T.M. Hennevelt, *MBB 2020/3*, par 3.2.1 en I. de Groot, *NLF 2019/0597*.

⁸¹ HvJ EU 22 november 2017, C-251/16, *BNB 2018/46*, (Cussens).

⁸² Het HvJ verwijst in de Deense zaken ook specifiek naar het arrest Cussens.

⁸³ S.C.W. Douma, *BNB 2020/9*.

⁸⁴ HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, *BNB 2020/9*, (Deense antimisbruikzaken).

maatregel die dient als implementatie van het Unierecht als Unierechtelijke voordelen kwalificeren⁸⁵. Ik sluit mij aan bij de mening van Vermeulen en Zuidhof dat een voordeel, zoals de deelnemingsvrijstelling, dat wordt geharmoniseerd⁸⁶ na harmonisatie onder omstandigheden als Unierechtelijk voordeel kwalificeert. Met de auteurs ben ik het eens dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie waarbij een nationaal voordeel onder minder strenge voorwaarden wordt toegekend en de situatie waarbij een nationale maatregel voorziet in meerdere voordelen naast het geharmoniseerde voordeel⁸⁷.

Ten aanzien van de deelnemingsvrijstelling betekent dit het volgende:

- Nederland kent een minder strenge bezitseis dan de MDR (5% respectievelijk 10%). De MDR verplicht Nederland niet de deelnemingsvrijstelling toe te passen op winstuitkeringen van deelnemingen waarin het belang kleiner is dan 10%. Winstuitkeringen van een EU-vennootschap waarin een belang van minimaal 10% wordt gehouden vallen onder het bereik van de MDR en daarmee het EU-recht. Wordt een winstuitkering ontvangen van een EU-vennootschap waarin een belang van 5%-9.99% wordt gehouden, dan valt deze situatie eveneens onder het EU-recht omdat de deelnemingsvrijstelling de Nederlandse implementatie is van de MDR⁸⁸. Aangezien Nederland de deelnemingsvrijstelling onder dezelfde voorwaarden toepast in zowel binnen- als buitenlandse als in situaties met derde landen vallen in geval van winstuitkeringen al deze situaties onder het EU-recht omdat ongelijke behandeling behoudens misbruik niet is toegestaan⁸⁹.
- Op basis van de MDR moeten winstuitkeringen worden vrijgesteld. De Nederlandse deelnemingsvrijstelling voorziet daarnaast in een additioneel voordeel omdat ook vermogenswinsten worden vrijgesteld. Omdat de MDR slechts ziet op winstuitkeringen en in zijn geheel niet van toepassing is op vermogenswinsten, kwalificeren winstuitkeringen wél en vermogenswinsten niet als Unierechtelijk voordeel⁹⁰.

Waar/wanneer dient de deelnemingsvrijstelling geweigerd te worden?

Stel dat een EU-moeder deelneemt in een non-EU-dochter waarop de deelnemingsvrijstelling niet toegepast kan worden. Vervolgens wordt een lege vennootschap tussengeschoven in een lidstaat met een ruime deelnemingsvrijstelling teneinde te bereiken dat winsten van de non-EU-dochter onbelast de EU-moeder bereiken. Pancham en Boulogne zijn van mening dat in deze situatie de deelnemingsvrijstelling geweigerd moet worden bij deze kunstmatig tussengeschoven vennootschap. Ik ben het echter met Marres, Hennevelt en Douma eens dat uit de Deense zaken volgt dat de deelnemingsvrijstelling moet worden geweigerd bij de EU-moeder aangezien de EU-moeder het Unierechtelijke voordeel geniet. Het is immers de EU-moeder die, als gevolg van het tussenschuiven van een lege vennootschap in een lidstaat met een ruime deelnemingsvrijstelling, onbelast dividenden en vermogensresultaten van de non-EU-dochter geniet. Het is dan logisch om bij de EU-moeder de deelnemingsvrijstelling te weigeren.

Samenhang GAAR/Fraus legis en Deense zaken

Als gevolg van de invoering van de GAAR uit de ATAD-richtlijn per 1 januari 2019 is het de vraag hoe groot de impact van de Deense zaken nog is. Waar de gevolgen van de Deense arresten beperkt zijn tot situaties waarin sprake is van een Unierechtelijk voordeel, is de GAAR van toepassing in zowel binnenlandse, EU en derde landen situaties⁹¹. De GAAR heeft een bredere werking omdat deze ziet op de bescherming van de winstgrondslag van lidstaten

⁸⁵ O.C.R. Marres en I.M. de Groot, *WFR 2020/209*, par 4. Zie ook O.C.R. Marres, *NTFR 2019/23*.

⁸⁶ In het geval van de deelnemingsvrijstelling op basis van de MDR.

⁸⁷ H.R. Zuidhof & H. Vermeulen, *WFR 2020/225*, par 3.5.

⁸⁸ Zie uitgebreider: H.R. Zuidhof & H. Vermeulen, *WFR 2020/225*, par 3.5.1 en 4.1.1. De Auteurs verwijzen voor dit argument naar HvJ EU 26 oktober 2017, C-39/16 (*Argenta Spaarbank*), R.O. 28 t/m 34.

⁸⁹ Zie uitgebreider: H.R. Zuidhof & H. Vermeulen, *WFR 2020/225*, par 3.2 en 4.1.1.

⁹⁰ Zie uitgebreider: H.R. Zuidhof & H. Vermeulen, *WFR 2020/225*, par 3.5.2.

⁹¹ Dit is ook het geval onder *Fraus legis*, al heeft de Hoge Raad tot nu toe geen mogelijkheid gezien om misbruik onder verdragen te bestrijden met *Fraus legis*.

waarbij het niet relevant is waar het beoogde voordeel zich voordoet⁹². Volgens de Redactie V-N⁹³ en Boulogne⁹⁴ is de reikwijdte van de Deense zaken daarom beperkt tot jaren waarin de GAAR nog niet ingevoerd is in de nationale wetgeving van lidstaten. Hennevelt is aan de andere kant van mening dat bij misbruik van de MDR toegang tot de MDR op basis van de Deense zaken van te voren al niet meer mogelijk is. Dit heeft volgens Hennevelt tot gevolg dat niet meer toegekomen wordt aan de nationale omzetting van de GAAR⁹⁵.

In de Deense zaken is het Unierechtelijke antimisbruikbegrip geüniformeerd. Het HvJ oordeelt dat hetzelfde Unierechtelijke antimisbruikbegrip geldt voor alle belastingen los van het feit of de voordelen hun grondslag vinden in verdragen, verordeningen of richtlijnen. Gezien deze uniformering lijkt het logisch dat de drie eisen van de GAAR conform dit antimisbruikbegrip wordt uitgelegd. Vanwege de koppeling van *Fraus legis* aan de GAAR lijkt het mij aannemelijk dat ook *Fraus legis* conform dit antimisbruikbegrip wordt uitgelegd. In feite dienen de aanwijzingen die het HvJ geeft in Deense zaken over hetgeen op misbruik duidt dan als invulling van de drie eisen van de GAAR. Zowel in de visie van de Redactie V-N en Boulogne als in de visie van Hennevelt wordt dan getoetst aan hetzelfde antimisbruikbegrip waardoor het mij niet relevant lijkt of op basis van de GAAR of misbruik van recht toegang tot bijvoorbeeld de MDR wordt geweigerd.

2.5: Deelconclusie

Belastingontduiking en belastingontwijking verschillen van elkaar in die zin dat belastingontduiking volgens de wet illegaal is terwijl belastingontwijking dat niet is. Aangezien beide termen echter tot gevolg hebben dat belasting wordt bespaard, worden ze vaak in een zin met elkaar genoemd. Tussen belastingontwijking en (agressieve) tax planning bestaat inhoudelijk geen verschil waardoor deze laatste term geen toegevoegde waarde heeft. In plaats daarvan kan ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling onder andere via het gebruik van CFC's onder agressieve belastingontwijking worden geschaard, hetgeen het best via wettelijke voorschriften kan worden bestreden.

Vervolgens is het in de jurisprudentie van het HvJ ontwikkelde leerstuk misbruik van recht besproken. In de Deense zaken is duidelijk geworden dat Unierechtelijke voordelen moeten worden geweigerd indien kunstmatig vennootschappen worden tussengeschoven. Ten aanzien van de deelnemingsvrijstelling is vastgesteld dat deze ingeval van winstuitkeringen als Unierechtelijk voordeel kwalificeert waarop de Deense zaken van toepassing zijn omdat Nederland de deelnemingsvrijstelling onder gelijke omstandigheden toepast in zowel binnen- als buitenlandse als in situaties met derde landen. Het toepassen van de deelnemingsvrijstelling op vermogensresultaten is geen Unierechtelijk voordeel omdat dit voordeel in zijn geheel niet uit de MDR volgt en daarom een soevereine keuze van Nederland betreft. Tot slot lijkt het mij gezien de uniformering van het Unierechtelijke antimisbruikbegrip aannemelijk dat misbruik onder de GAAR(en *Fraus legis*) conform dit antimisbruikbegrip worden uitgelegd.

⁹² S.R. Pancham, *NTFR 2019/693*.

⁹³ Vrijstelling uit EU-renteroyaltyrichtlijn komt toe aan daadwerkelijk genothebbenden, behoudens misbruik, *V-N 2019/14.10*.

⁹⁴ G.F. Boulogne, *FED 2019/53*, punt 5.3.

⁹⁵ Zie M.T.M. Hennevelt, *MBB 2020/3*, par 3.2.1.1.

Hoofdstuk 3: achtergrond deelnemingsvrijstelling en bestrijding ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling.

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Vpb besproken. Daarbij wordt ingegaan op de ratio en de voorwaarden van de deelnemingsvrijstelling. Ook de moeder-dochterrichtlijn wordt kort behandeld. Vervolgens wordt besproken hoe Nederland op basis van nationale wetgeving probeert ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling tegen te gaan. Daartoe worden achtereenvolgens de regeling voor (niet) kwalificerende beleggingsdeelnemingen (art. 13 lid 9-15 Vpb), de herwaarderingsverplichting voor beleggingsdeelnemingen (art. 13a Vpb) en de CFC-maatregel van art. 13ab Vpb besproken. In de deelconclusie worden volgende deelvragen beantwoordt:

- Hoe is de deelnemingsvrijstelling vormgegeven en wat zijn de ratio en de grondslagen van de deelnemingsvrijstelling?
- Op welke wijze wordt ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling tegengegaan?

3.2 Moeder-dochterrichtlijn

3.2.1 Geschiedenis Moeder-dochterrichtlijn

Na een lange aanloop⁹⁶ heeft de Raad van de Europese Gemeenschap op 23 juli 1990 de Moeder-dochterrichtlijn⁹⁷ vastgesteld. In de preambule van de MDR is opgenomen dat hergroeperingen van vennootschappen uit meerdere lidstaten noodzakelijk kunnen zijn om de werking van de interne Europese markt te garanderen. Deze hergroeperingen kunnen leiden tot de vorming van groepen van moeder- en dochtervennootschappen en mogen niet belemmerd worden door maatregelen van lidstaten. Vervolgens wordt opgemerkt dat deze belemmeringen moeten worden weggenomen door invoering van concurrentie-neutrale regelingen⁹⁸. Op het gebied van grensoverschrijdende dividend- en winstuitkeringen neemt de MDR deze unilaterale belemmeringen weg door economisch dubbele belasting over winstuitkeringen van een dochtermaatschappij aan een moedermaatschappij te voorkomen.

3.2.2 Hoofdpijnen Moeder-dochterrichtlijn.

De MDR voorkomt economisch dubbele belasting over winstuitkeringen van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij. Dit wordt bereikt door te bepalen dat het de lidstaat van de dochtermaatschappij verboden is een bronbelasting in te houden over winstuitkeringen (art. 5 MDR) en dat de lidstaat van de moedermaatschappij de winstuitkering niet aan een winstbelasting onderwerpt (art. 4 MDR). Daarbij heeft de lidstaat van de moedermaatschappij de keuze om de winstuitkering in zijn geheel vrij te stellen (de vrijstellingsmethode, art. 4 lid 1 onderdeel a MDR) of de winstuitkering wel op te nemen in de belaste grondslag maar de op het niveau van de dochtermaatschappij betaalde winstbelasting te verrekenen (de verrekeningsmethode, art. 4 lid 1 onderdeel b MDR). Omdat de lidstaat van de moedermaatschappij dubbele economische belasting moet voorkomen, is het deze lidstaat toegestaan kosten die verband houden met de deelneming niet in aftrek toe te laten. Indien deze kosten forfaitair worden vastgesteld, mogen deze forfaitaire kosten niet meer bedragen dan 5% van de winstuitkering.

Artikel 2 van de MDR bepaalt aan welke drie cumulatieve eisen vennootschappen moeten voldoen om in aanmerking te komen voor de voordelen van de MDR. Ten eerste moeten zowel de moeder- als de dochtermaatschappij een rechtsvorm hebben die is opgenomen in Bijlage 1 deel A van de MDR. Daarnaast moeten vennootschappen op grond van art. 2 onderdeel c MDR ‘zonder keuzemogelijkheid en zonder ervan te zijn vrijgesteld’ onderworpen te zijn aan een winstbelasting die genoemd is in Bijlage 1 deel B van de MDR. Tot slot dienen beide vennootschappen volgens de fiscale wetgeving van een lidstaat in een EU-lidstaat gevestigd te zijn en mogen zij niet op basis van een belastingverdrag met een niet EU-lidstaat (tevens) buiten de EU zijn gevestigd. Indien de moeder- en dochtermaatschappij aan bovenstaande drie

⁹⁶ De conceptribrichtlijn is in januari 1969 al voorgelegd aan de Raad van de Europese Gemeenschap.

⁹⁷ Richtlijn 90/435/EEG.

⁹⁸ Preambule Richtlijn 90/435/EEG

eisen voldoen, moet de moedermaatschappij vervolgens voldoen aan de bezitseis van art. 3 MDR. In de oorspronkelijke conceptrichtlijn uit 1969 was een kapitaaldeelname van 20% vereist in de dochtermaatschappij⁹⁹. Bij het vaststellen van de uiteindelijke richtlijn in 1990 werd de 20%-eis verhoogd tot 25%¹⁰⁰. Bij de wijziging van de MDR in 2003 begonnen met het stapsgewijs verlagen van de 25%-eis. Sinds 2009 geldt een bezitsvereiste van 10%.

Voorkomen van misbruik

In de oorspronkelijke richtlijn was slechts een algemene bepaling omtrent misbruik opgenomen die bepaalde dat het lidstaten vrij stond om via nationaal recht of via verdragen misbruik te bestrijden. Bij recente aanpassingen van de MDR zijn echter verdergaande maatregelen getroffen die dubbele non-heffing en misbruik moeten tegengegaan. Zo wordt met ingang van 1 januari 2016 het gebruik van hybride financieringsvormen tegengegaan doordat in art. 4 lid 1 onderdeel a MDR is opgenomen dat lidstaten winstuitkeringen wél moeten belasten indien deze winstuitkeringen aftrekbaar zijn bij de dochtermaatschappij. Daarnaast is per 27 januari 2015 in art. 1 lid 2 en lid 4 MDR een algemene antimisbruikbepaling opgenomen. De voordelen van de MDR worden op basis van deze algemene antimisbruikmaatregel niet toegekend indien aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden is voldaan:

- 1) Er moet sprake zijn van een constructie of reeks van constructies, waarbij het hoofddoel of een van de hoofddoelen is het verkrijgen van een belastingvoordeel (subjectieve toets);
- 2) Dat het doel of de toepassing van de MDR ondermijnt; en
- 3) De constructie niet verband houdt met geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen (objectieve toets).

Zowel de maatregel die gericht is op hybride financieringsvormen als de algemene antimisbruikbepaling zijn een verplichte minimumstandaard¹⁰¹. Lidstaten zijn dus verplicht deze maatregelen op te nemen in hun nationale wetgeving. Nederland heeft ervoor gekozen de algemene antimisbruikbepaling in art. 17 lid 3 onderdeel b Wet Vpb op te nemen. De Nederlandse versie van de maatregel inzake hybride mismatches is terug te vinden in art. 13 lid 17 Wet Vpb.

3.3: Achtergrond deelnemingsvrijstelling

3.3.1 Grondslagen Vennootschapsbelasting

In de literatuur is al veelvuldig aandacht besteed aan de grondslagen van de Vennootschapsbelasting¹⁰². Als grondslagen worden genoemd: de antropomorfe visie, het beginsel van de bevoorrechte verkrijging, het buitenkansbeginsel, de leer van het globale evenwicht, de compensatietheorie en het profijtbeginsel. Over het algemeen is de conclusie in de literatuur dat dit geen overtuigende grondslagen zijn voor de huidige Nederlandse Vennootschapsbelasting¹⁰³. Naast bovenstaande grondslagen wordt als grondslag nog de verhouding van de Vennootschapsbelasting met de Inkomstenbelasting aangedragen¹⁰⁴. De Vennootschapsbelasting kan namelijk niet los gezien worden van de Inkomstenbelasting omdat iedere vennootschap een uiteindelijk gerechtigde in de vorm van een natuurlijk persoon heeft¹⁰⁵.

De aandeelhouders (natuurlijke personen) van vennootschappen kunnen echter vaak en snel wijzigen waardoor het voor overheden lastig is om deze aandeelhouders te belasten voor de

⁹⁹ Publikatieblad EG van 22 maart 1969, nr. C 39, p. 7.

¹⁰⁰ Hetgeen beter aansloot bij het 25%-criterium uit het toenmalige art. 10 lid 2 van het OESO-modelverdrag (hierna OESO-MV).

¹⁰¹ Q.W.J.C.H. Kok, *MBB 2015/09-03*, par 1.1.

¹⁰² In deze scriptie wordt daarom niet ingegaan op de genoemde grondslagen in de literatuur. Verwezen wordt naar onder andere: F.P.J. Snel 2005, par 2.5, J.L. van der Streek, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, onderdeel Vpb.O.O.1 en J.A.G. van der Geld & A.W. Hofman 2017, par 2.1.

¹⁰³ J.A.G. van der Geld & A.W. Hofman 2017, par 2.1 en F.J. Elswier 2018, par 3.2.5.1.

¹⁰⁴ Ook wel de leer van het globale evenwicht genoemd.

¹⁰⁵ F.J. Elswier 2018, par 3.2.4.

winst van de vennootschap. Daarnaast zou de afwezigheid van een Vennootschapsbelasting tot gevolg hebben dat het langdurig oppotten van winsten in vennootschappen leidt tot uitstel van IB-heffing¹⁰⁶. Door het heffen van een Vennootschapsbelasting kunnen winsten die anders mogelijk niet of moeilijk belast zouden kunnen worden alsnog belast worden. In deze visie vervult de Vennootschapsbelasting dus een complementaire functie ten opzichte van de Inkomstenbelasting.

De staatssecretaris is van mening dat de Vennootschapsbelasting zijn bestaansrecht ontleend aan deze complementaire functie¹⁰⁷. Ik ben het met Elswie¹⁰⁸ en Essers¹⁰⁹ eens dat de complementaire functie de enige grondslag is die enigszins vaststaat. Ook deze grondslag heeft echter zijn gebreken omdat in de praktijk geen globaal evenwicht bestaat tussen de IB-ondernemer en de Vpb-ondernemer. Hierdoor is de keuze voor ondernemers tussen bijvoorbeeld een eenmanszaak of een BV als rechtsvorm sterk afhankelijk is van de fiscaliteit¹¹⁰. Duidelijk is dat een eenduidige rechtsgrondslag voor de heffing van (enkelvoudige) Vennootschapsbelasting ontbreekt hetgeen volgens Essers geresulteerd heeft in complexe wetgeving¹¹¹. Met Van der Geld & Hofman en Snel ben ik het eens dat aangezien er voor enkelvoudige heffing van Vennootschapsbelasting al geen overtuigende rechtvaardigingsgrond is, dit des te sterker geldt voor dubbele heffing van Vennootschapsbelasting¹¹².

3.3.2: Ratio en grondslagen van de deelnemingsvrijstelling

In essentie zorgt de deelnemingsvrijstelling ervoor dat winsten die bij een dochtermaatschappij zijn belast niet nogmaals bij de moedermaatschappij belast worden. De deelnemingsvrijstelling neemt daarmee een belangrijke plek in de Vennootschapsbelasting in aangezien de vrijstelling voorkomt dat binnen concerns meervoudig belasting wordt geheven over dezelfde winst. Hoewel er één deelnemingsvrijstelling bestaat, zijn onder andere Christiaan^{se}, van der Geld & Hofman en Elswie van mening dat de strekking van de deelnemingsvrijstelling in binnenlandse situaties verschilt van die in buitenlandse situaties. Als strekking in binnenlandse situaties wordt genoemd het voorkomen van dubbele belasting binnen de sfeer van lichamen en in buitenlandse situaties het voorkomen van internationale dubbele belasting¹¹³.

Binnenlandse deelneming

Als grondslag voor het voorkomen van dubbele belasting binnen de sfeer van lichamen worden in de literatuur twee grondslagen aangedragen, de verlengstukgedachte en het ne-bis-in-idembeginsel. De verlengstukgedachte houdt in dat de dochtermaatschappij gezien wordt als een partiële voortzetting van de moedermaatschappij. Dit betekent dat de winst van de dochtermaatschappij onderdeel uitmaakt van de winst van de moedermaatschappij waardoor een winstuitdeling van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij niet als winst gezien moet worden¹¹⁴. Het ne-bis-in-idembeginsel houdt in dat in deelnemingsverhoudingen eenzelfde inkomensbestanddeel niet twee of meerdere keren belast wordt¹¹⁵.

Volgens Aardema is de verlengstukgedachte de leidende grondslag omdat het feit dat een liquidatieverlies van een dochtermaatschappij op het niveau van de moedermaatschappij verrekend mag worden beter aansluit bij de verlengstukgedachte¹¹⁶. Daarnaast zou het ne-bis-in-idembeginsel te ruim zijn om als leidende grondslag te dienen omdat het dan mogelijk zou

¹⁰⁶ F.P.J. Snel 2005, par 2.5.3.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 2017/18, 32 140, nr. 33, p. 11.

¹⁰⁸ F.J. Elswie 2018, par 3.2.5.1.

¹⁰⁹ P.H.J. Essers, WFR 2019/187, par 2.

¹¹⁰ P.H.J. Essers, WFR 2019/187, par 2 en van der Geld en Hofman 2017 par 2.1.

¹¹¹ P.H.J. Essers, WFR 2019/187, par 2.

¹¹² F.P.J. Snel 2005, Van der Geld & Hofman 2017, par 2.1 en Van der Geld, WFR 2005/759, par 3.

¹¹³ J.H. Christiaan^{se} 1975, p. 10.

¹¹⁴ D. Juch 1974, par 1.4.

¹¹⁵ D. Juch 1974, par 1.2.

¹¹⁶ E. Aardema 1989, p. 185.

moeten zijn om ook voordelen uit beleggingen onder de regeling te laten vallen¹¹⁷. Een ander argument voor de verlengstukgedachte is dat het streven van de wetgever om binnen- en buitenlandse dochters gelijk te behandelen goed past binnen de verlengstukgedachte. Een breed gedeeld argument bij voorstanders van de verlengstukgedachte is voorts dat het ne-bis-in-idembeginsel gezien de bezitseis van 5% niet de leidende grondslag van de deelnemingsvrijstelling kan zijn¹¹⁸. Van der Geld & Hofman noemen in aanvulling op dit argument dat het bestaan van de non-voorraadeis en het vervallen van de ‘deelneming door gelijkstelling’ aanwijzingen zijn dat het ne-bis-in-idembeginsel niet zuiver wordt toegepast door de wetgever. Tot slot wordt nog aangevoerd dat met de verlengstukgedachte aangesloten wordt bij het fiscale eenheidsregime dat gebaseerd is op de verlengstukgedachte¹¹⁹.

Aan de andere kant is Christiaanse¹²⁰ van mening dat de verlengstukgedachte verworpen wordt doordat het liquidatieverlies onafhankelijk van het daadwerkelijke verlies van de dochtermaatschappij bij de moedermaatschappij wordt vastgesteld. Van der Streek¹²¹ betoogt dat de liquidatieverliesregeling in lijn is met het ne-bis-in-idembeginsel omdat bij liquidatie de dochtermaatschappij zijn fiscale zelfstandigheid verliest en zodoende alsnog een verlengstuk wordt van de moedermaatschappij. Tegen het argument over de bezitseis brengt Van der Streek in dat bij een aandelenbelang van minder dan 5% sprake is van beleggen en niet van deelnemen. Aangezien voordelen uit beleggen niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen, wordt ook niet toegekomen aan het ne-bis-in-idembeginsel¹²². Een ander argument is dat, wanneer de dochtermaatschappij als verlengstuk van de moedermaatschappij wordt gezien, de winst van deze dochtermaatschappij bij de moedermaatschappij belast moet worden. Uitgaande van de verlengstukgedachte wordt bij het verkeerde subject Vennootschapsbelasting geheven.

Tot slot blijkt uit de parlementaire geschiedenis niet duidelijk welke van de twee grondslagen als leidend moet worden gezien. Uit parlementaire stukken bij de herziening van de deelnemingsvrijstelling blijkt dat de staatssecretaris het verlengstukgedachte leidend acht¹²³ terwijl de staatssecretaris zich in parlementaire stukken uit 2009 uitspreekt in het voordeel van het ne-bis-in-idembeginsel¹²⁴.

Buitenlandse deelneming

Net als in binnenlandse situaties wordt met de deelnemingsvrijstelling in grensoverschrijdende situaties economisch dubbele belasting voorkomen. Volgens Christiaanse¹²⁵ kan de deelnemingsvrijstelling voor buitenlandse dochters gezien worden als een eenzijdige maatregel ter voorkoming van internationale dubbele belasting volgens de vrijstellingsmethode. De deelnemingsvrijstelling is daarmee in buitenlandse situaties een belangrijk onderdeel van het Nederlandse internationale belastingrecht. Van der Geld & Hofman zijn van mening dat de verlengstukgedachte als grondslag van de deelnemingsvrijstelling in binnenlandse situaties doorgetrokken kan worden naar buitenlandse situaties. Wel zijn zij het met Juch eens dat de deelnemingsvrijstelling in grensoverschrijdende situaties voornamelijk in het teken staat van de fiscale soevereiniteit van andere landen. Dit beginsel stelt dat het land waar de winst gemaakt wordt, zelf de belastingdruk bepaald en de winsten belast¹²⁶. Volgens van der Streek is de verlengstukgedachte in buitenlandse situaties in zijn geheel niet van toepassing omdat het beginsel opgaat in het beginsel van de fiscale soevereiniteit. Hij en Elswaier zijn van mening

¹¹⁷ E. Aardema 1989, p. 185.

¹¹⁸ Zie onder andere: J.A.G. van der Geld & A.W. Hofman 2017, par 2.3.1 en D. Juch 1974, par 1.2.

¹¹⁹ D. Juch 1974, par 1.2.

¹²⁰ J.H. Christiaanse 1975, p. 12.

¹²¹ J.L. van der Streek, cursus belastingrecht, Vennootschapsbelasting, onderdeel Vpb.2.4.O.B.f2.

¹²² J.L. van der Streek, cursus belastingrecht, Vennootschapsbelasting, onderdeel Vpb.2.4.O.B.f2.

¹²³ *Kamerstukken II* 1987/88, 19 968, nr. 7, p. 4.

¹²⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 15.

¹²⁵ J.H. Christiaanse 1975, p. 96.

¹²⁶ J.A.G. van der Geld & A.W. Hofman 2017, par 2.3.2.

dat het ne-bis-in-idembeginsel leidend is en dat dit beginsel ervoor zorgt dat de belastingdruk over de winst van een buitenlandse dochter wordt bepaald door de hoogte van de winstbelasting in die buitenlandse staat¹²⁷.

Naar mijn mening kan in ieder geval in binnenlandse situaties sinds het introduceren van de bezitseis van 5% als harde grens, het handhaven van de non-voorraadeis en het schrappen van de gelijkgestelde deelneming, de verlengstukgedachte als leidende grondslag worden gezien. De stelling van Van der Streek dat bij belangen van minder dan 5% sprake is van beleggen en niet van deelnemen is mijns inziens onjuist omdat ook bij belangen van minder dan 5% sprake kan zijn van deelnemen¹²⁸. Door het stellen van de bezitseis van 5% als harde eis wordt geen recht gedaan aan het ne-bis-in-idembeginsel aangezien het mogelijk is dat dubbele belasting ontstaat in deelnemingssituaties. Hoewel de verlengstukgedachte als leidende grondslag gezien kan worden, zou het ne-bis-in-idembeginsel naar mijn mening echter consequent als grondslag moeten worden toegepast. Toepassing van het ne-bis-in-idembeginsel heeft namelijk tot gevolg dat dubbele belasting ook in deelnemingsverhoudingen waarbij niet voldaan is aan de bezitseis van 5%(zie par 3.4.3) wordt voorkomen. Het ne-bis-in-idembeginsel past daarmee beter bij de gebrekkige grondslag van de Vennootschapsbelasting¹²⁹ dan de verlengstukgedachte. Bovendien sluit het ne-bis-in-idembeginsel beter aan bij het doel van de deelnemingsvrijstelling in grensoverschrijdende situaties¹³⁰. Het past niet binnen dit doel om de winst van de buitenlandse dochtermaatschappij op grond van de verlengstukgedachte bij de in Nederland gevestigde moedermaatschappij te belasten.

3.4: Voorwaarden deelnemingsvrijstelling¹³¹

De deelnemingsvrijstelling is opgenomen in art. 13 van de Wet op de Vennootschapsbelasting en bepaalt dat indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan alle voordelen uit hoofde van een deelneming verplicht zijn vrijgesteld.

3.4.1: Kwalificerende rechtsvormen

Als kwalificerende moedermaatschappij komt elk Vpb-plichtig lichaam in aanmerking met uitzondering van de fiscale beleggingsinstelling. Art. 13 lid 2 Vpb bepaalt dat als dochtermaatschappij een vennootschap met een geheel of gedeeltelijk in aandelen verdeeld kapitaal, de coöperatie of een vereniging op coöperatieve grondslag, een fonds voor gemene rekening en een open commanditaire vennootschap kwalificeert. Sinds 2007 wordt geen onderscheid meer gemaakt tussen binnen- en buitenlandse dochtermaatschappijen. Derhalve kunnen buitenlandse vennootschappen die qua vorm sterk overeenkomen met Nederlandse vennootschappen die kwalificeren als dochtermaatschappij ook als dochtermaatschappij worden aangemerkt.

3.4.2 Non-voorraadeis

Tot 1 januari 2007 was de non-voorraadeis wettelijk vastgelegd in art. 13 lid 2 Vpb. De non-voorraadeis heeft tot doel de handel in kasgeldvennootschappen tegen te gaan door te bepalen dat een als voorraad gehouden dochter niet onder de deelnemingsvrijstelling valt. Volgens de staatssecretaris was een wettelijke verankering van deze eis echter niet noodzakelijk omdat volgens hem bij de handel in kasgeldvennootschappen sprake is een dienstverleningsvergoeding en niet van een deelnemingsvergoeding¹³². De staatssecretaris was

¹²⁷ J.L. van der Streek, cursus belastingrecht, Vennootschapsbelasting, onderdeel Vpb.2.4.O.B.f1 en F.J. Elswier 2018, par 8.2.2.2.

¹²⁸ Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een belang in een BV waarbij de onderneming voorheen in een maatschap werd uitgeoefend. Een ander voorbeeld is een situatie waarbij met toepassing van art 14 Wet Vpb een bedrijfsopvolging wordt uitgevoerd waarbij gebruik wordt gemaakt van cumulatief preferente aandelen. Zie uitgebreid: W.C.M. Martens 2017, par 3.3.2, W.C.M. Martens, *MBB 2005/06-05* en A.W. Hofman 2011, par 2.2.7.

¹²⁹ Zoals in par 3.3.1 is besproken, bestaat er naar mijn mening namelijk geen grondslag in de Vennootschapsbelasting voor dubbele Vpb-heffing.

¹³⁰ Het zoveel mogelijk erkennen van de belastingsovereïniteit van andere landen. Zie hierboven.

¹³¹ Zie bijlage 1 voor een stroomschema van de deelnemingsvrijstelling.

¹³² *Kamerstukken II 2005/06*, 30 572, nr. 3, p. 55. Zie ook HR 13 oktober 2006, nr. 42725, *BNB 2007/61*.

daarom van mening dat ook zonder wettelijke bepaling de handel in kasgeldvennootschappen tegengegaan kan worden. Om deze reden is de non-voorraadeis met de invoering van de Wet werken aan winst per 1 januari 2007 uit de wet verdwenen.

3.4.3 Bezitseis

Om in aanmerking te komen voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling moet daarnaast voldaan worden aan de bezitseis. Deze eis is opgenomen in art. 13 lid 2 Vpb en vereist dat de moedermaatschappij een belang van tenminste 5% heeft in de dochtermaatschappij. Voor de coöperatie en vereniging op coöperatieve grondslag volstaat lidmaatschap van de moedermaatschappij en geldt de 5%-eis dus niet. Art. 13 lid 3 Vpb bepaalt dat onder omstandigheden ook een aandelenbezit dat tenminste 5% van de stemrechten vertegenwoordigt onder de deelnemingsvrijstelling kan vallen. Andere uitbreidingen op de 5%-eis zijn te vinden in art. 13 lid 4 (de meesleepregeling) en lid 5 (de meetrekregeling). Op basis van de meesleepregeling worden, indien sprake is van een deelneming op grond van het tweede of derde lid, ook winstbewijzen en schuldvorderingen die in wezen functioneren als eigen vermogen onder de deelnemingsvrijstelling gebracht. Met de meetrekregeling wordt bereikt dat een aandelenbelang van een moedermaatschappij dat zelfstandig niet voldoet aan de bezitseis toch onder de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling valt. Dit is het geval als een verbonden lichaam¹³³ reeds een deelneming heeft in een dochtermaatschappij. Tot slot bepaalt art. 13 lid 16 Vpb dat op een aandelenbelang dat niet meer voldoet aan de bezitseis de deelnemingsvrijstelling nog voor een periode van drie jaar van toepassing is. Voorwaarde is dat de deelnemingsvrijstelling voor een onafgebroken periode van ten minste één jaar van toepassing is geweest op het aandelenbelang.

Met de bezitseis heeft de wetgever op een forfaitaire manier onderscheid gemaakt tussen deelnemen en beleggen. Bij deelnemen wordt de moedermaatschappij geacht een zekere betrokkenheid te hebben bij de dochtermaatschappij en is sprake van een zakelijk verband tussen beide vennootschappen. Bij beleggen wordt dit verband niet aanwezig geacht waardoor op beleggingen dezelfde behandeling als bij bijvoorbeeld beleggingen in onroerende zaken van toepassing moet zijn¹³⁴. De bezitseis is sinds 1 januari 2007 verworden tot een 'harde' eis omdat bij de invoering van de Wet werken aan winst per 1 januari 2007 de deelneming door gelijkstelling vanwege eenvoudsredenen is afgeschaft. Met de deelneming door gelijkstelling werd bereikt dat ook belangen van minder dan 5% onder de deelnemingsvrijstelling vielen indien dit in de lijn van de normale bedrijfsuitoefening van de moedermaatschap lag¹³⁵. Mijns inziens is afschaffing van de deelneming door gelijkstelling onjuist. Deze afschaffing past namelijk niet binnen het ne-bis-in-idembeginsel omdat dubbele belasting over belangen van minder dan 5% niet gerijmd kan worden met dit beginsel. Afschaffing is tevens in strijd met de verlengstukgedachte. Immers Door het onderscheid tussen deelnemen en beleggen op 5% te leggen zonder uitzondering, wordt miskent dat ook bij belangen van minder dan 5% sprake kan zijn van deelnemen en daarmee de dochtermaatschappij als voortzetting van de moedermaatschappij kan worden gezien¹³⁶.

Wat verder opvalt is dat de 5%-eis niet overeenkomt met het bezitsvereiste dat is opgenomen in MDR. Bij de vaststelling van de MDR was een bezitsvereiste van 25% opgenomen, welke goed aansloot bij het 25%-criterium uit het toenmalige art. 10 lid 2 OESO-MV. Tussen 2003 en 2009 is dit bezitsvereiste stapsgewijs verlaagd naar 10% met als motivering dat het noodzakelijk werd geacht de voordelen van de MDR breder beschikbaar te maken. In het OESO commentaar wordt over het 25%-criterium opgemerkt dat het bij dergelijke belangen in een

¹³³ In de zin van art. 10a lid 4 Wet Vpb.

¹³⁴ *Kamerstukken II* 1959/60, 6000, nr. 3, p. 13.

¹³⁵ J.A.G. van der Geld & A.W. Hofman 2017, par 3.6.1.

¹³⁶ Daarnaast zijn van der Geld & Hofman van mening dat de afschaffing van de regeling is gebaseerd op een zwak en feitelijk onjuist argument. Zie: J.A.G. van der Geld & A.W. Hofman 2017, par 3.6.1.

dochtermaatschappij redelijk (reasonable) is dat uitgekeerde dividenden lager belast worden om dubbele belasting te voorkomen en internationale investeringen te stimuleren¹³⁷.

In de literatuur is kritiek geuit op de 5%-eis aangezien hiervoor geen principiële rechtvaardigingsgronden zijn aangedragen. Onder andere van der Geld¹³⁸, Snel¹³⁹ en Martens¹⁴⁰ zijn voorstander van het in zijn geheel afschaffen van de 5%-eis. Ook van Dieren en van Lindonk¹⁴¹ stellen de 5%-eis ter discussie. Volgens de auteurs valt zonder empirisch onderzoek niet te zeggen of de 5%-eis een redelijke grens is. Naar mijn mening zijn zowel de bezitseis uit de deelnemingsvrijstelling, de bezitseis uit de MDR als het 25%-criterium uit het OESO-MV niet gebaseerd op overtuigende gronden. Gezien het ontbreken van een principiële rechtvaardigingsgrond voor de bezitseis van 5% en de argumenten voor een op het ne-bis-in-idembeginsel gebaseerde deelnemingsvrijstelling, zijn er goede redenen voor het afschaffen van de bezitseis. Mijns inziens is handhaving van de bezitseis van 5% echter verdedigbaar om op eenvoudige wijze onderscheid te maken tussen beleggen en deelnemen. Het is namelijk niet wenselijk dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op beleggingsinkomsten (zie par 3.5). Bovendien verwacht ik niet dat het afschaffen van de bezitseis politiek haalbaar is. Bij handhaving van de bezitseis dient naar mijn mening wel de deelneming door gelijkstelling heringevoerd te worden. Hiermee wordt bereikt dat in gevallen waarin geen 5%-belang wordt gehouden maar wel sprake is van deelnemen in plaats van beleggen de deelnemingsvrijstelling geldt.

3.4.4: De vrijgestelde voordelen

Indien aan de voorwaarden voor de deelnemingsvrijstelling is voldaan, blijven “voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming” bij de bepaling van de winst buiten aanmerking. Het begrip voordelen kan zowel positief als negatief zijn. Dit betekent dat zowel winsten als verliezen onder de deelnemingsvrijstelling vallen. De zinsnede uit hoofde van impliceert dat een moedermaatschappij het voordeel in de hoedanigheid van aandeelhouder moet genieten¹⁴². Dividenden en vermogenswinsten worden in ieder geval in de hoedanigheid van aandeelhouder genoten. Mijns inziens is het logisch dat vermogenswinsten, in tegenstelling tot in de MDR, onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Vermogenswinsten zijn namelijk onderdeel van de winst van de dochtermaatschappij aangezien de vermogenswinst bij de verkoop van aandelen bestaat uit ingehouden winsten en de te verwachten winst van de dochtermaatschappij in de toekomst. Naast dividenden en vermogensresultaten vallen ook onder andere earn-outregelingen (art. 13 lid 6 Vpb) en valutaresultaten onder het begrip voordelen. In art. 13 lid 17 is een uitzondering opgenomen. Deze uitzondering bepaalt dat voordelen niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen indien deze bij de dochtermaatschappij aftrekbaar zijn van de winst. De deelnemingsvrijstelling is in principe een brutovrijstelling. Dit betekent dat alle voordelen uit hoofde van een deelneming zijn vrijgesteld en alle kosten die betrekking hebben op een deelneming aftrekbaar zijn. Uitzondering op deze regel zijn de aan- en verkoopkosten die op grond van art. 13 lid 1 Vpb niet aftrekbaar zijn.

3.5: Deelnemingsvrijstelling versus deelnemingsverrekening

Kleine open economieën zoals Nederland zijn over het algemeen voorstander van het beginsel van kapitaalimportneutraliteit (vrijstellingsmethode). Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat Nederland al sinds jaar en dag sterk voorstander van dit beginsel is. Gewezen kan onder andere worden op de memorie van antwoord op de Wijzigingswet 1927 waar minister de Geer opmerkt dat de deelnemingsvrijstelling: “tot doel heeft te bevorderen, dat er niet tweemaal belasting wordt betaald over dezelfde winst en daarbij is het onverschillig of enkele belasting

¹³⁷ Paragraaf 10 OESO-commentaar op art. 10 OESO-MV.

¹³⁸ J.A.G. van der Geld, *WFR 2005/759*, par 3.

¹³⁹ F.P.J. Snel 2005, par 3.2.

¹⁴⁰ W.C.M. Martens, *MBB 2005/06-05*, par 2.

¹⁴¹ M.J. van Dieren & C.L. van Lindonk, *WFR 2006/457*, par 2.

¹⁴² J.L. van der Streek, cursus belastingrecht, Vennootschapsbelasting, onderdeel Vpb.2.4.4.c.a.

die betaald wordt, aan Nederland dan wel aan het buitenland ten goede komt”¹⁴³. Van der Geld stelt dat kapitaalexportneutraliteit(verrekeningsmethode) past bij op zichzelf gerichte landen omdat deze methode de eigen belastingheffing als uitgangspunt neemt¹⁴⁴. De vrijstellingsmethode past beter bij kleine open economieën zoals Nederland.

Ondanks de toenemende mobiliteit van kapitaal en het gebruik van belastingparadijzen sinds de invoering van de Wet Vpb heeft het kabinet, met een beroep op andere de belastingsoevereiniteit van andere landen, invoering van een verrekeningsstelsel geweigerd. Sinds de jaren 90 zijn echter meerdere stappen gezet om op passieve inkomsten een verrekeningsstelsel toe te passen. Uiteindelijk heeft dit ertoe geleid dat sinds 2007 een verrekeningsstelsel definitief is ingevoerd in de deelnemingsvrijstelling¹⁴⁵. Bij de invoering van het verrekeningsstelsel is beperkt gemotiveerd waarom een verrekeningsstelsel wenselijk werd geacht. Aangegeven is slechts dat het ongewenst is dat mobiel kapitaal dat is ondergebracht in een laagbelastende jurisdictie daar rendeert en vervolgens onder de deelnemingsvrijstelling wordt genoten¹⁴⁶. Tevens is aangegeven dat een verrekeningsstelsel noodzakelijk was voor de internationale aanvaardbaarheid van de deelnemingsvrijstelling¹⁴⁷.

Naast de summiere toelichting in de parlementaire geschiedenis is in de literatuur aandacht besteed aan de wenselijkheid van een verrekeningsstelsel. Volgens Snel ligt, met betrekking tot substance-arme vennootschappen die niet wezenlijk deelnemen aan het economische verkeer in hun vestigingsstaat en die bovendien slechts in die staat zijn gevestigd om de belastingdruk op passieve (beleggings)-activiteiten te verlagen, kapitaalexportneutraliteit voor de hand. Kapitaalimportneutraliteit heeft in dit soort gevallen namelijk een daling van de belastingopbrengst in andere landen tot gevolg. Deze daling leidt tot een afname van de overheidsuitgaven of moet worden gecompenseerd met een hogere belastingafdracht door andere belastingplichtigen¹⁴⁸. In de volgende paragrafen wordt besproken hoe Nederland via art. 13 lid 9-15 Vpb, art. 13a Vpb en art. 13ab Vpb probeert laagbelaste passieve inkomsten tijdig in de heffing te betrekken.

3.6: (niet-)Kwalificerende beleggingsdeelneming¹⁴⁹

De eerste maatregel betreft de regeling voor niet kwalificerende beleggingsdeelnemingen van art. 13 lid 9-15 Vpb. Indien sprake is van een niet kwalificerende beleggingsdeelneming zijn de voordelen uit hoofde van deze deelneming niet vrijgesteld, maar is de deelnemingsverrekening van toepassing. Tot 2010 werd aan de hand van de regeling voor de laagbelaste beleggingsdeelneming bepaalt of de deelnemingsvrijstelling of -verrekening van toepassing was. Toetsing vond plaats aan de hand van de onderworpenheidstoets of een bezittingentoets inclusief een toerekeningsbalans. Deze twee toetsen bleken in de praktijk echter lastig uitvoerbaar en gaven niet altijd voldoende zekerheid¹⁵⁰. Per 1 januari 2010 is de regeling daarom vervangen door de regeling voor niet kwalificerende beleggingsdeelnemingen.

3.6.1: Oogmerktoets

In deze nieuwe regeling is in aanvulling op de onderworpenheidstoets en de bezittingentoets in art. 13 lid 9 Vpb een subjectieve toets opgenomen in de vorm van een oogmerktoets. Deze oogmerktoets vormt de nieuwe hoofdregel en bepaalt dat de deelnemingsvrijstelling niet van

¹⁴³ Andere voorbeelden zijn: *Kamerstukken II* 1979/80, 15 975, nr. 1, p. 62, waarin de staatssecretaris opmerkt dat hij niets moet hebben van “een aanpak waarbij de toekenning van de deelnemingsvrijstelling afhankelijk is van de maat waarmee men nationaal andere landen meent te mogen “meten”.” Onder meer wordt aangevoerd dat Nederland het “reeds sinds 1890 aan andere landen overlaat om hun eigen belastingpercentages vast te stellen.”. Ook kan gewezen worden op *Kamerstukken II* 2009/10, 31 369, nr. 10, p. 28.

¹⁴⁴ J.A.G. van der Geld 1990, par 5.6.

¹⁴⁵ A.W. Hofman 2011, par 2.3.2.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 31 129, nr. 3, p. 15.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 15.

¹⁴⁸ F.P.J. Snel 2005, par 7.1.6 en A.W. Hofman 2011, par 2.3.2. Ik ben het met Snel en Hofman eens dat het in dit soort gevallen gewenst is om een verrekening toe te passen in plaats van een vrijstelling te verlenen.

¹⁴⁹ Zie bijlage 2 voor een stroomschema van de regeling voor (niet-)kwalificerende beleggingsdeelnemingen.

¹⁵⁰ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 15.

toepassing is op een als belegging gehouden deelneming. Van een beleggingsoogmerk kan worden gesproken indien de deelneming wordt aangehouden met het oog op het verkrijgen van een rendement dat bij normaal vermogensbeheer verwacht kan worden¹⁵¹. Tot 1 januari 2007 gold een met de oogmerktoets vergelijkbare niet-ter-beleggingseis. In afwijking van de toenmalige eis, kan bij de huidige oogmerktoets echter ook sprake zijn van een gemengd oogmerk. In een dergelijk geval moet worden gekeken of het zwaartepunt ligt bij de beleggings- of ondernemingsactiviteiten. Factoren die hierbij een rol kunnen spelen zijn onder andere de aard en omvang van de activiteiten van de moeder- en dochtermaatschappij, de (on)middellijke bezittingen van de dochtermaatschappij en de verhouding van de winsten uit de beleggings- en ondernemingsactiviteiten¹⁵².

Als toevoeging op de oogmerktoets zijn in art. 13 lid 10 Vpb twee ficties opgenomen die bepalen wanneer een deelneming per definitie als belegging wordt gehouden. Op grond van de eerste fictie is sprake van een beleggingsdeelneming als de bezittingen van de deelneming geconsolideerd gezien doorgaans voor meer dan 50% bestaan uit aandelenbelangen van minder dan 5%(art. 13 lid 10a Vpb). Met deze fictie wordt voorkomen dat door het tussenschuiven van een tussenhouder de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op belangen die zonder die tussenhouder niet onder de deelnemingsvrijstelling zouden vallen¹⁵³. Als gevolg van deze fictie kan zich echter de situatie voordoen dat een indirect belang van minder dan 5% wordt aangemerkt als belegging terwijl een direct belang in deze vennootschap onder de deelnemingsvrijstelling had gevallen door toepassing van de meetrekregeling(art. 13 lid 5 Vpb) of de aflopende deelneming(art. 13 lid 16 Vpb)¹⁵⁴. De situaties van een direct en indirect belang zijn gelijkwaardig aan elkaar en zouden daarom hetzelfde behandeld moeten worden. Mijns inziens moeten daarom de meetrekregeling en de aflopende deelneming van toepassing worden verklaard op deze fictie¹⁵⁵. De tweede fictie(art. 13 lid 10b Vpb) bepaalt dat niet aan de oogmerktoets is voldaan indien de deelneming voor meer dan 50% functioneert als groepsfinancier binnen een concern.

De oogmerktoets is ingevoerd als nieuwe hoofdregel. Aangezien het oogmerk minder snel zou veranderen dan de bezittingen wordt volgens de staatssecretaris in veel gevallen niet meer toegekomen aan de onderworpenheidstoets en bezittingentoets¹⁵⁶. Dit zou de regeling makkelijker toepasbaar maken. Ik ben het met onder andere van der Geld & Hofman¹⁵⁷ en de redactie Vakstudie-Nieuws¹⁵⁸ eens dat het maar de vraag is of de oogmerktoets ook daadwerkelijk makkelijker toe te passen is. Bij een gemengd oogmerk kan bijvoorbeeld discussie ontstaan of het zwaartepunt ligt bij beleggen of bij ondernemen. Tevens is het onduidelijk hoe de relevante factoren gewogen moeten worden.

Bovendien is het gezien het doel van de oogmerktoets vreemd dat in de fictie van art. 13 lid 10b Vpb in tegenstelling tot bij de bezittingentoets (zie par 3.6.3) geen uitzondering voor actieve financieringswerkzaamheden is opgenomen. Volgens de staatssecretaris zou met een dergelijke uitzondering de beoogde versoepeling van de deelnemingsvrijstelling niet of in mindere mate worden bereikt¹⁵⁹. Belastingplichtigen met actieve financieringswerkzaamheden dienen nu gebruik te maken van de bezittingentoets(art. 13 lid 11b Vpb) omdat daar wel een uitzondering voor actieve financieringswerkzaamheden is opgenomen. Naar mijn mening is het inconsistent om de oogmerktoets als hoofdregel in te voeren maar dat vennootschappen met actieve financieringswerkzaamheden gedwongen worden om via de in de uitvoering

¹⁵¹ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 3, p. 58.

¹⁵² A.W. Hofman 2011, par 2.4.1.

¹⁵³ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 3, p. 60.

¹⁵⁴ Zie bijvoorbeeld V-N 2009/46.6.

¹⁵⁵ Ook op de fictie van art. 13 lid 14 Vpb zouden naar mijn mening de meetrekregeling en de aflopende deelneming van overeenkomstige toepassing moeten worden verklaard. Deze fictie wordt behandeld in par 3.6.3.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 3, p. 61.

¹⁵⁷ J.A.G. van der Geld & A.W. Hofman 2017, par 9.5.

¹⁵⁸ Belastingpakket 2010; Memorie van Antwoord, V-N 2009/66.3.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 8, p. 31.

complexe en tijdrovende bezittingentoets aanspraak te maken op de deelnemingsvrijstelling. Dit strookt bovendien niet met het idee dat art.13 lid 9-15 Vpb eenvoudiger zou moeten worden met de invoering van de oogmerktoets als hoofdregel.

Daarnaast moet bij een gemengd oogmerk aan de hand van onder andere de bezittingen en activiteiten van de deelneming het zwaartepunt bepaald worden. Met het in aanmerking nemen van factoren als activiteiten en bezittingen van de deelneming is in feite een bezittingentoets onderdeel van de oogmerktoets. Aangezien in art. 13 lid 11b Vpb al een bezittingentoets is opgenomen op basis waarvan getoetst wordt of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, is het vanuit wetstechnisch oogpunt inconsistent dat in de oogmerktoets een bezittingentoets is geïncorporeerd¹⁶⁰. Gezien bovenstaande inconsequenties en discussiepunten is het dus maar de vraag of de regeling daadwerkelijk makkelijker toepasbaar wordt.

3.6.2: Onderworpenheidstoets¹⁶¹

Als op basis van de oogmerktoets sprake is van een beleggingsdeelneming kan de deelnemingsvrijstelling toch van toepassing zijn indien sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming. Hiervan kan ten eerste sprake zijn als de deelneming onderworpen is aan een reële heffing over de winst van ten minste 10% (art 13 lid 11a Vpb). Het idee achter deze toets is dat bij een heffing van ten minste 10% geen sprake is van het onderbrengen van mobiel kapitaal in een laagbelastende jurisdictie¹⁶².

Uitgangspunt bij de onderworpenheidstoets is het ‘reguliere’ tarief van de winstbelasting¹⁶³. Met het reguliere tarief wordt het statutaire tarief bedoeld waarbij geen rekening wordt gehouden met tariefopstapjes. Bedraagt het statutaire tarief ten minste 10% dan moet vervolgens getoetst worden of ook sprake is van effectief tarief van ten minste 10%. Hiervoor is vereist dat de buitenlandse grondslag wordt vergeleken met de Nederlandse grondslag. Onbelangrijke afwijkingen in de grondslag zoals verschillen in afschrijvingen en renteaftrekbepkeringen worden hierbij niet meegenomen. Bijzondere grondslaguithollingen zoals uitstel van belastingheffing tot het moment van uitkering¹⁶⁴, het ontbreken van renteaftrekbepkeringen en een tax holiday zijn wel relevant¹⁶⁵. Slechts de bijzondere stelselafwijkingen moeten uit de grondslag verwijderd worden. Een volledige herrekening waarbij alle stelselafwijkingen worden meegenomen is niet noodzakelijk¹⁶⁶ hetgeen de eenvoud en uitvoerbaarheid van de onderworpenheidstoets ten goede komt. Indien deze gedeeltelijke herrekening niet tot voldoende onderworpenheid leidt, dient een volledige herrekening te worden gemaakt waarbij alle relevante stelselafwijkingen meegenomen worden. Ook bij een regulier tarief van minder dan 10% is een volledige herrekening noodzakelijk.

Voor de vraag of sprake is van voldoende onderworpenheid moet worden gekeken naar de belastingdruk op het niveau van de deelneming. Eventueel geheven belasting bij kleindochters is niet relevant¹⁶⁷. De gedachte hierachter is dat winsten van kleindochters door de belastingplichtige genoten worden via de directe deelneming¹⁶⁸. Wel kan rekening worden gehouden met de belastingdruk bij een vaste inrichting van de deelneming. Dit kan

¹⁶⁰ Zie ook: A.W. Hofman 2011, par 3.2.1.

¹⁶¹ Zie bijlage 3 voor een stroomschema van de toepassing van de onderworpenheidstoets.

¹⁶² *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 3, p. 58.

¹⁶³ Overdrachtsbelastingen en bronbelastingen tellen niet mee omdat het moet gaan om een belasting naar de winst. Zie: *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 3, p. 61.

¹⁶⁴ Indien een belastingplichtige de winst echter jaarlijks uitkeert, kan ondanks uitstel van belastingheffing tot het moment van uitkering toch sprake zijn van een reële heffing.

¹⁶⁵ *Kamerstukken II 2009/10*, 32129, nr. 3, p. 62.

¹⁶⁶ *Kamerstukken II 2009/10*, 32129, nr. 3, p. 63.

¹⁶⁷ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 3, p. 61.

¹⁶⁸ In par 4.2.1 wordt besproken dat deze benadering tekort kan schieten omdat alleen rekening wordt gehouden met de jaarwinst en niet met latente belastingdruk. Daarnaast kan deze benadering ook in onder andere tussenhoudstersituaties onvoldoende uitwerken. Zie voor een toelichting A.W. Hofman 2011, par 4.5.2.

bijvoorbeeld van belang zijn indien een regeling ter voorkoming van dubbele belasting leidt tot onvoldoende heffing bij de deelneming zelf. In een dergelijk geval wordt de onderworpenheid van de vaste inrichting en deelneming samengenomen voor de vraag of de deelneming voldoet aan de onderworpenheidstoets¹⁶⁹.

Ten aanzien van de vraag of een deelneming voldoende onderworpen is, kan zich de situatie voordoen dat in de winst van die deelneming bijvoorbeeld dividenden of royalty's zijn begrepen waarover in het land van uitkering bronbelasting is ingehouden. Deze inkomsten zijn onderdeel van de winst van de deelneming waarover een reële heffing van ten minste 10% is vereist. Door verrekening van de bronbelasting wordt echter maar beperkt winstbelasting geheven over deze inkomsten¹⁷⁰. Aangezien de bronbelasting niet in aanmerking wordt genomen bij de vaststelling of bij de deelneming sprake is van een reële heffing doet zich een onevenwichtigheid voor. Over de dividenden en royalty's wordt bij de deelneming immers een reële heffing vereist hetgeen bemoeilijkt wordt door het niet in aanmerking nemen van de betaalde bronbelasting. Door uit te gaan van de geheven winstbelasting voor verrekening van de bronbelasting is beoogd deze onevenwichtigheid op te lossen¹⁷¹. Volgens Hofman is deze benadering echter complex in de uitvoering omdat een vergelijking noodzakelijk is tussen de Nederlandse voorkomingswijze en de voorkomingswijze in het land waar de deelneming gevestigd is. Bovendien leidt deze benadering niet altijd tot het gewenste resultaat¹⁷². Hofman stelt daarom voor om uit te gaan van de geheven winstbelasting bij de deelneming na voorkoming vermeerderd met de buitenlandse bronbelasting. Aangezien deze benadering ook wordt toegepast op vaste inrichtingen, is dit naar mijn mening een aan te bevelen aanpassing van de onderworpenheidstoets.

3.6.3: Bezittingentoets

De tweede optie om als kwalificerende beleggingsdeelneming aangemerkt te worden, is de bezittingentoets. Aan deze toets is voldaan indien de bezittingen van de deelneming doorgaans voor minder dan 50% middellijk of onmiddellijk bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen (art. 13 lid 11b Vpb). Van een belegging wordt gesproken indien een bezitting wordt aangehouden met het oog op het verkrijgen van een rendement dat bij normaal vermogensbeheer verwacht kan worden¹⁷³. In aanvulling hierop is in art. 13 lid 14 Vpb bepaald dat in ieder geval sprake is van een belegging bij een belang van minder dan 5% in een kapitaalvennootschap, fonds voor gemene rekening of een commanditaire vennootschap. Beleggingen worden als vrij aangemerkt indien deze niet redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor het uitoefenen van de materiële onderneming. Ook financierings- en terbeschikkingstellingswerkzaamheden kwalificeren als vrije beleggingen tenzij de werkzaamheden extern zijn gefinancierd of sprake is van actieve financierings- en terbeschikkingstellingswerkzaamheden¹⁷⁴ in de zin van art. 2a en 2b Uitvoeringsbesluit Vpb. Vrije beleggingen zijn laagbelast als zij niet onderworpen zijn aan een reële heffing van ten minste 10%. Deze toets is sterk vergelijkbaar met de onderworpenheidstoets van art. 13 lid 11a Vpb.

De bezittingentoets wordt getoetst aan de hand van een toerekeningsbalans. Als gevolg van de woorden middellijk en onmiddellijk moeten ook alle bezittingen van de onderliggende dochtermaatschappijen worden meegenomen. Door deze toerekening kan de bezittingentoets in het geval van veel onderliggende dochtermaatschappijen tijdsintensief en complex zijn in de uitvoering¹⁷⁵. Op de toerekeningsbalans dienen alle middellijke en onmiddellijke bezittingen

¹⁶⁹ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 64.

¹⁷⁰ A.W. Hofman, MBB 2008/07/08-02, par 2.

¹⁷¹ Indien de verrekening van bronbelasting naar Nederlandse maatstaven te soepel is, wordt de winstbelasting na de voorkoming vermeerderd met de ingehouden bronbelasting. Zie *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 572, H, p. 4.

¹⁷² Zie A.W. Hofman, 2011, par 4.5.5 en A.W. Hofman, MBB 2008/07/08-02, par 2.3.

¹⁷³ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 58.

¹⁷⁴ In tegenstelling tot bij de oogmerktoets waar geen uitzondering bestaat voor actieve financierings- en terbeschikkingstellingswerkzaamheden.

¹⁷⁵ F.J. Elswier, 2018, par 8.2.3.3.

op basis van een pro rata aggregatie opgenomen te worden¹⁷⁶. Dit betekent dat onderlinge vorderingen en schulden niet worden geëlimineerd. Dit kan tot gevolg hebben dat indien binnen concern wordt doorgeleend, dezelfde 'foute' vorderingen en schulden meerdere keren op de toerekeningsbalans worden opgenomen. Om dit soort dubbeltellingen van schulden als gevolg van het doorlenen binnen concern te voorkomen, is in een beleidsbesluit opgenomen dat deze dubbeltellingen mogen worden geëlimineerd¹⁷⁷.

In art. 13 lid 15 Vpb is een regeling opgenomen die beoogd te voorkomen dat de toerekeningsbalans wordt 'opgepompt' met hoogbelaste vorderingen. Het gaat hierbij om situaties waarbij een vordering binnen concern wordt doorgeleend tussen hoogbelaste entiteiten terwijl de oorspronkelijke verstrekker van de vordering een laagbelaste entiteit is. Aangezien de hoogbelaste vorderingen niet als laagbelaste vrije belegging kunnen worden aangemerkt, verschijnen zij als 'goede' bezittingen op de toerekeningsbalans. Om dit oppompen van de toerekeningsbalans te voorkomen, bepaalt art. 13 lid 15 Vpb dat de hoogbelaste vorderingen niet als bezittingen kwalificeren. Derhalve wordt alleen de oorspronkelijke laagbelaste vordering op de toerekeningsbalans opgenomen. Tot slot is de 'rotte appel'-benadering nog van belang. In de periode 2007 tot en met 2009 moesten voor de bezittingentoets alle bezittingen die toegerekend konden worden aan de deelneming op de toerekeningsbalans worden opgenomen. Omdat dit tijdsintensief en complex was in de uitvoering, bepaalt de rotte appel-benadering dat alle bezittingen van een lichaam als 'goede' bezittingen op de toerekeningsbalans mogen worden opgenomen indien de totale bezittingen van dit lichaam voor maximaal 30% bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen.

3.6.4: Gevolgen deelnemingsverrekening

Indien uit toepassing van art. 13 lid 9-15 blijkt dat sprake is van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming¹⁷⁸ kan op voordelen van deze deelneming de deelnemingsverrekening worden toegepast¹⁷⁹. Het systeem van de deelnemingsverrekening is vastgelegd in art. 13aa Vpb en 23c Vpb. Op basis van art. 13aa lid 1 Vpb worden alle voordelen die verkregen worden van een beleggingsdeelneming gebruteerd met de factor 100/95. Deze gebruteerde voordelen worden vervolgens tot de winst van de belastingplichtige gerekend en belast met het reguliere tarief van de Vennootschapsbelasting. Door de voordelen met de factor 100/95 te vermenigvuldigen wordt de buitenlandse belastingdruk forfaitair op 5% gesteld¹⁸⁰. Art. 23c lid 2 Vpb regelt vervolgens de verrekening van de door de deelneming betaalde winstbelasting over de voordelen met de te betalen Vennootschapsbelasting.

3.7: Herwaarderingsverplichting beleggingsdeelneming

Met de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen wordt bereikt dat passieve inkomsten die ondergebracht zijn in beleggingsvennootschappen in laagbelaste jurisdicties niet belastingvrij via de deelnemingsvrijstelling worden genoten. Hiermee kan echter niet voorkomen worden dat inkomsten worden opgepot in de laagbelaste deelneming met uitstel van belastingheffing over deze inkomsten tot gevolg. Dit uitstellen van belastingheffing wordt aangeduid als deferral¹⁸¹. Om deferral tegen te gaan is in art. 13a Vpb een regeling opgenomen die, indien aan drie cumulatieve eisen is voldaan, regelt dat het belang in een beleggingsdeelneming jaarlijks op de waarde in het economisch verkeer moet worden gewaardeerd.

Belangtoets

¹⁷⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 59, 60.

¹⁷⁷ Besluit 12 juli 2010, nr. DGB2010/2154M, Stcrt. nr. 11 223, par 1.11.2.3.

¹⁷⁸ De deelnemingsverrekening is ook van toepassing op voordelen die in aanmerking moeten worden genomen op basis van art. 13a Vpb.

¹⁷⁹ Op basis van art. 13aa lid 7 Vpb wordt geen verrekening gegeven indien de deelneming is vrijgesteld van een winstbelasting of is onderworpen aan een winstbelasting maar deze onderworpenheid niet resulteert in een daadwerkelijke heffing.

¹⁸⁰ A.W. Hofman 2011, par 6.2.2.

¹⁸¹ A.W. Hofman 2011, par 2.4.4.

Bij de invoering van art. 13a Vpb in 1990 was de herwaarderingsverplichting gericht op belangen in buitenlandse beleggingsmaatschappijen die vergelijkbaar zijn met de Nederlandse fiscale beleggingsinstelling. Destijds is gekozen voor een bezitseis van 25% welke aansloot bij het toenmalige regime voor beleggingsinstellingen¹⁸². Dit regime vereiste dat een belang van ten minste 25% in een beleggingsinstelling die aan de Amsterdamse beurs was genoteerd op de waarde in het economisch verkeer werd gewaardeerd. Bij de wijziging van art. 13a Vpb in 2007 naar de regeling zoals die nu geldt, is dit percentage niet aangepast. Net als bij de bezitseis van art. 13 lid 2 Vpb ontbreekt derhalve een gegronde onderbouwing waarom de 25%-grens gerechtvaardigd is. Bij de bepaling van het belang moet ook rekening worden gehouden met belangen gehouden door verbonden lichamen¹⁸³.

Onderworpenheidstoets en bezittingentoets

Voor wat betreft de onderworpenheidstoets en bezittingentoets wordt aangesloten bij de bepalingen zoals die gelden voor de regeling voor niet kwalificerende beleggingsdeelnemingen. Het enige verschil is dat voor de toepassing van art. 13a Vpb de bezittingen voor ten minste 90% uit laagbelaste vrije beleggingen moeten bestaan in plaats van 50%.

Gevolgen herwaarderingsverplichting

Zoals gezegd moet als aan de drie cumulatieve eisen is voldaan het belang in de beleggingsdeelneming op de waarde in het economisch verkeer worden gewaardeerd. Dit betekent dat ook waardeinstijgingen in de winst worden betrokken die betrekking hebben op de periode voordat de beleggingsdeelneming binnen het bereik van de herwaarderingsverplichting viel. Volgens van der Geld en Hofman is dit resultaat onredelijk. Zij pleiten voor een gecompartmenteerde toepassing van art. 13a Vpb waarbij slechts waardeinstijgingen in aanmerking worden genomen vanaf het moment dat het belang in de beleggingsdeelneming binnen het bereik van de herwaarderingsregeling valt¹⁸⁴. Het is mogelijk dat de rechter in dit soort gevallen compartimentering zal toepassen. Ten aanzien van compartimentering in de deelnemingsvrijstelling baseert de HR zich op de strekking van de deelnemingsvrijstelling:

‘De in art. 13 neergelegde vrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken. In een stelsel waarin de vrijstelling toepassing vindt voor, en tevens wordt beperkt tot, de voordelen die zijn ontstaan in het tijdvak waarin de vrijstelling heeft bestaan, komt deze strekking beter tot haar recht dan in het in het middel verdedigde stelsel, waarin de vrijstelling afhankelijk wordt gesteld van het bestaan van de deelnemingsverhouding op het tijdstip waarop een voordeel tot uitdrukking wordt gebracht’¹⁸⁵.

Verdedigd kan worden dat het niet binnen het doel van de herwaarderingsregeling past om de regeling ook toe te passen op waardeinstijgingen die betrekking hebben op de periode voordat werd voldaan aan de belangtoets, onderworpenheidstoets en bezittingentoets. De procentuele eisen waaraan voldaan moet worden, zijn immers met een reden opgenomen. Pas vanaf het moment dat aan deze eisen is voldaan, is het volgens de wetgever noodzakelijk dat een beleggingsdeelneming geherwaardeerd moet worden. In het kader van de rechtszekerheid zijn van der Geld en Hofman van mening dat het de voorkeur verdient om wettekst aan te passen en niet af te wachten of de rechter compartimentering zal toepassen¹⁸⁶.

Indien niet langer aan de voorwaarden van het eerste lid voldaan is, moet de verkrijgingsprijs van het belang in de beleggingsdeelneming op grond van art. 13a lid 2 Vpb worden gesteld op de waarde in het economisch verkeer. Indien de verkrijgingsprijs weer op de oorspronkelijke

¹⁸² F.J. Elswier & A.I. Harteveld, *WFR* 2019/25.

¹⁸³ In de zin van art. 10a lid 4 Vpb.

¹⁸⁴ J.A.G. van der Geld & A.W. Hofman, 2017, par 12.3.3.

¹⁸⁵ HR 19 juni 1991. nr. 26102, BNB 1991/268, R.O. 4.5.

¹⁸⁶ J.A.G. van der Geld & A.W. Hofman, 2017, par 12.3.3.

verkrijgingsprijs gewaardeerd zou mogen worden, zou als deze oorspronkelijke verkrijgingsprijs lager ligt dan de waarde in het economisch verkeer direct na het niet langer van toepassing zijn van de herwaarderingsverplichting een afwaarderingsverlies genomen kunnen worden¹⁸⁷. Om een dergelijke verliesneming tegen te gaan, is art. 13a lid 2 Vpb ingevoerd.

3.8: CFC-maatregel

Als gevolg van de ATAD-richtlijn heeft Nederland per 1 januari 2019 in art. 13ab Vpb een CFC-maatregel ingevoerd¹⁸⁸. Met de ATAD-richtlijn is beoogd aan te sluiten bij de uitkomsten van de actieplannen van het BEPS-rapport. De CFC-maatregel is opgenomen in de artikelen 7 en 8 van de ATAD-richtlijn en biedt lidstaten een keuze tussen twee modellen (model A en model B). Op basis van model A worden bepaalde soorten passieve niet uitgekeerde inkomsten van de CFC tot de winst van de moedermaatschappij gerekend. Onder deze passieve inkomsten vallen onder andere dividenden, royalty's en rente. Ingevolge model B worden passieve inkomsten slechts aan de moedermaatschappij toegerekend indien deze op grond van gelopen risico's en bepaalde sleutelfunctie toerekenbaar zijn aan de moedermaatschappij. Het kabinet is van mening dat Nederland model B al toepast omdat het arm's length-beginsel verankerd is in art. 8b Vpb. Bij de implementatie van de CFC-maatregel heeft het kabinet naar eigen zeggen besloten verder te gaan dan noodzakelijk door naast model B in art. 8b Vpb een op model A gebaseerde regeling op te nemen in art. 13ab Vpb. Deze laatste regeling is ingevoerd naast de al bestaande CFC-maatregel van art. 13a Vpb.

3.8.1: Implementatie model B

Model B uit de ATAD-richtlijn sluit in grote lijnen aan bij de transfer pricing guidelines (TP-richtlijnen) van de OESO. Volgens het kabinet past Nederland model B al toe omdat het arm's length-beginsel van art. 8b Vpb een open dynamische norm betreft die conform de TP-richtlijnen van de OESO wordt ingevuld¹⁸⁹. De juistheid van deze stellingname van het kabinet kan echter betwist worden. Waar bij de invoering van art. 8b Vpb nog is opgemerkt dat de TP-richtlijnen van de OESO direct doorwerken naar art. 8b Vpb is in de nota naar aanleiding van het verslag het volgende opgemerkt:

‘Voor de uitleg van het nieuwe artikel 8b zal naar verwachting de rechter dan ook mede acht slaan op hetgeen in OESO-verband rond deze problematiek is overeen gekomen. De vastleggingen in OESO-verband zijn in deze vergelijkbaar met opvattingen van gezaghebbende schrijvers en conclusies van advocaten-generaal bij de Hoge Raad. Op dit soort doorwerkingen is gedoeld in de Memorie van Toelichting’¹⁹⁰.

Van Egdom is daarom van mening dat de TP-richtlijnen niet direct doorwerken naar art. 8b Vpb¹⁹¹. Gelet op het bovenstaande is een directe doorwerking mijns inziens onzeker waardoor het onduidelijk is of art. 8b Vpb richtlijnconform kan worden uitgelegd.

Indien de TP-richtlijnen niet direct doorwerken, kan art. 8b Vpb alleen richtlijnconform worden uitgelegd als art. 8b los van de TP-richtlijnen richtlijnconform kan worden uitgelegd. Volgens Lohuis is art. 8b Vpb slechts de wettelijke verankering van het zakelijkheidsbeginsel dat op basis van het totaalwinstbegrip al werd toegepast¹⁹². Dit beginsel bepaalt dat in gelieerde

¹⁸⁷ Kamerstukken II 1989/90, 20 701, nr. 10, p. 7-8.

¹⁸⁸ Naast lichamen kunnen ook vaste inrichtingen als CFC kwalificeren. De toepassing van de CFC-maatregel op vaste inrichtingen is geregeld in de objectvrijstelling van art. 15e lid 11 en 12 Vpb. Op grond van art. 15e lid 11 Vpb vindt de objectvrijstelling geen toepassing op besmette voordelen die toerekenbaar zijn aan een vaste inrichting die als CFC kwalificeert. Aangezien voor de concrete toepassing van de CFC-maatregel voor vaste inrichtingen verwezen wordt naar art. 13ab Vpb wordt slechts ingegaan op VI-situaties voor zover de werking afwijkt van die van lichamen.

¹⁸⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 6-7

¹⁹⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5, p. 47-48.

¹⁹¹ J.T. van Egdom 2020, par 2.3.6.

¹⁹² H. Lohuis, NTFR 2018/2247.

verhoudingen onzakelijke dienstverleningsvergoedingen gecorrigeerd moeten worden naar zakelijke voorwaarden. Volgens Lohuis is deze correctie onvoldoende omdat onder model B een toerekening van inkomsten van de buitenlandse dochtermaatschappij wordt vereist, hetgeen zelden voorkomt in jurisprudentie¹⁹³. Daarnaast is sinds de invoering van art. 8b Vpb in 2002 slechts beperkt jurisprudentie geweest over de toepassing van art. 8b Vpb¹⁹⁴. Hoewel dit kan betekenen dat de belastingdienst en bedrijven samen vaak tot een compromis komen¹⁹⁵, kan het ook betekenen dat art. 8b slechts beperkt toegepast wordt om onzakelijke transacties te corrigeren. Gezien het voorgaande is het naar mijn mening maar de vraag of Nederland model B richtlijnconform heeft geïmplementeerd en of aan art. 8b een zodanige sterke werking kan worden toegeschreven als verondersteld wordt onder model B.

3.8.2: Implementatie model A in art. 13ab Vpb

3.8.2.1: Kwalificatie als CFC

Van een CFC is sprake indien een belastingplichtige – al dan niet tezamen met een verbonden lichaam – een direct of indirect belang houdt van meer dan 50% in het nominaal gestorte kapitaal, de statutaire stemrechten of de winst van een lichaam¹⁹⁶ (belangeis). Bij gebrek aan een definitie van het begrip lichaam in art. 13ab Vpb, lijkt het mij aannemelijk dat het begrip wordt ingevuld conform art 2 lid 1b AWR. Dit betekent dat ook transparante lichamen onder deze definitie vallen. Toepassing van de CFC-maatregel op direct gehouden transparante entiteiten is echter niet nodig aangezien inkomsten van dergelijke entiteiten vanwege de transparantie al aan Nederland worden toegewezen¹⁹⁷.

Aangezien CFC-maatregelen zien op gecontroleerde lichamen is het logisch dat wordt aangesloten bij een belang van meer dan 50% in het nominaal gestorte kapitaal, de stemrechten of de winstrechten¹⁹⁸. Is geen sprake van een gecontroleerd lichaam dan is het immers niet mogelijk om besmette inkomsten te verplaatsen binnen concern. De belangen van gelieerde lichamen worden echter niet, zoals bij bijvoorbeeld art. 13a Vpb, pro rata meegeteld maar tellen in het geheel mee bij de toetsing of een lichaam als CFC kwalificeert. Daarnaast is al bij een percentage van 25¹⁹⁹ sprake van een gelieerd lichaam. Dit in tegenstelling tot het gangbare 33%-criterium van art. 10a lid 4 Vpb. Het volledig meetellen van gelieerde belangen in combinatie met het verbondenheidscriterium heeft tot gevolg dat bij een economisch belang van 12.75%²⁰⁰ al sprake kan zijn van een gecontroleerd lichaam. De staatssecretaris heeft bevestigd dat bij minderheidsbelangen sprake kan zijn van een gecontroleerd lichaam. Omdat de CFC-maatregel als stopbord moet fungeren, past het volgens de staatssecretaris niet om soepeler te zijn dan de ATAD-richtlijn²⁰¹. Het feit dat de CFC-maatregel als stopbord moet dienen, rechtvaardigt echter niet dat de CFC-maatregel overkill bevat. Bij een belang van 12.75% kan namelijk niet gesteld worden dat sprake is van doorslaggevende zeggenschap in dat lichaam. Als gevolg daarvan is het niet mogelijk om op gekunstelde wijze besmette inkomsten te verplaatsen binnen concern. Omdat de CFC-maatregel ziet op het verplaatsen van besmette inkomsten binnen concern via gecontroleerde lichamen past het niet om de definitie van een gecontroleerd lichaam op te rekken tot situaties waarbij feitelijk geen sprake is van doorslaggevende zeggenschap.

¹⁹³ H. Lohuis, NTFR 2018/2247. Lohuis noemt bijvoorbeeld HR 17 augustus 1998, nr. 32.997, BNB 1998/385 en HR 6 oktober 2011, nr. 11/00762, BNB 2013/77.

¹⁹⁴ H. Vermeulen, Cursus belastingrecht, Vennootschapsbelasting, onderdeel Vpb 2.0.5.E.h2 en J.T. van Egdom 2020, par 2.3.6.

¹⁹⁵ H. Vermeulen, Cursus belastingrecht, Vennootschapsbelasting, onderdeel Vpb 2.0.5.E.h2.

¹⁹⁶ Indien deze belangen onderling van elkaar afwijken, geldt de hoogste van deze drie voor vaststelling of een lichaam als CFC kwalificeert.

¹⁹⁷ Q.W.J.C.H. Kok, Cursus belastingrecht, Vennootschapsbelasting, onderdeel Vpb 2.4.9.B.b2. Voor indirect gehouden transparante entiteiten kunnen er mogelijk wel gevolgen zijn. Zie M, Knops & V.T.P. van der Lans, MBB 2018/11-39, par 4.2.3.

¹⁹⁸ E. Swaving Dijkstra, NTFR 2018/11.

¹⁹⁹ Hierbij is aangesloten bij art. 2 lid 4 van de ATAD-Richtlijn 2016/1164 EU.

²⁰⁰ 25% x 51% = 12.75%. Zie E. Swaving Dijkstra, NTFR 2018/11 en A.C.P. Bobeldijk, NTFR 2019/15.

²⁰¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 38.

Ten aanzien van vaste inrichtingen is de CFC-maatregel enkel van toepassing op direct gehouden vaste inrichtingen. Indien een dochtervennootschap een vaste inrichting houdt die gevestigd is in een bij ministeriële regeling aangewezen staat (zie hierna) worden de besmette inkomsten van deze vaste inrichting dus niet tot de winst van Nederlands belastingplichtige gerekend. Dit houdt een risico op belastingontwijking in indien de staat waar de dochtervennootschap is gevestigd de inkomsten uit de vaste inrichting vrijstelt volgens de vrijstellingsmethode. Dit risico zal naar mijn mening echter beperkt zijn aangezien veel landen gebruik maken van switch-overbepalingen op grond waarvan voor passieve inkomsten een verrekeningsmethode wordt gehanteerd.

Indien een lichaam kwalificeert als gecontroleerd lichaam moet vervolgens worden gekeken of dat lichaam is gevestigd in een bij ministeriële regeling aangewezen staat (vestigingseis). Jurisdicties die opgenomen zijn in de EU-lijst van niet coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden en jurisdicties met een statutair tarief dat lager ligt dan 9% zijn opgenomen in deze ministeriële regeling. In verband met de eenvoud en uitvoerbaarheid wordt in tegenstelling tot bij de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen en de herwaarderingsregeling uitgegaan van het statutaire tarief en niet van het reële tarief. Hiermee wordt voorkomen dat de CFC-maatregel toegepast kan worden binnen de EU aangezien alle lidstaten een Vennootschapsbelastingtarief hanteren van minimaal 9%. Volgens de staatssecretaris vallen landen met preferentiële belastingregimes maar met een statutair tarief van minimaal 9% ook binnen het bereik van de CFC-maatregel²⁰² omdat deze landen op de EU-lijst van niet coöperatieve rechtsgebieden zijn opgenomen²⁰³. Behalve dat het de vraag is of op deze wijze alle preferentiële belastingregimes onder de CFC-maatregel vallen, kan ook door bijzondere grondslagafwijkingen²⁰⁴ sprake zijn van een reëel tarief dat lager ligt dan 9%. Vanwege de doeltreffendheid, doelmatigheid en rechtvaardigheid gaat mijn voorkeur daarom uit naar toetsing op basis van het effectieve tarief. Dit sluit ook beter aan bij de onderworpenheidstoetsen in art. 13 lid 11a Vpb en art. 13a Vpb. Bovendien is op basis van de ATAD-richtlijn een tarief van 50% van het reguliere Vpb-tarief vereist ($25\% \times 0.5 = 12.5\%$). Met de grens van 9% voldoet Nederland daarom niet aan de ATAD-richtlijn. Indien art. 8b Vpb niet een voldoende implementatie vormt van model B, heeft Nederland beide CFC-maatregelen onjuist geïmplementeerd en is aanpassing van art. 8b Vpb en/of art. 13ab Vpb geboden om te voldoen aan de ATAD-richtlijn.

Is een gecontroleerd lichaam ook als inwoner in een andere, niet laagbelastende jurisdictie, onderworpen aan een winstbelasting met een statutair tarief van ten minste 9% dan is niet voldaan aan de vestigingseis. Hiermee wordt voorkomen dat lichamen met een dubbele vestigingsplaats die voldoende onderworpen zijn in een van de twee vestigingsstaten als CFC kwalificeren²⁰⁵. Hierbij lijkt het mij wel noodzakelijk dat dit gecontroleerde lichaam voor zijn volledige winst onderworpen is in de niet laagbelastende jurisdictie.

3.8.2.2: Besmette voordelen

Als een lichaam voldoet aan de belang- en vestigingseis moeten op basis van art. 13 lid 1 Vpb bepaalde besmette voordelen van dit lichaam naar tijdsgelang en naar rato van het belang in de CFC tot de winst van de belastingplichtige worden gerekend. Naar rato van het belang houdt in dat bij een belang van 25% in een dochtermaatschappij waarbij die dochter een belang van 51% houdt in een CFC, de besmette voordelen voor $0.25 \times 0.51 = 12.75\%$ bij de belastingplichtige in aanmerking worden genomen²⁰⁶.

Onder de besmette voordelen vallen onder andere rente, royalty's, dividenden en financiële leasing. Op deze in aanmerking te nemen besmette voordelen mogen de daarmee verband

²⁰² *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 7-10.

²⁰³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 7-10.

²⁰⁴ Zie bijvoorbeeld de bijzondere grondslagafwijkingen die genoemd zijn in het kader van de onderworpenheidstoets in art. 13 lid 11a Vpb in *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 62.

²⁰⁵ M, Knops & V.T.P. van der Lans, MBB 2018/11-39, par 4.2.4.

²⁰⁶ En dus niet zoals bij de belangen waar de belangen bij elkaar worden opgeteld.

houdende kosten in mindering worden gebracht. Indien de aftrek van de kosten tot gevolg heeft dat het saldo aan besmette voordelen negatief is, wordt dit negatieve saldo verrekend met de positieve voordelen van de zes volgende jaren. Een negatief saldo leidt dus niet tot een aftrek bij de belastingplichtige. De besmette voordelen en de daarmee verband houdende kosten moeten naar Nederlandse maatstaven worden vastgesteld. Dit betekent dat onder andere rekening moet worden gehouden met de deelnemingsvrijstelling, het arm's length-beginsel van art. 8b Vpb en aftrekbeperkingen zoals de earningsstrippingmaatregel²⁰⁷. Ook valutaresultaten zijn onderdeel van de besmette voordelen omdat de winst van de CFC wordt vastgesteld conform de functionele valuta waarin de winst van die CFC in de staat van vestiging wordt berekend²⁰⁸.

Indien het zakelijkheidsbeginsel van model B een zodanige sterke werking heeft zoals bij de implementatie van model B is verondersteld, is het de vraag in hoeverre de CFC-maatregel materieel nog effect heeft. De CFC-maatregel kan namelijk pas worden toegepast nadat op basis van art. 8b Vpb is bepaald hoeveel inkomen aan de CFC kan worden toegerekend. Aangezien de CFC-maatregel ziet op deelnemingen die geen economische activiteit uitoefenen, zullen weinig tot geen sleutelfuncties aan de CFC kunnen worden toegerekend. Worden deze sleutelfuncties door de Nederlandse belastingplichtige uitgeoefend dan zal op basis van art. 8b Vpb het overgrote deel van de inkomsten van de CFC aan de Nederlands belastingplichtige moeten worden toegerekend. Er valt dan weinig tot niets meer toe te rekenen op basis van de CFC-maatregel. Indien de sleutelfuncties door een vennootschap in bijvoorbeeld de VS worden uitgeoefend, moeten de inkomsten van de CFC aan deze vennootschap in de VS worden toegerekend. Slechts een risicovrij rendement slaat dan neer bij de CFC²⁰⁹. Ook dan valt dus weinig tot geen inkomen toe te rekenen aan de Nederlands belastingplichtige²¹⁰. Gelet op hetgeen in paragraaf 3.8.1 is opgemerkt omtrent model B en art. 8b Vpb lijkt het mij niet waarschijnlijk dat art. 8b Vpb een zodanig sterke werking heeft dat art. 13ab Vpb materieel geen effect meer heeft. Het ligt mijns inziens meer voor de hand dat besmette voordelen op basis van art. 13ab Vpb worden toegerekend aan in Nederland gevestigde belastingplichtige. Mogelijk kan dit ook deels verklaren waarom het kabinet het noodzakelijk achtte om model A naast model B te implementeren.

Voorts worden besmette voordelen slechts in aanmerking genomen voor zover deze niet zijn uitgekeerd voor het einde van het boekjaar van de belastingplichtige. Gezien het doel van de CFC-maatregel – het voorkomen dat heffing over passieve inkomsten wordt uitgesteld – is het logisch dat slechts niet uitgekeerde besmette voordelen in aanmerking worden genomen. In dit kader is in de parlementaire geschiedenis de vraag aan de orde gekomen of aan de CFC-maatregel kan worden ontkomen door het tussenschuiven van een vennootschap in een lidstaat die niet binnen het bereik van de CFC-maatregel valt. De staatssecretaris heeft bevestigd dat, indien een CFC voor het einde van het boekjaar van de belastingplichtige de besmette inkomsten aan een tussengeschoven vennootschap uitkeert, de CFC-maatregel niet van toepassing is²¹¹. Volgens de staatssecretaris is een wetsaanpassing hieromtrent niet noodzakelijk omdat de CFC-maatregel een aanvulling vormt op art. 13 lid 9-15 Vpb en art. 13a Vpb²¹². Ik deel deze mening niet. Indien de belastingplichtige de deelnemingsvrijstelling kan toepassen op de tussengeschoven vennootschap blijft heffing over de besmette voordelen van

²⁰⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 41.

²⁰⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3, p.41.

²⁰⁹ Zie onder andere: H. Lohuis, NTFR 2018/2247, A.C.P. Bobeldijk, NTFR 2019/15, par 3.5.2, E. Swaving Dijkstra, NTFR 2018/11 en M. Knops & V.T.P. van der Lans, MBB 2018/11-39, par 6.1.5.

²¹⁰ Nederland corrigeert in dit laatste geval de winst van de CFC naar beneden tot een risicovrij rendement los van het feit of de winst die aan de in de VS gevestigde vennootschap moet worden toegerekend ook daadwerkelijk wordt belast bij die vennootschap. Wordt deze winst niet bij die vennootschap belast dan is de CFC-maatregel niet in staat om op effectieve wijze grondslaguitholling van de VS te voorkomen (foreign-to-foreign stripping). In dat geval wordt namelijk in de VS niet geheven en wordt aan de belastingplichtige in Nederland slechts een risicovrij rendement toegerekend. Zie J. Vleggeert, WFR 2019/190, par 3.3.

²¹¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 15

²¹² *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 15.

de CFC volledig achterwege. Ingeval de deelnemingsverrekening van toepassing is, kan heffing over de besmette voordelen van de CFC in ieder geval worden uitgesteld. Zowel het afstel als het uitstel van belasting is naar mijn mening in strijd met het doel van de CFC-maatregel en beperkt de doeltreffendheid van de CFC-maatregel.

Op grond van art. 13ab lid 3Vpb is een belang van 50% in het nominaal gestorte kapitaal, de statutaire stemrechten, of de winst van een vennootschap vereist. Als deze drie belangen onderling van elkaar afwijken is het niet duidelijk op basis van welke van deze drie belangen toerekening van de besmette voordelen moet plaatsvinden. Indien landen dit begrip op verschillende wijze invullen, kan dit leiden tot dubbele belasting²¹³ of dubbele non-belasting²¹⁴. In de literatuur wordt door onder andere de Groot en Knops & van der Lans betoogd dat aangesloten moet worden bij de gerechtigheid tot de winst van de CFC²¹⁵. Hoewel dit mij de meest logische optie lijkt, valt er ook wat te zeggen om aan te sluiten bij het belang op basis waarvan een lichaam als CFC is gekwalificeerd. Op die manier kan voorkomen worden dat winstgerechtigdheid tot een lichaam wordt ondergebracht in een staat waar soepelere CFC-wetgeving of geen CFC-wetgeving geldt. Gezien het risico op dubbele (non-)belasting is het naar mijn mening in ieder geval wenselijk dat tussen lidstaten wordt afgestemd van welke definitie van het begrip belang uitgegaan wordt.

3.8.2.3: Uitzonderingen

In de CFC-maatregel zijn een drietal uitzonderingen opgenomen die tot gevolg hebben dat een gecontroleerd lichaam niet als een CFC wordt aangemerkt. Op grond van de eerste uitzondering is geen sprake van een CFC indien de genoten voordelen van het gecontroleerde lichaam doorgaans hoofdzakelijk (70% of meer) bestaan uit andere dan besmette voordelen (art. 13ab lid 4a Vpb)²¹⁶. Bij deze uitzondering wordt uitgegaan van de netto voordelen. De term doorgaans is niet terug te vinden in de ATAD-richtlijn waardoor het de vraag is of de uitzondering in overeenstemming is met de ATAD-richtlijn. Ook in de parlementaire geschiedenis is de term niet nader toegelicht. Aangezien in art. 13 lid 11b Vpb ook de term doorgaans is opgenomen, lijkt het aannemelijk dat wordt aangesloten bij de invulling van deze term in art. 13 lid 11b Vpb. Op basis van art. 13ab lid 4b Vpb is geen sprake van een CFC indien het gecontroleerde lichaam een financiële instelling is wiens besmette voordelen doorgaans hoofdzakelijk afkomstig zijn van andere dan de belastingplichtige of met hem gelieerde lichamen.

Indien de CFC een wezenlijke economische activiteit uitoefent, worden de besmette voordelen niet toegerekend aan de belastingplichtige. Voor de invulling van het begrip wezenlijke economische activiteit gelden dezelfde substance-eisen als voor de inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting en de regeling voor buitenlandse belastingplicht (art. 17 lid 3b Vpb). Tot 1 januari 2020 golden deze substance-eisen als safe harbour. Als gevolg van de Deense antimisbruikzaken van het HvJ is de rol van de substance-eisen echter gewijzigd. Sinds 1 januari 2020 spelen de substance-eisen nog slechts een rol bij de bewijslastverdeling. Dat betekent dat als de inspecteur aannemelijk kan maken dat slechts aan de substance-eisen is voldaan met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om in aanmerking te komen voor deze uitzondering, geen sprake is van een wezenlijke economische activiteit.

3.8.2.4: Voorkoming dubbele belasting

²¹³ Waarvoor Nederland in een dergelijk geval geen voorkoming van dubbele belasting geeft.

²¹⁴ Stel vennootschap A gevestigd in lidstaat B houdt 80% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een CFC en is voor 20% gerechtigd tot de winst van een CFC. Vennootschap C gevestigd in lidstaat D houdt 20% van de aandelen en is voor 80% gerechtigd tot de winst van diezelfde CFC. Dubbele belasting kan zich dan voordoen indien lidstaat B voor de invulling van het begrip belang aansluit bij het belang in het nominaal gestorte kapitaal en lidstaat D aansluit bij de gerechtigheid tot de winst. In het geval dat lidstaat B echter aansluit bij de winstrechten en lidstaat D bij het belang in het nominaal gestorte kapitaal wordt te weinig belasting geheven.

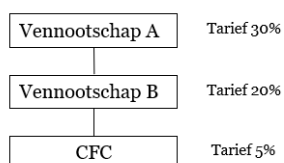
²¹⁵ I.M. de Groot, WFR 2019/13, par 3.3.3. en M. Knops & V.T.P. van der Lans, MBB 2018/11-39, par 4.1.2.

²¹⁶ Deze uitzondering komt sterk overeen met de 'rotte appelbenadering' opgenomen in art. 13 lid 11b Vpb.

Om dubbele belastingheffing als gevolg van samenloop van de CFC-maatregel met de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen en de herwaarderingsregeling te voorkomen zijn in art. 13 lid 19 Vpb en art. 13a lid 4 Vpb maatregelen opgenomen die samenloop voorkomen. Art. 13 lid 19 Vpb regelt dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op voordelen die rechtstreeks samenhangen met eerder op basis van de CFC-maatregel in aanmerking genomen voordelen. In art. 13a lid 4 Vpb is bepaald dat, indien zowel de CFC-maatregel als de herwaarderingsregeling van toepassing zijn, de CFC-maatregel voorrang heeft²¹⁷. Op basis van art. 23e Vpb kan betaalde winstbelasting door de CFC over de besmette voordelen verrekend worden met de in Nederland te betalen Vennootschapsbelasting. Met bovenstaande maatregelen ter voorkoming van dubbele belasting is invulling gegeven aan hetgeen is opgenomen in art. 8 lid 5-7 van de ATAD-richtlijn.

Naast bovenstaande vormen van dubbele belasting kunnen zich nog meer situaties voordoen waarin sprake is van dubbele belasting. Deze vormen van dubbele belasting worden niet voorkomen. Een eerste vorm van dubbele belasting die zich kan voordoen, is de situatie waarin landen een verschillende invulling geven aan het begrip belang zoals bedoeld in art. 13ab lid 1. Voor een toelichting op deze vorm van dubbele belasting wordt verwezen naar par 3.8.2.2. Voorts kan dubbele belasting optreden omdat zowel via directe als indirecte belangen sprake kan zijn van een CFC. Dit doet zich bijvoorbeeld voor in het geval van een Nederlandse tophoudster en een Nederlandse tussenhoudster met daaronder een als CFC kwalificerende dochtermaatschappij. Ook de situatie dat twee of meerdere staten ten aanzien van dezelfde CFC, CFC wetgeving toepassen, kan tot dubbele belasting leiden. De staatssecretaris is zich bewust van dit risico op dubbele belasting maar heeft aangegeven dat gezien de stopbordfunctie van de CFC-maatregel in deze situaties geen voorkoming van dubbele belasting wordt gegeven²¹⁸. Ook in de ATAD-richtlijn is hieromtrent geen voorkomingsregel opgenomen. Naar mijn mening is het onterecht dat een structuur waarbij zich meerdere schakels bevinden tussen de CFC en de uiteindelijke moedermaatschappij anders wordt behandeld dan de situatie waarbij de moedermaatschappij een direct belang houdt in de CFC. Vergelijkbare situaties worden hier onterecht verschillend behandeld.

Om deze vorm van dubbele belasting te voorkomen, adviseerde de OESO om een hiërarchieregel op te nemen waarbij voorrang wordt gegeven aan de CFC-wetgeving van het land waar de directe aandeelhouder van de CFC is gevestigd.



Op basis van de voorgestane hiërarchieregel van de OESO zou in het bovenstaande voorbeeld bij een winst van de CFC van 100, bij vennootschap B 15(20 – 5) en bij vennootschap A 10(30-15 - 5) worden bijgeheven²¹⁹. Mijns inziens is het aan te bevelen deze hiërarchieregel op te nemen in de CFC-maatregel.

Dubbele belastingen kan ook optreden indien besmette inkomsten die in een eerder jaar op grond van art. 13ab Vpb reeds in aanmerking zijn genomen, worden uitgekeerd door de CFC waarbij deze uitkering onderworpen is aan een bronbelasting²²⁰. De redactie V-N vraagt zich

²¹⁷ Knops en van der Lans merken op dat de verplichting om de deelneming op grond van art. 13a lid 1 Vpb op de waarde in het economisch verkeer te waarderen onder andere plaats kan vinden op basis van de discounted cash flow-methode. Door toepassing van deze methode kan een waardestijging op grond van art. 13a lid 1 Vpb een jaar eerder plaatsvinden dan uitkering van de besmette voordelen. In een dergelijk geval vindt art. 13a lid 4 Vpb geen toepassing en wordt dubbele belasting niet voorkomen. Zie uitgebreid: M. Knops & V.T.P van der Lans, MBB 2018/11-39, par 9.

²¹⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 14.

²¹⁹ OECD, Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report, Parijs: OECD Publishing 2015, Par 7.2.2.

²²⁰ OECD, Designing Effective CFC rules. Action 3: 2015 Final Report, Parijs: OECD Publishing 2015, par 7.2.3.

af of deze bronbelasting verrekenbaar is in Nederland²²¹. Omdat de deelnemingsvrijstelling op grond van art. 13 lid 19 Vpb van toepassing is op uitkeringen van besmette voordelen die reeds op grond van art. 13ab Vpb in aanmerking zijn genomen, is verrekening met Nederlandse Vennootschapsbelasting niet mogelijk. Omdat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, zijn de uitgekeerde dividenden immers niet in de winst begrepen²²². Omdat een bronbelasting niet kan worden aangemerkt als een belasting naar de winst²²³ lijkt verrekening op grond van art. 13ab lid 6 Vpb juncto art. 23e Vpb ook niet mogelijk te zijn.

3.9: Deelconclusie

In dit hoofdstuk is deelnemingsvrijstelling van art. 13 Vpb besproken. Als grondslagen voor de deelnemingsvrijstelling worden de verlengstukgedachte en het ne-bis-in-idembeginsel genoemd. Naar mijn mening is de verlengstukgedachte de leidende grondslag van de deelnemingsvrijstelling. Mijn voorkeur gaat echter uit naar het ne-bis-in-idembeginsel als dragende grondslag van de deelnemingsvrijstelling.

Indien sprake is van een kwalificerende moeder-dochterverhouding (5%) voorkomt de deelnemingsvrijstelling economisch dubbele belasting over winstuitkeringen en vermogensresultaten. De deelnemingsvrijstelling heeft een bredere toepassing dan de MDR aangezien de MDR pas van toepassing is bij een belang van 10% in een dochtermaatschappij. Aan beide percentages lijkt geen principiële rechtvaardiging ten grondslag te liggen waardoor niet duidelijk is of dit valide percentages zijn om als onderscheid tussen deelnemen en beleggen te dienen.

Vervolgens is besproken dat ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling wordt bestreden via de regeling voor niet kwalificerende beleggingsdeelnemingen (art. 13 lid 9-15 Vpb), de herwaarderingsverplichting (art. 13a Vpb) en de CFC-maatregel (art. 13ab Vpb). Deze maatregelen beogen dat resultaten van (laagbelaste) beleggingsdeelnemingen tijdig in de belastingheffing worden betrokken en dat deze resultaten via de deelnemingsverrekening in plaats van de deelnemingsvrijstelling worden genoten. Ten aanzien van de CFC-maatregel heeft Nederland model A onjuist geïmplementeerd omdat Nederland een minimumtarief van 9% hanteert waar dat op basis van de ATAD-richtlijn 12.5% had moeten zijn. Tevens kan betoogd worden dat Nederland ook model B niet correct heeft geïmplementeerd. In dat geval heeft Nederland de ATAD-richtlijn onjuist geïmplementeerd en is aanpassing van art. 8b Vpb en/of art. 13ab Vpb geboden.

²²¹ Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking. Voorgestelde wettekst met artikelsgewijze toelichting, V-N 2018/54.4.

²²² Om dezelfde reden is ook voorkoming op grond van het Besluit voorkoming dubbele belasting (BvdB) niet mogelijk. Ook daarvoor is vereist dat dividenden, rente, royalty's in de winst zijn begrepen.

²²³ In de parlementaire geschiedenis is niet geconcretiseerd wat als een winstbelasting kwalificeert. Wel is opgemerkt dat ten aanzien van art. 23e Vpb aangesloten wordt bij art. 23c Vpb. Voor toepassing van art. 23c Vpb is in de parlementaire geschiedenis verduidelijkt dat een bronbelasting niet als winstbelasting kwalificeert. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 61.

Hoofdstuk 4: Toetsing antimisbruikbepalingen in de deelnemingsvrijstelling

4.1: Inleiding

In het vorige hoofdstuk zijn de maatregelen behandeld die Nederland hanteert om laagbelaste passieve inkomsten tijdig in de Nederlandse heffing te betrekken. In dit hoofdstuk wordt ter beantwoording van het eerste deel van de probleemstelling getoetst in hoeverre de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen(art. 13 lid 9-15), de herwaarderingsverplichting(art. 13a Vpb) en de CFC-maatregel(art. 13ab Vpb) op adequate wijze zijn vormgegeven. De drie bepalingen worden getoetst aan de volgende toetsingscriteria uit het toetsingskader:

- Doeltreffendheid en doelmatigheid;
- Proportionaliteit;
- Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid;
- Internationaalrechtelijke verenigbaarheid; en
- EU-rechtelijke verenigbaarheid.
- Neutraliteitsbeginsel

De drie bepalingen worden afzonderlijk van elkaar beoordeeld. Toetsing van de samenhang tussen de drie bepalingen vindt plaats in par 4.4. In dit hoofdstuk wordt een antwoord geformuleerd op de volgende deelvraag:

- Voldoen de antimisbruikmaatregelen in de deelnemingsvrijstelling die zien op het tijdig in de heffing betrekken van voordelen uit hoofde van een (laagbelaste) deelneming aan de in het toetsingskader gestelde toetsingscriteria?

4.2: Niet-kwalificerende beleggingsdeelneming

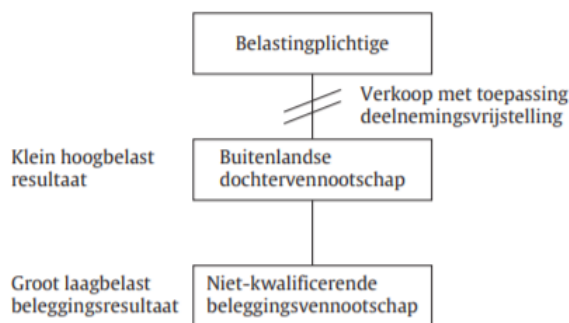
4.2.1: Doeltreffendheid en doelmatigheid

Een wettelijke bepaling is doeltreffend en doelmatig indien met de bepaling het door de wetgever beoogde doel wordt bereikt. Op basis van de oogmerktoets, onderworpenheidstoets en de bezittingentoets wordt beoordeeld of op inkomsten uit een deelneming de deelnemingsvrijstelling of de deelnemingsverrekening van toepassing is. Indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op een deelneming vallen alle inkomsten, inclusief inkomsten uit laagbelast mobiel kapitaal, onder de deelnemingsvrijstelling. Is de deelnemingsverrekening van toepassing dan is deze ook van toepassing op alle inkomsten van een deelneming. Door deze algemene kwalificatie van deelnemingen wordt de doelstelling(zie par 3.6) van de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen niet altijd bereikt. Ingeval de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, kan de regeling te soepel uitwerken. Is de deelnemingsverrekening van toepassing dan kan de regeling juist te streng uitwerken. Naar mijn mening wordt met deze algemene manier van kwalificeren de doeltreffendheid en doelmatigheid en uitvoerbaarheid van de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen sterk ingeperkt²²⁴.

Daarnaast is de onderworpenheidstoets niet altijd even nauwkeurig omdat de belastingdruk over de passieve inkomsten wordt bepaald op basis van de geheven belasting over alle inkomsten van de dochtervennootschap²²⁵. Ook schiet de onderworpenheidstoets in bepaalde gevallen tekort doordat geen rekening wordt gehouden met latente belastingdruk en betaalde winstbelasting bij kleindochtervennootschappen niet in aanmerking mag worden genomen. Dit heeft tot gevolg dat de onderworpenheidstoets enerzijds te strikt en anderzijds te soepel kan uitwerken. Een te soepele uitwerking kan geïllustreerd worden aan de hand van het volgende voorbeeld:

²²⁴ Hierbij moet worden opgemerkt dat de bezittingen/activiteiten die worden ondergebracht in deelnemingen zodanig vormgegeven kunnen worden dat toepassing van de deelnemingsverrekening op actieve inkomsten zoveel mogelijk wordt voorkomen. Dit kan de uitvoeringskosten voor belastingplichtigen vergroten. Deze extra kosten zijn het gevolg van het te grofmazige karakter van art. 13 lid 9-15 Vpb hetgeen ongewenst is.

²²⁵ Zie: A.W. Hofman 2011, par 4.3.4.



In dit voorbeeld houdt een belastingplichtige een belang in een hoogbelaste deelneming²²⁶. Deze hoogbelaste deelneming kan de deelnemingsvrijstelling toepassen op een belang in een kleindochter die als een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming kan worden aangemerkt. De deelneming maakt derhalve gebruik van een naar Nederlandse maatstaven te ruime deelnemingsvrijstelling. Indien de beleggingsdeelneming sterk in waarde stijgt als gevolg van de beleggingsactiviteiten maar deze waardeverhoging niet tot uiting komt in de winst van de deelneming²²⁷, hoeft de deelneming geen gebruik te maken van de te ruime deelnemingsvrijstelling. Omdat slechts de jaarwinst van belang is, kan de belastingplichtige in het desbetreffende jaar de deelnemingsvrijstelling toepassen op het belang in de deelneming²²⁸. Dit heeft tot gevolg dat de deelneming inclusief de waardeverhoging in de beleggingsdeelneming onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling verkocht kunnen worden²²⁹. Dit vrijgestelde resultaat is echter het gevolg van inkomsten die voortvloeien uit laagbelast mobiel kapitaal. Het met de deelnemingsverrekening beoogde doel wordt derhalve niet bereikt. Zowel de algemene kwalificatie van deelnemingen, het toepassen van de onderworpenheidstoets op basis van alle inkomsten van een deelneming als het niet rekening houden met latente belastingdruk beperken de doeltreffendheid en doelmatigheid van de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen. Voordeel van deze tekortkomingen is echter wel dat dit de regeling eenvoudiger toepasbaar maakt in de praktijk.

4.2.2: Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

Wetten moeten rechtszekerheid bieden. Het moet daarom voor belastingplichtigen duidelijk zijn wat het doel van een regeling is. Dit stelt hoge eisen aan de structuur, formulering en vormgeving van een wet. De belangrijkste reden voor aanpassing van de regeling voor niet kwalificerende beleggingsdeelnemingen per 1 januari 2010 was met name de complexiteit van de tot dan toe geldende onderworpenheidstoets en bezittingentoets. De per 1 januari 2010 ingevoerde oogmerktoets zou de regeling makkelijker toepasbaar moeten maken en zou meer zekerheid moeten bieden²³⁰. Doordat echter sprake kan zijn van een gemengd oogmerk, wordt afgedaan aan de beoogde verbetering van de eenvoud en rechtszekerheid. Als gevolg van een gemengd oogmerk kan de neiging ontstaan om terug te vallen op de onderworpenheidstoets en de bezittingentoets omdat deze vanwege de vereiste precisie meer zekerheid bieden over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Tevens is in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat het bestaan van meerdere toetsen ten koste kan gaan van het niveau en

²²⁶ Dit voorbeeld is afkomstig uit: A.W. Hofman, TFO 2012/121, par 3.3. Zie voor een voorbeeld waar de onderworpenheidstoets te strikt uitwerkt A.W. Hofman, 2011, par 4.4.

²²⁷ Bijvoorbeeld omdat geen dividend wordt uitgekeerd en het belang in de beleggingsdeelneming op basis van art. 13a Vpb niet op de waarde in het economisch verkeer hoeft te worden geherwaardeerd.

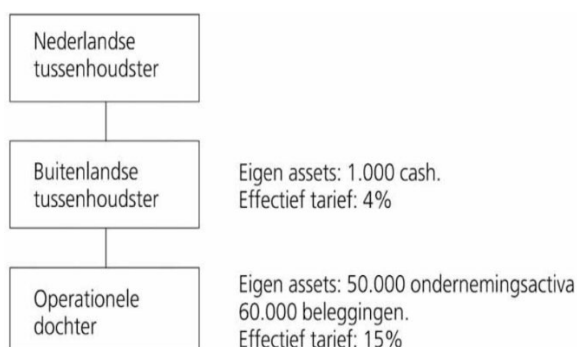
²²⁸ Het enige resultaat dat wordt genoten is immers een laag maar hoogbelast resultaat van de dochtervennootschap.

²²⁹ Zie: A.W. Hofman, TFO 2012/121, par 3.3

²³⁰ Naast de beoogde vereenvoudiging die zou moeten uitgaan van de oogmerktoets zijn ook de onderworpenheidstoets en de bezittingentoets vereenvoudigd. Zo heeft de introductie van de 'rotte appelbenadering' de bezittingentoets makkelijker toepasbaar gemaakt en hoeft voor de onderworpenheidstoets niet in alle situaties meer een volledige grondslagerrekening naar Nederlands recht te worden uitgevoerd. Ten aanzien van de bezittingentoets blijft deze zeker in situaties met veel kleindochtervennootschappen echter complex en tijdrovend in de uitvoering.

nauwkeurigheid van de toetsen omdat het idee bestaat dat teruggevallen kan worden op een van de andere toetsen²³¹.

Naast bovenstaande kunnen vraagtekens worden gezet bij de samenhang tussen de oogmerktoets, onderworpenheidstoets en de bezittingentoets. Ten eerste is het gezien de invoering van de oogmerktoets als hoofdregel vreemd dat lichamen met actieve financieringswerkzaamheden terug moeten vallen op de veel complexere bezittingentoets omdat daar in tegenstelling tot bij de oogmerktoets wel een uitzondering voor actieve financieringswerkzaamheden is opgenomen (zie par 3.6.1). Ten tweede lopen de drie toetsen door elkaar heen. Zo is in de oogmerktoets een bezittingentoets geïncorporeerd (zie par 3.6.1) en is, omdat de onderworpenheidstoets soms tekortschiet door het enkel in aanmerking nemen van betaalde winstbelasting bij de direct gehouden deelneming, in de bezittingentoets een onderworpenheidstoets opgenomen. Dit leidt tot onnodig complexe situaties. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het volgende voorbeeld²³²:



Voor de oogmerktoets kan onder andere gekeken worden naar de (on)middellijke bezittingen van de dochtermaatschappij. Gelet op de bezittingen van de kleindochter is sprake van een gemengd oogmerk. Aangezien het grootste gedeelte van de bezittingen bestaat uit beleggingen zal in dit voorbeeld uiteindelijk sprake zijn van een beleggingsoogmerk. Ook de onderworpenheidstoets kan niet worden toegepast omdat slechts de belastingdruk bij de dochtervennootschap van belang is. Teruggevallen moet dan worden op de bezittingentoets omdat bij de in die toets geïntegreerde onderworpenheidstoets wel rekening kan worden gehouden met de belastingdruk bij kleindochters²³³. Hoewel het uiteindelijke resultaat in dit voorbeeld is dat de deelnemingsvrijstelling kan worden toegepast, is de uitvoering complex doordat de toetsen onderling niet goed zijn afgestemd en op bepaalde punten tekortschieten. Aangezien het gaat om een hoogbelaste kleindochter zou aanstonds al duidelijk moeten zijn dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

4.2.3: Proportionaliteit

Om de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen eenvoudig te houden, kan het gerechtvaardigd zijn dat in bepaalde situaties een inbreuk wordt gemaakt op de effectiviteit van de regeling. Andersom kan het in kader van de effectiviteit acceptabel zijn om toetsen toe te passen die een grote mate van nauwkeurigheid, en daardoor tijdsintensief zijn, vereisen. Mijns inziens is bij de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelneming door bijvoorbeeld de algemene kwalificatie van deelnemingen sprake van toetsen die slechts tot een beperkte nauwkeurigheid leiden²³⁴. Tegenover deze beperkte nauwkeurigheid staat dat dit de praktische toepasbaarheid van de regeling ten goede komt. Deze eenvoudigere toepasbaarheid in de praktijk wordt echter beperkt doordat bijvoorbeeld sprake kan zijn van een gemengd

²³¹ Zie bijvoorbeeld: Kamerstukken II 2009/10, 32 128, nr. 20, p. 26.

²³² Dit voorbeeld is afkomstig uit: R.P.C.W.M. Brandsma & A.W. Hofman, WFR 2009/1393, par 2.2.2.

²³³ Zie art. 13 lid 11b waar wordt gesproken over de middellijk of onmiddellijke bezittingen van de dochtervennootschap.

²³⁴ Zie par 4.2.1.

oogmerk en bezittingentoets complex en tijdsintensief is in de uitvoering. Hierdoor voldoet art. 13 lid 9-15 slechts beperkt aan het proportionaliteitsvereiste.

4.2.4: Internationaal- en EU-rechtelijke verenigbaarheid

In het arrest X BV²³⁵ heeft het HvJ geoordeeld dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime op onderdelen in strijd is met het EU-recht. Volgens het HvJ dient een per element benadering toegepast te worden. Per voordeel dat samenhangt met het fiscale eenheidsregime moet getoetst worden of dat voordeel ook in grensoverschrijdende situaties moet worden verleend. In reactie op dit arrest heeft de staatssecretaris spoedreparatiemaatregelen ingevoerd waarin is opgenomen dat een aantal kwetsbare regelingen moet worden toegepast als ware er geen fiscale eenheid. Een van die regelingen betreft de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen. Voor de inwerkingtreding van de spoedreparatiemaatregelen was een dividenduitkering binnen een fiscale eenheid niet zichtbaar waardoor de deelnemingsverrekening per definitie niet van toepassing kon zijn. Na de spoedreparatiemaatregelen zijn deze dividenduitkeringen binnen fiscale eenheid wel zichtbaar waardoor de deelnemingsverrekening van toepassing zou kunnen zijn²³⁶. In veel gevallen zal echter de onderworpenheidstoets uitkomst bieden aangezien in Nederland gevestigde deelnemingen over het algemeen voldoende belast zullen zijn²³⁷.

Op grond van de Deense zaken moet de deelnemingsvrijstelling geweigerd worden in het geval van misbruik. Het is de vraag of met de oogmerktoets, onderworpenheidstoets en bezittingentoets in alle gevallen wordt bereikt dat de deelnemingsvrijstelling wordt geweigerd in misbruiksituaties. Ik ben het met Zuidhof en Vermeulen²³⁸ en Hennevelt²³⁹ eens dat niet altijd het geval is. Het eventuele frauduleuze oogmerk van het aanhouden van een tussengeschoven EU-vennootschap is namelijk niet van belang indien voldaan is aan de onderworpenheidstoets of bezittingentoets. Het enkele feit dat de EU-vennootschap is tussengeschoven om de deelnemingsvrijstelling te kunnen toepassen is dan niet relevant. De huidige toetsen zijn daarmee onder omstandigheden in strijd met het EU-recht.

4.2.5: Neutraliteitsbeginsel

Op basis van het neutraliteitsbeginsel moeten economisch gelijkwaardige situaties gelijk behandeld worden en dient dubbele (non-)belasting zoveel mogelijk voorkomen te worden. In dat kader is het van belang dat in de situatie waarin in de winst van een deelneming bijvoorbeeld dividenden zijn opgenomen waar bronbelasting op is ingehouden, dubbele belasting niet effectief wordt voorkomen²⁴⁰. Verder dienen de meetrekregeling(art. 13 lid 5 Vpb) en de aflopende deelneming(art. 13 lid 16 Vpb) van overeenkomstige toepassing te worden verklaard op de fictie van art. 13 lid 10 Vpb die bepaalt dat belangen van minder dan 5% als belegging worden aangemerkt²⁴¹. Tot slot bestaat de mogelijkheid om te structureren op bijvoorbeeld de 30%-grens van de ‘rotte appelbenadering’ in de bezitsei²⁴². Het is de vraag in hoeverre deelnemingen die voor 29% of 31% bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen materieel van elkaar verschillen. Hoewel dit verschil waarschijnlijk nihil is, kan het voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling van groot belang zijn. In de situatie waarin 29% van de bezittingen uit laagbelaste vrije beleggingen bestaan, kwalificeren namelijk alle beleggingen als goede bezittingen. Bestaan 31% van de bezittingen uit laagbelaste vrije beleggingen dan

²³⁵ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16, *BNB 2018/92*, (X BV).

²³⁶ Met de introductie van de spoedreparatiemaatregelen is de eventuele onverenigbaarheid met het EU-recht van art. 13 lid 9-15 Vpb op dit punt opgelost.

²³⁷ Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34 959, nr. 7, p. 36. Dit kan anders liggen voor belangen in fiscale beleggingsinstellingen.

²³⁸ H.R. Zuidhof & H. Vermeulen, *WFR 2020/225*, par 4.2.

²³⁹ M.T.M. Hennevelt, *MBB 2020/3*, par 4.3.

²⁴⁰ Zie hiervoor uitgebreid par 3.6.2.

²⁴¹ Zie par 3.6.1. Hetzelfde heeft mijns inziens te gelden voor de fictie van art. 13 lid 14 Vpb. Zie voor deze fictie par 3.6.3.

²⁴² Gedacht kan worden aan het overdragen van laagbelaste vrije beleggingen binnen concern. Hierbij kan wel de kanttkening worden geplaatst dat overdracht van vermogensbestanddelen zoals laagbelaste vrije beleggingen tot afrekening kunnen leiden bij de overdragende vennootschap.

moeten deze bezittingen voor 31% als ‘foute’ bezittingen op de toerekeningsbalans worden opgenomen. In het kader van de eenvoud is het hanteren van een dergelijke grens mijns inziens echter gerechtvaardigd.

4.3: Herwaarderingsverplichting beleggingsdeelneming²⁴³

4.3.1: Doeltreffendheid en doelmatigheid

Met de herwaarderingsregeling wordt beoogd uitstel van belastingheffing over laagbelaste beleggingsinkomsten te voorkomen (deferral). Ten aanzien van belangen van minimaal 25%²⁴⁴ in niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen waarvan de bezittingen voor 90% of meer bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen ontstaat daarmee een sluitend systeem. Op uitgekeerde winsten is op basis van art. 13 lid 9-15 Vpb de deelnemingsverrekening van toepassing en art. 13a Vpb voorkomt uitstel van belastingheffing over niet uitgekeerde winsten.

De 90%-eis is naar mijn mening echter te beperkt om recht te doen aan het doel van de herwaarderingsregel om deferral tegen te gaan. Indien een deelneming voor bijvoorbeeld 80% uit laagbelaste vrije beleggingen bestaat, is de herwaarderingsverplichting niet van toepassing. Heffing over deze vrije beleggingen kan dan worden uitgesteld tot het moment van uitkering van de beleggingswinsten. In een dergelijk geval zal over het algemeen geen sprake zijn van een wezenlijke economische activiteit hetgeen uitstel van belastingheffing zou kunnen rechtvaardigen. In dit soort situaties wordt deferral mijns inziens onvoldoende tegengegaan.

4.3.2: Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

Zoals in paragraaf 3.7 is opgemerkt sluiten de toetsen van de herwaarderingsregeling aan bij die van de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen. Los van de beperkingen van de oogmerktoets, onderworpenheidstoets en bezittingentoets komt dit de eenvoud en duidelijkheid ten goede. Bij de toetsing of de deelnemingsvrijstelling of de deelnemingsverrekening van toepassing is, kan ook direct getoetst worden of de herwaarderingsregeling van toepassing is. De extra administratieve lasten die samenhangen met de herwaarderingsregeling zijn daarom beperkt.

4.3.3: Proportionaliteit

In paragraaf 3.7 is besproken dat de herwaarderingsregeling ook van toepassing is op herwaarderingswinst die ziet op de periode voordat aan de eisen van de herwaarderingsregeling is voldaan. Indien in dit geval de rechter niet besluit tot compartimentering kan de herwaarderingsregeling daarmee verder gaan dan met het doel van de regeling wordt beoogd²⁴⁵.

4.3.4: Internationaal- en EU-rechtelijke verenigbaarheid

Hoewel de herwaarderingsverplichting op papier geen onderscheid maakt tussen binnen- en buitenlandse dochtermaatschappijen zullen, vanwege de naar Nederlandse maatstaven vereiste reële heffing, voornamelijk buitenlandse dochtermaatschappijen te maken krijgen met de herwaarderingsverplichting. De herwaarderingsverplichting kan in grensoverschrijdende situaties daarmee tot een liquiditeitsnadeel leiden²⁴⁶. Dit is een belemmering van het EU-recht. In het arrest Cadbury Schweppes oordeelde het HvJ dat CFC-wetgeving slechts

²⁴³ Aangezien de inhoudelijke toetsing van de oogmerktoets, onderworpenheidstoets en bezittingentoets overeenkomt met die van de regeling voor de niet-kwalificerende beleggingsdeelneming wordt in deze paragraaf toetsing van die eisen achterwege gelaten. Verwezen wordt naar paragraaf 4.3.

²⁴⁴ De belangtoets van 25% is voor CFC-begrippen laag. Over het algemeen wordt namelijk pas gesproken over beslissende invloed bij een belang van 50%. Slechts aandeelhouders met beslissende invloed hebben immers de mogelijkheid hebben om winstuitkeringen van deelnemingen uit te stellen. Voor de belangtoets moeten ook belangen van verbonden lichamen worden meegenomen. Tevens is de belangtoets niet beperkt tot belangen in het nominaal gestorte kapitaal. Daarmee wordt voorkomen dat op gemakkelijke wijze aan de belangtoets en daarmee de herwaarderingsregeling ontkomen kan worden. De herwaarderingsregeling heeft dus een ruim bereik. Echter ziet de herwaarderingsregeling slechts op directe belangen hetgeen de reikwijdte inperkt.

²⁴⁵ Zie uitgebreider paragraaf 3.7.

²⁴⁶ E. Swaving Dijkstra. *WFR 2015/872*, par 5.1.

gerechtvaardigd kan worden indien daarmee volstrekt kunstmatige constructies worden bestreden²⁴⁷. Aangezien de herwaarderingsverplichting niet op louter volstrekt kunstmatige constructies ziet, zijn onder andere van der Geld & Hofman van mening dat de herwaarderingsverplichting in strijd is met het EU-recht²⁴⁸.

Op basis van onder andere de Belgische zaak SGI²⁴⁹, waar Belgische transfer-pricingwetgeving die onzakelijke transacties met gelieerde buitenlandse maatschappijen corrigeerde naar zakelijke voorwaarden in het geding was, komt Swaving Dijkstra echter tot een andere conclusie. In dit arrest oordeelde het HvJ dat antimisbruikwetgeving die niet alleen ziet op volstrekt kunstmatige constructies gerechtvaardigd kan zijn vanwege de samenhang tussen het bestrijden van misbruik en de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid²⁵⁰. Vereist is wel dat een dergelijke antimisbruikmaatregel zich beperkt tot het onzakelijke deel van transacties²⁵¹. Volgens Swaving Dijkstra kunnen deze twee samenhangende rechtvaardigingsgronden ook op art. 13a Vpb worden toegepast omdat de enige reden voor het verplaatsen van beleggingen het behalen van een fiscaal voordeel is²⁵². Swaving Dijkstra is daarom van mening dat art. 13a Vpb eenzelfde doelstelling heeft als de transfer-pricingwetgeving in de zaak SGI, namelijk het toerekenen van inkomsten aan landen waar die inkomsten zonder fiscale motieven zouden zijn behaald²⁵³.

Mocht Swaving Dijkstra gelijk hebben dan moet vervolgens getoetst worden of art. 13a Vpb verder gaat dan noodzakelijk. In het arrest Deister & Juhler Holding oordeelde het HvJ dat niet volstaan kan worden met te breed opgezette criteria die, indien aan de voorwaarden is voldaan, automatisch leiden tot het vaststellen van misbruik zonder dat de Belastingdienst gehouden is ook maar enige vorm van bewijs aan te voeren²⁵⁴. In tegenstelling tot Swaving Dijkstra die van mening is dat de belangtoets, onderworpenheidstoets en bezittingentoets als tegenbewijsregeling fungeren²⁵⁵, ben ik daarom van mening dat art. 13a Vpb verder gaat dan noodzakelijk. Indien namelijk aan de drie eisen zijn voldaan, treedt art. 13a Vpb automatisch in werking zonder dat de Belastingdienst bewijs hoeft aan te voeren. Ook als de drie eisen wel als tegenbewijsregeling kunnen worden aangemerkt, is de herwaarderingsregeling naar mijn mening niet proportioneel omdat de regeling zich niet beperkt tot het herwaarderen van het belang voor zover dat ziet op laagbelaste vrije beleggingen (volgens Swaving Dijkstra het onzakelijke deel). Het gehele belang moet immers geherwaardeerd worden. Indien de bezittingen van een beleggingsdeelneming voor 9% bestaat uit beleggingsactiviteiten zou het SGI-arrest mijns inziens vereisen dat het belang slechts geherwaardeerd moet worden voor zover dat ziet op de laagbelaste vrije beleggingen (91% van de bezittingen) van die beleggingsdeelneming. In zowel de benadering van onder andere van der Geld & Hofman als die van Swaving Dijkstra is art. 13a Vpb naar mijn mening daarom in strijd met het EU-recht²⁵⁶.

4.3.5: Neutraliteitsbeginsel

Net als bij bijvoorbeeld de ‘rotte appelbenadering’ kan gestructureerd worden op de bezitseeis van 90%. Hoewel beleggingsdeelnemingen die voor 89% of 91% bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen materieel niet van elkaar zullen verschillen, is dit onderscheid van groot belang voor de toepassing van de herwaarderingsregeling. Bestaat een beleggingsdeelneming voor 89% uit laagbelaste vrije beleggingen dan kan heffing over inkomsten uit deze beleggingen worden uitgesteld. Bij een beleggingsdeelneming die voor 91% bestaat uit laagbelaste vrije

²⁴⁷ HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, *BNB 2007/54*, (Cadbury Schweppes).

²⁴⁸ Van der Geld en Hofman, 2017, par 15.4.2.4.

²⁴⁹ HvJ EU 21 januari 2010, C-311/08, *V-N 2010/13.21*, (SGI).

²⁵⁰ HvJ EU 21 januari 2010, C-311/08, *V-N 2010/13.21*, (SGI), R.O. 69.

²⁵¹ HvJ EU 21 januari 2010, C-311/08, *V-N 2010/13.21*, (SGI), R.O. 71-75.

²⁵² E. Swaving Dijkstra. *WFR 2015/872*, par 4.1.

²⁵³ E. Swaving Dijkstra. *WFR 2015/872*, par 4.1.

²⁵⁴ HvJ EU 20 december 2017, C-504/16, C-613/16, *BNB 2018/56*, (Deister & Juhler Holding), R.O. 62.

²⁵⁵ E. Swaving Dijkstra. *WFR 2015/872*, par 5.2.

²⁵⁶ In de Deense zaken spreekt het HvJ niet langer over volstrekt kunstmatige constructies maar nog slechts over kunstmatige constructies. Mogelijk heeft dit invloed op de toetsing van antimisbruikmaatregelen op het EU-recht.

beleggingen kan geen uitstel van heffing worden bereikt. Mijns inziens is een dergelijke grens echter te verdedigen in het kader van de eenvoud en duidelijkheid van de regeling.

4.4: CFC-maatregel

4.4.1: Doeltreffendheid en doelmatigheid

Net als met de herwaarderingsverplichting van art. 13a Vpb wordt met de CFC-maatregel beoogd uitstel van belastingheffing over passieve inkomsten die ondergebracht zijn in een CFC tegen te gaan. Meerdere malen is door de staatssecretaris aangegeven dat de CFC-maatregel als stopbord moet fungeren²⁵⁷. Aan toepassing van de CFC-maatregel kan echter relatief makkelijk ontkomen worden omdat de maatregel slechts ziet op niet uitgekeerde winsten. Dit heeft tot gevolg dat uitstel of zelfs afstel van belastingheffing over besmette inkomsten van een CFC kan worden bereikt als de CFC voor het einde van het boekjaar van de belastingplichtige de besmette inkomsten uitkeert aan een tussenhoudster²⁵⁸. Daarnaast hanteert Nederland een soepelere tariefgrens dan de ATAD-richtlijn voorschrijft waarbij Nederland bovendien uitgaat van het statutaire tarief in plaats van het effectieve tarief. Zoals in paragraaf 3.8.2.1 is besproken, gaat mijn voorkeur uit naar toetsing aan het effectieve tarief omdat dit doeltreffender en rechtvaardiger is. Bovendien is Nederland mogelijk verplicht de tariefgrens conform de ATAD-richtlijn in te vullen als art. 8b Vpb geen voldoende implementatie is van model B.

Verder is het de vraag in hoeverre de CFC-maatregel materieel effect heeft als gevolg van de implementatie van model B in art. 8b Vpb. Een dergelijk sterke werking van art. 8b Vpb waardoor de CFC-maatregel overbodig wordt, ligt naar mijn mening niet voor de hand maar hier kan ook anders over worden gedacht²⁵⁹. De onduidelijkheid hieromtrent komt de rechtszekerheid en duidelijkheid in ieder geval niet ten goede.

4.4.2: Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

In de literatuur²⁶⁰ wordt verdedigd dat de CFC-maatregel, de herwaarderingsverplichting en de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen op verschillende wijze hetzelfde doel nastreven. Het naast elkaar bestaan van deze bepalingen wordt ervaren als het stapelen van antimisbruikmaatregel op antimisbruikmaatregel hetgeen kan leiden tot complexe samenloop situaties en onoverzichtelijke wetgeving. De complexiteit als gevolg van het naast elkaar bestaan van de drie bepalingen kan bijvoorbeeld geïllustreerd worden aan de hand van art 13 lid 19 Vpb en art. 13a lid 4 Vpb. Deze bepalingen moeten dubbele belasting als gevolg van samenloop tussen de CFC-maatregel, herwaarderingsverplichting en regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen voorkomen. In het geval van samenloop tussen de CFC-maatregel en de herwaarderingsverplichting schiet art. 13 lid 4 Vpb onder omstandigheden echter tekort in het voorkomen van dubbele belasting²⁶¹. Zowel het feit dat deze samenloopbepalingen nodig zijn als het tekortschieten van deze samenloopbepalingen komt de eenvoud, doeltreffendheid, doelmatigheid en proportionaliteit niet ten goede.

Andere punten die de eenvoud en samenhang tussen de drie bepalingen negatief beïnvloeden zijn bijvoorbeeld het feit dat voor de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen en de herwaarderingsverplichting een effectief tarief van 10% is vereist terwijl bij de CFC-maatregel een statutair tarief van 9% voldoende is. Tevens verschilt de vaststelling wanneer sprake is van een verbonden lichaam. Voor de

²⁵⁷ Zie bijvoorbeeld par 3.8.2.1.

²⁵⁸ Voor een uitgebreide toelichting wordt verwezen naar par 3.8.2.2. Ten aanzien van vaste inrichtingen is de CFC-maatregel slechts van toepassing op direct gehouden vaste inrichtingen. Dit houdt een risico op belastingontwijking in. Dit risico is naar mijn mening echter beperkt waardoor dit geen invloed heeft op de doeltreffendheid van de CFC-maatregel. Zie par 3.8.2.1.

²⁵⁹ Zie par 3.8.2.2.

²⁶⁰ Onder andere: M.T.M. Hennevelt, *MBB 2020/3*, M. Juddu, *V-N 2018/56.0*, A.C.P. Bobeldijk, *NTFR 2019/15*, F.J. Elswier & A.I. Harteveld, *WFR 2019/25*, V.T.P. van der Lans & M. Verhoog, *FED 2016/111* en M. Knops & V.T.P. van der Lans, *MBB 2018/11-39*.

²⁶¹ Zie par 3.8.2.4.

herwaarderingsverplichting ligt dit percentage op 33% en bij de CFC-maatregel op 25%. Daarnaast verschilt de manier waarop belangen van verbonden lichamen worden meegeteld tussen de bepalingen. Ook de uitzonderingen voor actieve bezittingen/inkomsten komen niet overeen. In de bezittingentoetsen van art. 13 lid 9-15 Vpb en art. 13a Vpb is sprake van een kwalificerende beleggingsdeelneming indien de bezittingen voor 50% respectievelijk 10% of meer bestaan uit actieve bezittingen, waar in de CFC-maatregel een lichaam niet als CFC kwalificeert indien de inkomsten voor minimaal 30% bestaan uit actieve inkomsten.

4.4.3: Proportionaliteit

Zoals in paragraaf 3.8.2.4 en in paragraaf 4.4.5 hierna besproken wordt, worden een aantal vormen van dubbele belasting (bewust) niet voorkomen. Hierdoor gaat de CFC-maatregel verder dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken. Het prohibitieve karakter van de CFC-maatregel rechtvaardigt mijns inziens niet dat expliciet dubbele belasting wordt aanvaard. De CFC-maatregel is op dit punt naar mijn mening daarom niet proportioneel. Het accepteren van deze vormen van dubbele belasting gaat tevens ten koste van de doelmatigheid.

Daarnaast bevat de wijze waarop bepaald wordt of sprake is van een gecontroleerd belang overkill. Er kan namelijk bij een economisch belang van slechts 12.75% in een lichaam al sprake zijn van een CFC. Bij een dergelijk belang kan echter niet gesproken worden van doorslaggevende zeggenschap²⁶². De belangtoets bevat dus overkill hetgeen ten koste gaat van de doeltreffendheid en de proportionaliteit van de CFC-maatregel.

4.4.4: Internationaal- en EU-rechtelijke verenigbaarheid

Ten aanzien van belastingverdragen is de OESO van mening dat CFC-wetgeving in deelnemingsverhoudingen niet in strijd is met de goede verdragstrouw²⁶³. Nederland volgt deze lijn van de OESO. Voor wat betreft vaste inrichtingen kunnen volgens het kabinet belastingverdragen wel toepassing van CFC-wetgeving voorkomen indien die verdragen de vrijstellingsmethode voorschrijven. Nederland heeft met vijf landen die zijn opgenomen op de zwarte lijst een belastingverdrag gesloten. Dit zijn: Qatar, Bahrein, Koeweit, Saoedi-Arabië en de Verenigde Arabische Emiraten. In al deze belastingverdragen is een switch-overbepaling opgenomen waardoor door toepassing van de CFC-maatregel niet in strijd wordt gehandeld met de goede verdragstrouw.

In paragraaf 3.8.2.1 is opgemerkt dat de CFC-maatregel op dit moment niet toegepast kan worden in EU-situaties. Daardoor lijkt het waarschijnlijk dat de CFC-maatregel op dit moment niet getoetst kan worden aan de vrijheid van vestiging. Volgens de staatssecretaris kan de CFC-maatregel echter ook onder de vrijheid van kapitaalverkeer vallen omdat de CFC-maatregel van toepassing kan zijn op situaties waarin geen sprake is van doorslaggevende zeggenschap²⁶⁴. Onder andere De Groot heeft zich afgevraagd of de uitzondering voor wezenlijke economische activiteit mogelijk in strijd is met het EU-recht. Aangezien de uitzondering wereldwijd van toepassing is en de uitzondering als gevolg van de Deense zaken is aangepast (zie par 2.4.1), is de uitzondering naar mijn mening niet in strijd met het kapitaalverkeer. Zodoende kan worden gesteld dat de CFC-maatregel niet in strijd komt met de vrijheid van kapitaalverkeer. Het is echter de vraag of de CFC-maatregel in alle gevallen proportioneel is gezien de aanvaarding van meerdere vormen van dubbele belasting. Zoals in par 4.3.4 is besproken, oordeelde het HvJ in de SGI-zaak dat een fiscale correctiemaatregel alleen maar betrekking mag hebben op het niet zakelijke gedeelte (het misbruikgedeelte) van een transactie²⁶⁵. De correctie mag geen sanctie tot gevolg hebben. Om te bepalen of de aanvaarding van dubbele belasting niet proportioneel moet dus gekeken worden naar de situatie waarin geen sprake is van misbruik. De CFC-maatregel ziet op het op niet zakelijke wijze onderbrengen van passieve inkomsten in laagbelaste lichamen. In zakelijke

²⁶² Zie par 3.8.2.1

²⁶³ Zie bijvoorbeeld paragraaf 81 van het OESO-commentaar bij artikel 1 van het OESO-Modelverdrag.

²⁶⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 026, nr. 38, p. 6.

²⁶⁵ HvJ EU 21 januari 2010, C-311/08, *V-N 2010/13.21*, (SGI), R.O. 71-75.

omstandigheden zouden de passieve inkomsten direct genoten worden door de in Nederland belastingplichtige vennootschap²⁶⁶. Ervan uitgaande dat onder deze zakelijke omstandigheden geen sprake is van dubbele belasting kan de CFC-maatregel, gezien de aanvaarding van meerdere vormen van dubbele belasting, verder gaan dan noodzakelijk. In dat geval wordt namelijk meer ‘gecorrigeerd’²⁶⁷ dan hetgeen toegestaan is op basis van het arrest SGI. De CFC-maatregel voldoet daarom onder omstandigheden niet aan de proportionaliteitseis.

Tot slot is de CFC-maatregel niet conform de ATAD-richtlijn vormgegeven aangezien Nederland een te lage tariefgrens hanteert. Indien art. 8b Vpb geen correcte implementatie is van model B handelt Nederland in strijd met de ATAD-richtlijn. In dat geval heeft Nederland namelijk zowel model A als model B niet conform de ATAD-richtlijn vormgegeven en is aanpassing van art. 8b Vpb en/of art. 13ab Vpb geboden. Daarnaast kan betoogd worden dat ook het aanvaarden van meerdere vormen van dubbele belasting in strijd is met de ATAD-richtlijn. In overweging vijf van de preambule is namelijk opgenomen dat wanneer de toepassing van de maatregelen uit de ATAD-richtlijn dubbele belasting tot gevolg heeft, lidstaten deze dubbele belasting moeten voorkomen²⁶⁸. Artikel 3 ATAD-richtlijn biedt lidstaten echter de mogelijkheid om de maatregelen uit de richtlijn strenger te implementeren. Het aanvaarden van meerdere vormen van dubbele belasting kan naar mijn mening echter niet gerechtvaardigd worden op basis van artikel 3. In dat geval zou artikel 3 ATAD-richtlijn in strijd zijn met overweging vijf van de preambule hetgeen niet de bedoeling kan zijn. De maatregelen in de ATAD-richtlijn zijn namelijk de middelen waarmee het doel van de ATAD-richtlijn wordt nagestreefd. Het expliciet aanvaarden van meerdere vormen van dubbele belasting is dus in strijd met de ATAD-richtlijn.

4.4.5: Neutraliteitsbeginsel

Behalve dat het expliciet aanvaarden van de vier vormen²⁶⁹ van dubbele belasting in strijd is met zowel de ATAD-richtlijn als de verdragsvrijheden, is het ook niet in overeenstemming met het neutraliteitsbeginsel. Economisch gelijke situaties worden als gevolg van deze dubbele belasting namelijk ongelijk behandeld.

4.5: Deelconclusie

In dit hoofdstuk zijn de regeling niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen, de herwaarderingsverplichting en de CFC-maatregel getoetst aan de vijf criteria uit het toetsingskader. Ten aanzien van de regeling voor niet kwalificerende beleggingsdeelnemingen kan in algemene zin worden geconcludeerd dat de meeste gevallen die volgens de ratio onder de deelnemingsvrijstelling zouden moeten vallen ook daadwerkelijk onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Aan de doeltreffendheid en doelmatigheid wordt echter afgedaan door het grofmazige karakter van de regeling. Ook schieten de oogmerktoets, onderworpenheidstoets en bezittingentoets op punten tekort hetgeen ten koste gaat van de eenvoud en proportionaliteit²⁷⁰. EU-rechtelijk kan verdedigd worden dat de drie toetsen niet een voldoende invulling zijn van het misbruikbegrip zoals dat volgt uit de Deense zaken.

Wat betreft de herwaarderingsverplichting is de 90%-eis mijns inziens te laag om op doeltreffende wijze invulling te geven aan het doel van de regeling. Bovendien is de regeling EU-rechtelijk kwetsbaar onder meer vanwege het ontbreken van een tegenbewijsregeling. Ook de CFC-regeling is EU-rechtelijk mogelijk kwetsbaar omdat meerdere vormen van dubbele belasting expliciet aanvaard worden. Dit gaat ook ten koste van de neutraliteit van de CFC-maatregel. De onduidelijkheid omtrent de sterke werking van art. 8b Vpb en de verhouding

²⁶⁶ Vergelijk E. Swaving Dijkstra, WFR 2015/872, par 4.1 waar de auteur ten aanzien van art. 13a Vpb tot een vergelijkbare conclusie komt. Zie ook paragraaf 3.8.2.2.

²⁶⁷ De ‘overcorrectie’ zit hem dan in de (meervoudig) dubbele belasting ten opzichte van enkelvoudige belastingheffing bij het corrigeren naar zakelijke voorwaarden.

²⁶⁸ Par 5 preambule Richtlijn 2016/1164 EU.

²⁶⁹ Ik verwijs naar paragraaf 3.8.2.4 voor een toelichting op deze vier vormen van dubbele belasting.

²⁷⁰ Aangezien de oogmerktoets, onderworpenheidstoets en bezittingentoets ook van toepassing zijn op de herwaarderingsverplichting geldt voor de herwaarderingsverplichting hetzelfde.

van art. 8b Vpb tot art. 13ab Vpb doet bovendien afbreuk aan de duidelijkheid van de CFC-maatregel. Ook de matige onderlinge afstemming van de CFC-maatregel, de herwaarderingsverplichting en de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen gaat ten koste van de eenvoud en duidelijkheid van de drie regelingen.

Hoofdstuk 5: Alternatieven voor de huidige antimisbruikmaatregelen

5.1: Inleiding

In het vorige hoofdstuk zijn de regeling voor laagbelaste beleggingsdeelnemingen, de herwaarderingsregeling en de CFC-maatregel getoetst aan de toetsingscriteria uit het toetsingskader. Hieruit is gebleken dat de drie maatregelen niet in alle gevallen voldoen aan de toetsingscriteria. In dit hoofdstuk worden daarom alternatieven voor de drie maatregelen besproken en wordt gekeken of deze beter aansluiten bij de in het toetsingskader gestelde toetsingscriteria. De volgende deelvraag staat daarbij centraal:

Welke alternatieven bestaan er om ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling via (laagbelaste) deelnemingen te voorkomen en voldoen deze alternatieven aan de in het toetsingskader gestelde toetsingscriteria?

Ter beantwoording van deze deelvraag wordt eerst stilgestaan bij het GloBE-voorstel en het rapport belastingheffing multinationals. Vervolgens worden alternatieven besproken voor de regeling voor laagbelaste beleggingsdeelnemingen, de herwaarderingsregeling en de CFC-maatregel. Hierbij wordt mede rekening gehouden met de invloed van de GAAR, de Deense zaken en de implementatie van model B uit de ATAD-richtlijn in art. 8b Vpb.

5.2: Nationaal- en internationaalrechtelijke ontwikkelingen

5.2.1: Pijler 2(GloBE-voorstel)

Algemeen

In de strijd tegen ‘Base Erosion and Profit Shifting’(BEPS) door multinationals heeft de OESO in juli 2013 een actieplan bestaande uit 15 actiepunten geopenbaard. Ten aanzien van elk van deze actiepunten zijn in 2015 door de OESO definitieve rapporten gepresenteerd²⁷¹. Delen van deze actieplannen zijn inmiddels geïmplementeerd in nationale wetgeving via bijvoorbeeld de ATAD-richtlijn en het multilateraal instrument(MLI). Omdat volgens de OESO het risico op BEPS ook na implementatie van de BEPS-actiepunten nog steeds aanwezig is²⁷², is de OESO aan de slag gegaan met een vervolgproject dat voortbouwt op de originele actiepunten. Dit heeft geresulteerd in het BEPS 2.0 project dat bestaat uit twee pijlers. De eerste pijler ziet op de uitdagingen omtrent de digitale economie en is een voortzetting van actiepunt 1 van de originele BEPS-rapporten. Het primaire doel van Pijler 2(hierna GloBE-voorstel) is het aanpakken van nog bestaande BEPS-risico’s die tot op heden niet zijn opgelost. Daarnaast wordt met het GloBE-voorstel beoogd om belastingconcurrentie tussen landen en andere negatieve effecten als gevolg van ongecoördineerde unilaterale maatregelen tegen te gaan²⁷³.

De maatregelen

Het GloBE-voorstel bestaat uit twee hoofdmaatregelen en twee aanvullende maatregelen:

- Income Inclusion Rule(IIR). De IIR is de eerste hoofdmaatregel. In de in 2019 gepubliceerde plannen werd de IIR gepresenteerd als een wereldwijde minimumbelasting over winsten van multinationals. De bedoeling was dat over te laag belaste winsten van dochtervennootschappen of vaste inrichtingen van multinationals bij de uiteindelijke moedermaatschappij zou worden bijgeheven tot een internationaal te bepalen minimumtarief²⁷⁴. In de in oktober 2020 gepubliceerde blauwdruk van het GloBE-voorstel is echter een substance-uitzondering opgenomen die gebaseerd is op de loonkosten en kosten die verband houden met materiële vaste activa zoals afschrijvingen²⁷⁵. De gedachte achter deze substance-uitzondering is dat het GloBE-

²⁷¹ OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, Parijs: OECD Publishing 2013

²⁷² OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy –Public Consultation Document, 2019.

²⁷³ OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy –Public Consultation Document, 2019.

²⁷⁴ Over de hoogte van dit minimumtarief is tot op heden nog geen overeenstemming bereikt. Echter lijkt een tarief dat tussen de 10-15% ligt realistisch. Zie o.a. R.A. Bosman, *NTFR-B 2019/29* par 3.2.

²⁷⁵ OECD (2020), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, par 4.3.

voorstel vooral van toepassing moet zijn op inkomsten waarbij de kans op BEPS het grootst is²⁷⁶. Met het opnemen van de substance-uitzondering wordt afstand genomen van het originele idee van het GloBE-voorstel om een wereldwijde minimumbelasting in te voeren. Als gevolg van de substance-uitzondering gaat de IIR meer overeenkomen met al bestaande CFC-wetgeving hetgeen vragen oproept over de wenselijkheid van het GloBE-voorstel(zie hierna).

- Undertaxed Payments Rule(UTPR). De UTPR fungeert als tweede hoofdregel. Deze regel dient als een vangnet voor de IIR en treedt pas in werking als de IIR niet van toepassing is. Op basis van de UTPR moet de bronstaat aftrek van een betaling bij de betalende partij weigeren of een bronbelasting op deze betaling inhouden indien de betaling bij de ontvangende partij niet tegen het minimumtarief wordt belast²⁷⁷.
- Switch-over Rule. Teneinde deelnemingen en vaste inrichtingen gelijk te behandelen moet volgens het GloBE-voorstel in aanvulling op de IIR een Switch-over regel opgenomen worden in belastingverdragen. De switch-over regel voorziet erin dat verdragsstaten kunnen switchen van een in het verdrag opgenomen vrijstellingsmethode naar een verrekeningsmethode. De regel moet van toepassing zijn op te laag belaste inkomsten die toerekenbaar zijn aan vaste inrichtingen en onroerende zaken²⁷⁸.
- Subject to Tax Rule(STTR). De STTR is een aanvulling op de UTPR en betreft een onderworpenheidstoets die net als de switch-over regel moet worden opgenomen in belastingverdragen. Met deze onderworpenheidstoets wordt bereikt dat tariefsverlagingen van bronbelastingen op grond van een verdragsbepaling achterwege blijven als de betaling bij de ontvanger niet tegen het minimumtarief belast wordt²⁷⁹.

De maatregelen gelden voor multinationals met een geconsolideerde wereldwijde omzet van minimaal 750 miljoen euro en zijn van toepassing op alle entiteiten die opgenomen zijn in de geconsolideerde financiële jaarstukken van de multinationale groep²⁸⁰. Volgens de OESO heeft het aansluiten bij deze omzetgrens onder andere als voordeel dat 85% tot 90% van de multinationals buiten de reikwijdte van het GloBE-voorstel vallen hetgeen de administratieve lasten (voor kleinere multinationals) beperkt. Tegelijkertijd zijn de multinationals die wel aan de omzetgrens voldoen verantwoordelijk voor meer dan 90% van wereldwijde omzet die door multinationals behaald worden, waardoor met de grens van 750 miljoen euro volgens de OESO voldoende recht wordt gedaan aan de doelstellingen van het GloBE-voorstel²⁸¹.

Nadat bepaald is welke multinationals onder het GloBE-voorstel vallen, moet vervolgens vastgesteld worden of de winsten van multinationals die niet onder de substance-uitzondering vallen tegen ten minste het effectieve minimumtarief zijn belast. Uitgangspunt hiervoor zijn de financiële jaarrekeningen van de entiteiten waarbij deze jaarrekeningen moeten worden vastgesteld op basis van de accountingstandaard (zoals IFRS) die de uiteindelijke moedermaatschappij van de multinational hanteert²⁸². Voordeel van deze methode is dat voortgebouwd wordt op al bestaande internationale standaarden. De toetsing van het effectieve minimumtarief vindt per jurisdictie plaats. Deze jurisdictional approach houdt in dat de winsten van alle entiteiten in een jurisdictie bij elkaar worden opgeteld, waarna op het niveau van de jurisdictie bepaald wordt of deze winsten voldoende belast zijn²⁸³.

Indien blijkt dat de (passieve) winsten niet tegen het minimumtarief zijn belast, moet worden bijgeheven tot het minimumtarief. Voor het bijheffen wordt gebruik gemaakt van het top-down mechanisme. Dit houdt in dat de IIR zoveel mogelijk wordt toegepast in het land waar de

²⁷⁶ Bijvoorbeeld inkomsten die verband houden met immateriële vaste activa.

²⁷⁷ OECD (2020), chapter 7.

²⁷⁸ OECD (2020), chapter 6.

²⁷⁹ OECD (2020), Chapter 9.

²⁸⁰ OECD (2020), chapter 2.

²⁸¹ OECD (2020), chapter 2.

²⁸² OECD (2020), chapter 3.

²⁸³ OECD (2020), chapter 3.

uiteindelijke moedermaatschappij van de multinational is gevestigd²⁸⁴. Indien dit land de IIR niet heeft opgenomen in zijn wetgeving, moet het land waar de directe dochtermaatschappij van de uiteindelijke moedermaatschappij is gevestigd de IIR toepassen. Volgens de OESO is het voordeel van deze methode dat slechts een beperkt aantal landen de IIR zal toepassen hetgeen afstemming tussen landen makkelijker maakt en toepassing van de IIR eenvoudiger wordt²⁸⁵.

Kritiek

In de literatuur is kritiek geuit op het GloBE-voorstel²⁸⁶. Volgens Arnold heeft uitbreiding van CFC-wetgeving de voorkeur boven een wereldwijde minimumbelasting²⁸⁷. Zo wordt wetgeving dankzij het naast elkaar bestaan van GloBE-wetgeving en CFC-wetgeving onnodig complex. Aangezien het GloBE-voorstel sinds het opnemen van een substance-uitzondering sterk overeenkomt met CFC-wetgeving bestaan dan twee maatregelen naast elkaar die hetzelfde doel nastreven maar met verschillende voorwaarden en uitzonderingen. Tevens moeten regelingen worden getroffen die dubbele belasting als gevolg van overlap tussen GloBE-wetgeving en CFC-wetgeving voorkomen²⁸⁸. Daarnaast wordt volgens Arnold met het GloBE-voorstel niet op volledige wijze geprobeerd om BEPS tegen te gaan. Ten aanzien van het verschil tussen de statutaire winstbelastingtarieven van landen en het minimumbelastingtarief uit het GloBE-voorstel wordt BEPS zelfs gedoogd. Arnold is van mening dat er vanuit fiscaal beleidsoogpunt geen rechtvaardiging is om winsten van CFC's te belasten tegen een tarief dat lager ligt dan het geldende statutaire winstbelastingtarief van de vestigingsstaat van de multinational²⁸⁹.

In tegenstelling tot het GloBE-voorstel zijn landen wereldwijd bekend met CFC-wetgeving wat het invoeren en/of aanpassen van CFC-wetgeving makkelijker maakt dan nieuwe regelgeving gebaseerd op het GloBE-voorstel²⁹⁰. Bovendien is de verhouding tussen CFC-wetgeving en belastingverdragen duidelijk. Tot slot is Arnold van mening dat het uitbreiden van CFC-regels tot alle inkomsten de UTPR overbodig maakt omdat alle aftrekbare betalingen aan CFC's onderdeel uitmaken van de grondslag waar CFC-regels op van toepassing zijn. Er bestaat dan geen reden meer om de belastinggrondslag van hoogbelaste entiteiten te eroderen via aftrekbare betalingen aan laagbelaste CFC's aangezien deze inkomsten op basis van CFC-wetgeving tot de grondslag van de hoogbelaste entiteit worden gerekend²⁹¹.

Naar mijn mening verdient het de voorkeur om bestaande CFC-wetgeving aan te passen in plaats van nieuwe GloBE-wetgeving in te voeren. Omdat het GloBE-voorstel met de substance-uitzondering sterk overeenkomt met CFC-wetgeving ligt het mijns inziens voor de hand om de doelen van het GloBE-voorstel te realiseren via het aanpassen van al bestaande (CFC-wetgeving). Zoals Arnold opmerkt, zijn landen bekend met CFC-wetgeving en is het aanpassen daarvan makkelijker dan het invoeren van nieuwe wetgeving. Daarnaast is vervanging van CFC-wetgeving door GloBE-wetgeving mijns inziens niet haalbaar omdat landen die op basis van hun CFC-wetgeving bijheffen tot hun statutaire winstbelastingtarief niet bereid zullen zijn om slechts bij te heffen tot het wereldwijde minimumtarief²⁹². Ook de uitsluiting van multinationals die niet voldoen aan de omzetgrens van 750 miljoen euro maakt vervanging van CFC-wetgeving door GloBE-wetgeving niet realistisch. Tevens is het onderscheid maken tussen multinationals die wel en niet aan de omzetgrens voldoen naar mijn mening in strijd met het neutraliteitsbeginsel omdat kleinere multinationals die gebruik maken van belastingontwijkende structuren niet geraakt worden door het GloBE-voorstel en grote

²⁸⁴ OECD (2020), chapter 6.

²⁸⁵ OECD (2020), chapter 6.

²⁸⁶ Zie bijvoorbeeld: D. W. Blum, *Intertax* 2019, volume 47, issue 5, M.P. Devereux, Oxford University Centre for Business Taxation, January 2020 and A. P. Dourado, *Intertax* 2020, volume 48, issue 2.

²⁸⁷ B. J. Arnold, *Bull. Intl. Taxn.* 2019, volume 73, No 12, par 6.

²⁸⁸ B. J. Arnold, *Bull. Intl. Taxn.* 2019, volume 73, No 12, par 6.

²⁸⁹ B. J. Arnold, *Bull. Intl. Taxn.* 2019, volume 73, No 12, par 6.

²⁹⁰ B. J. Arnold, *Bull. Intl. Taxn.* 2019, volume 73, No 12, par 6.

²⁹¹ B. J. Arnold, *Bull. Intl. Taxn.* 2019, volume 73, No 12, par 6.

²⁹² J. Hey, *Intertax* 2021, volume 49, issue 1, par 6.

multinationals wel²⁹³. Aangezien het GloBE-voorstel sinds het opnemen van een substance-uitzondering sterk overeenkomt met CFC-wetgeving en CFC-wetgeving niet beperkt is tot multinationals met een bepaalde omzetgrens is er mijns inziens geen reden om onderscheid te maken tussen multinationals die wel en niet aan de omzetgrens voldoen. Met Hey²⁹⁴ ben ik het eens dat het daarom verstandiger is om regels zoals de jurisdictional approach, het vaststellen van de ETR op basis van internationale accountingregels en het wereldwijde minimumtarief²⁹⁵ in te passen in bestaande CFC-wetgeving.

5.2.2: Rapport belastingheffing multinationals

Naar aanleiding van discussie in de media en politiek over het feit dat enkele Nederlandse multinationals geen Vennootschapsbelasting zouden betalen en de daaruit voortvloeiende hoorzitting in de Tweede Kamer op 29 mei 2019, is een onderzoekscommissie(hierna de Commissie) ingesteld. Deze Commissie kreeg als opdracht om maatregelen te onderzoeken *die leiden tot grondslagverbreding van de vennootschapsbelasting, waarbij tegelijkertijd oog wordt gehouden voor het behoud van hoofdkantooractiviteiten in Nederland*²⁹⁶. Bijna één jaar later heeft de Commissie op 15 april 2020 het rapport gepresenteerd.

Onderdeel van de taakopdracht van de Commissie was de vraag hoe multinationals eerlijker belasting kunnen betalen. Om deze vraag te beantwoorden, heeft de Commissie onderzocht of multinationals minder belasting betalen dan binnenlandse bedrijven. De Commissie had echter beperkt toegang tot relevante informatie en data²⁹⁷ waardoor niet bepaald kon worden of multinationals evenveel belasting betalen als binnenlandse bedrijven²⁹⁸. Voordat de Commissie toekomt aan de aanbevelingen om een meer evenwichtige belastingheffing van multinationals te realiseren, heeft de Commissie de knelpunten in de Vennootschapsbelasting geanalyseerd. Hieruit komt onder meer de mogelijkheid voor multinationals om winsten te verschuiven naar laagbelastende landen zonder substantiële wijziging in de investeringsstructuur naar voren. Ook stelt de Commissie vast dat belastingheffing over winsten af kunnen wijken van de totale geconsolideerde winst van de multinational hetgeen dubbele (non-)belasting tot gevolg kan hebben²⁹⁹.

Aanbevelingen^{300 301}

Volgens de Commissie kunnen de gesignaleerde knelpunten het best via internationale samenwerking worden opgelost. In het kader van deze internationale samenwerking is de Commissie van mening dat Nederland internationaal voorop moet lopen bij het maken van afspraken op het gebied van winstbelastingen. Daarnaast zou Nederland volgens de Commissie gezien de beperkte democratische legitimiteit van de OESO binnen de EU moeten streven naar onder andere een minimumtarief en een vorm van grondslagconsolidatie³⁰². In aanvulling op het inzetten op internationale samenwerking heeft de Commissie tevens enkele nationale beleidsopties onderzocht. Specifiek betrekking hebbende op de deelnemingsvrijstelling en de CFC-maatregel adviseert de Commissie de CFC maatregel op de volgende punten aan te passen

²⁹³ A.P. Dourado, Intertax 2020, Volume 48, Issue 2, par 4.

²⁹⁴ J. Hey, Intertax 2021, volume 49, issue 1, par 7.

²⁹⁵ Waarbij landen vrij zijn een hoger tarief dan dit minimumtarief te hanteren.

²⁹⁶ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 9 september 2019 (Stcrt. 2019, 50781).

²⁹⁷ Rapport adviescommissie belastingheffing multinationals, p. 48.

²⁹⁸ J. Vleggeert, WFR 2020/110, par 2.

²⁹⁹ Rapport adviescommissie belastingheffing multinationals, hoofdstuk 6.

³⁰⁰ De vraag in hoeverre de aanpassingen wenselijk zijn, wordt in paragraaf 5.3 beoordeeld.

³⁰¹ Over de hieronder te bespreken aanbevelingen bestond binnen de Commissie overeenstemming. In het rapport wordt daarnaast de optie gegeven om de CFC-maatregel ook toe te passen op actieve inkomsten, eventueel in combinatie met het niet langer bijheffen tot het statutaire tarief maar tot een lager minimumtarief. Deze optie komt overeen met het originele plan van het GloBE-voorstel. Over deze optie bestond binnen de Commissie echter geen overeenstemming.

³⁰² Rapport adviescommissie belastingheffing multinationals, p 81.

indien eind 2020 internationaal geen internationale overeenstemming is bereikt over het instellen van een minimumtarief³⁰³:

- Zoals in paragraaf 3.7.2.2 is besproken, kan toepassing van de CFC-maatregel voorkomen worden door voor het einde van het boekjaar de besmette voordelen uit te keren. Om dit tegen te gaan stelt de Commissie voor de CFC-maatregel ook toe te passen op uitgekeerde winsten³⁰⁴.
- De Commissie constateert dat het feit dat de besmette voordelen naar Nederlandse maatstaven worden bepaald, de reikwijdte van art. 13ab Vpb inperkt. Aangezien de CFC-maatregel ziet op deelnemingen die geen economische activiteit uitoefenen, zullen namelijk weinig tot geen sleutelfuncties aan de CFC kunnen worden toegerekend. Hierdoor zal (mede door de implementatie van model B in art. 8b Vpb) volgens de Commissie geen winst aan de CFC worden toegewezen hetgeen heffing op basis van art. 13ab Vpb niet mogelijk maakt. De Commissie adviseert daarom aan te sluiten bij de commercieel gerapporteerde winst in het land waar de CFC is gevestigd. Dit heeft tot gevolg dat Nederland geen neer- of opwaartse correctie op basis van het arm's length-beginsel toepast³⁰⁵.
- Uit de bijlage bij het rapport van de Commissie waarin belastingstelsels van vijftien landen met elkaar zijn vergeleken, blijkt dat Nederland het enige land is dat geen effectieve tarieftoets hanteert. In het kader van de effectiviteit adviseert de Commissie³⁰⁶ om over te stappen naar een effectieve tarieftoets³⁰⁷.
- Indien eind 2020 internationaal geen overeenstemming is bereikt over een minimumtarief stelt de Commissie voor om de uitzondering voor wezenlijke economische activiteiten te schrappen. Hierdoor is de CFC-maatregel van toepassing op alle passieve inkomsten van een CFC. Volgens de Commissie kan dit gepaard gaan met een versoepeling van de uitzondering van art. 13ab lid 4 onderdeel a Vpb op basis waarvan geen sprake is van een CFC indien de inkomsten voor minder dan 30% bestaan uit besmette voordelen. De Commissie³⁰⁸ stelt voor de grens te verlagen van 30% naar 50%.
- De voorgaande voorstellen scherpen de CFC-maatregel aan en maken deze effectiever. Volgens de Commissie³⁰⁹ rechtvaardigt dit het uitbreiden van de beperkte mogelijkheden tot het voorkomen van dubbele belasting³¹⁰.

5.3: Alternatieve antimisbruikmaatregel

5.3.1: Uitgangspunt deelnemingsvrijstelling

Een kleine open economie zoals Nederland is over het algemeen voorstander van het beginsel van kapitaalimportneutraliteit. Ook Nederland is van oudsher voorstander van dit beginsel waarbij de belastingsovereïniteit van andere staten zoveel mogelijk wordt gerespecteerd³¹¹. Kapitaalimportneutraliteit wordt bereikt door via de deelnemingsvrijstelling dubbele belastingheffing over dezelfde (actieve) winsten te voorkomen waardoor buitenlandse dochtervennootschappen op gelijke voet kunnen concurreren met andere vennootschappen in hun vestigingsstaat. Gelet op de kleine interne markt van Nederland en de internationaal georiënteerde economie is kapitaalimportneutraliteit mijns inziens een gerechtvaardigd uitgangspunt voor de deelnemingsvrijstelling. Het beginsel van kapitaalexportneutraliteit past beter bij landen met een grote interne markt zoals Duitsland of landen die geen internationaal georiënteerde economie hebben. Hoewel kapitaalimportneutraliteit een gerechtvaardigd

³⁰³ Ook vanuit het CPB en het ministerie van financiën zijn in 2020 rapporten gepresenteerd waarin aanpassingen van de CFC-maatregel worden besproken. Deze aanpassingen komen overeen met de aanpassingen die de Commissie voorstelt. Zie rapport kansrijk belastingbeleid en bouwstenen voor een beter belastingstelsel.

³⁰⁴ Rapport adviescommissie belastingheffing multinationals, p. 95-97.

³⁰⁵ Rapport adviescommissie belastingheffing multinationals, p. 95-97.

³⁰⁶ Rapport adviescommissie belastingheffing multinationals, p. 95-97.

³⁰⁷ Zie ook par 3.7.2.1.

³⁰⁸ Rapport adviescommissie belastingheffing multinationals, p. 95-97.

³⁰⁹ Rapport adviescommissie belastingheffing multinationals, p. 95-97.

³¹⁰ Zie par 3.7.2.4.

³¹¹ Zie par 3.3.2.

uitgangspunt voor de deelnemingsvrijstelling is, is in paragraaf 3.5 opgemerkt dat het ten aanzien van passieve laagbelaste inkomsten gerechtvaardigd en gewenst is de deelnemingsverrekening toe te passen (kapitaalexportneutraliteit).

Het originele GloBE-voorstel voorzag in toepassing van kapitaalexportneutraliteit ten aanzien van zowel actieve als passieve inkomsten. Volgens de staatssecretaris kan internationale samenwerking de aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat voor reële bedrijven vergroten omdat *“omdat internationale maatregelen het verschil verkleinen tussen de belastingdruk in Nederland en de mogelijk lagere belastingdruk in andere landen. Het belang van andere (niet-fiscale) factoren die Nederland aantrekkelijk maken als vestigingsplaats neemt daarmee toe”*³¹². Zoals in paragraaf 5.2.1 is besproken, is hier in het huidige GloBE-voorstel door het opnemen van een substance-uitzondering echter afstand van genomen. Gezien de kenmerken van de Nederlandse economie en hetgeen de staatssecretaris opmerkt, lijkt het mij onverstandig dat Nederland unilateraal besluit om ten aanzien van zowel actieve als passieve inkomsten het beginsel van kapitaalexportneutraliteit toe te passen. Het voorstel van de Commissie om de CFC-maatregel op alle soorten inkomsten toe te passen, is naar mijn mening dan ook ongewenst. Een dergelijke stap dient mijns inziens internationaal genomen te worden.

5.3.2: Eén antimisbruikmaatregel

In het alternatief worden de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen, de herwaarderingsregeling en de CFC-maatregel samengevoegd tot één antimisbruikmaatregel. Tevens wordt de implementatie van model B in art. 8b Vpb teruggedraaid. Omdat de CFC-maatregel op grond van de ATAD-richtlijn verplicht is, vormt de CFC-maatregel van art. 13ab Vpb het uitgangspunt waarbij deze conform de ATAD-richtlijn moet worden vormgegeven. Daarnaast wordt één generieke antimisbruikmaatregel opgenomen die dient als codificering van de GAAR, Fraus legis en het leerstuk misbruik van recht zoals ontwikkeld in de jurisprudentie van het HvJ. Bovenstaande keuzes worden hieronder toegelicht.

Afschaffing art. 13 lid 9-15 Vpb en art. 13a Vpb³¹³

Met de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen wordt bereikt dat passieve inkomsten die ondergebracht zijn in beleggingsvennootschappen in laagbelaste jurisdicties niet belastingvrij via de deelnemingsvrijstelling worden genoten. In aanvulling daarop regelt art. 13a Vpb dat belastingheffing over dit soort passieve inkomsten niet kan worden uitgesteld (deferral) door te bepalen dat het belang in een beleggingsdeelneming jaarlijks op de waarde in het economisch verkeer moet worden gewaardeerd. De CFC-maatregel heeft een vergelijkbaar doel als de herwaarderingsverplichting. Bij de implementatie van de CFC-maatregel hebben enkele leden van de Eerste Kamer daarom gevraagd waarom het noodzakelijk is art. 13 lid 9-15 Vpb en art. 13a Vpb te handhaven naast de CFC-maatregel³¹⁴. Volgens de staatssecretaris is het voortbestaan van deze twee regelingen gerechtvaardigd omdat er verschillen zijn tussen de regelingen en de regelingen van toepassing kunnen zijn als de CFC-maatregel niet van toepassing is. Bovendien is voorzien in het voorkomen van samenloop tussen de regelingen³¹⁵. Deze argumentatie overtuigt niet omdat de wetgever de verschillen tussen de regelingen zelf heeft geïntroduceerd en zelf de noodzaak tot het voorkomen van samenloop heeft gecreëerd³¹⁶. Dit is mijns inziens dan ook geen reden om ondanks de vergelijkbaarheid van de doelen de drie bepalingen naast elkaar te laten bestaan. In plaats van het voorkomen van samenloop tussen de maatregelen ligt het gezien de vergelijkbaarheid van de doelen voor de hand om de drie antimisbruikmaatregelen samen te voegen tot een antimisbruikmaatregel waarbij de CFC-maatregel als uitgangspunt kan worden genomen (zie hierna).

³¹² Brief van de staatssecretaris van Financiën van 15 september 2020, Kamerstuk 31066, nr. 699.

³¹³ Ook onder andere art. 13aa Vpb zou dan afgeschaft kunnen worden.

³¹⁴ Kamerstukken I 2018/19, 35 030, nr. C, p. 7.

³¹⁵ Kamerstukken I 2018/19, 35 030, nr. C, p. 7.

³¹⁶ Zie ook: F.J. Elsweyer & A.I. Harteveld, *WFR* 2019/25, par 4.

Naast het overeenkomen van de doelstellingen van de drie bepalingen kennen de bepalingen zoals besproken in hoofdstuk 4 meerdere tekortkomingen. Zo heeft art. 13 lid 9-15 een grove werking doordat als sprake is van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming zowel passieve als actieve inkomsten onder de deelnemingsverrekening vallen(par 4.2.1). Daarnaast kan gedacht worden aan het feit dat de heffing over passieve laagbelaste inkomsten wordt vastgesteld op basis van heffing over alle inkomsten van een dochtervennootschap(par 4.2.1). Tevens kan gezien de beperkte reikwijdte van de herwaarderingsregeling deferral slechts beperkt worden voorkomen(par 4.3.1.).

Zoals Hofman in 2011 al opmerkte, kunnen deze tekortkomingen (grotendeels) worden opgelost met CFC-wetgeving. Toentertijd was Hofman echter van mening dat CFC-wetgeving niet paste in het Nederlandse fiscale stelsel³¹⁷. Aangezien Nederland op grond van de ATAD-richtlijn al verplicht een CFC-maatregel heeft moeten invoeren, gaat dit argument niet meer op. Het ligt daarom voor de hand om de CFC-maatregel als uitgangspunt te nemen bij het oplossen van de tekortkomingen van art. 13 lid 9-15 Vpb, art. 13a Vpb en art. 13ab Vpb. Bovendien sluit het uitgaan van de CFC-maatregel goed aan bij de IIR in het GloBE-voorstel(zie par 5.2.1) omdat deze met het opnemen van een substance-uitzondering sterke overeenkomsten vertoont met CFC-wetgeving.

Terugdraaien implementatie model B in art. 8b Vpb

In de paragrafen 3.8.1 en 3.8.2.2 is de implementatie van model B in art. 8b Vpb en de relatie van model B ten opzichte van de CFC-maatregel besproken. Hieruit is gebleken dat het mijns inziens onzeker is of art. 8b Vpb een volledige en juiste implementatie betreft van model B hetgeen tot gevolg heeft dat de reikwijdte van art. 8b Vpb op dit moment onzeker is. Deze onzekerheid omtrent art. 8b Vpb heeft tot gevolg dat niet duidelijk is in hoeverre de CFC-maatregel van art. 13ab Vpb materieel nog effect heeft. Deze onduidelijkheid is niet goed voor de rechtszekerheid, eenvoud, duidelijkheid en doeltreffendheid van beide bepalingen.

Daarnaast heeft de ATAD-richtlijn lidstaten twee opties geboden voor de invoering van een CFC-maatregel die op verschillende wijze grotendeels hetzelfde doel bereiken. Mijns inziens is implementatie van zowel model A als model B overbodig en komt het de eenvoud en duidelijkheid niet ten goede. Deze onduidelijkheid blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat in de literatuur discussie bestaat omtrent de vraag wat de reikwijdte is van art. 8b Vpb en art. 13ab Vpb. Bovendien kan samenloop tussen beide modellen dubbele belasting tot gevolg hebben als inkomsten op basis van zowel model A als model B in aanmerking moeten worden genomen bij de belastingplichtige³¹⁸. Naar mijn mening kan het doel van CFC-wetgeving evengoed worden gerealiseerd door keuze voor model A óf model B zonder dat dit afbreuk doet aan de doelstellingen van de CFC-maatregel. Naar mijn mening moet art. 13ab Vpb hierbij als uitgangspunt genomen worden en kan implementatie van model B in art. 8b teruggedraaid worden. Reden hiervoor is dat mijn verwachting is dat laagbelaste passieve inkomsten veelal op basis van art. 13ab Vpb en niet op grond van art. 8b Vpb aan de in Nederland belastingplichtige zullen worden toegerekend³¹⁹. Mogelijk is dit ook een van de redenen waarom het kabinet implementatie van model A naast model B heeft ingevoerd.

Een andere reden is dat op basis van de IIR over passieve inkomsten die te laag belast zijn, moet worden bijgeheven tot een bepaald minimumtarief bij de uiteindelijke moedermaatschappij. Dit sluit beter aan bij art. 13ab Vpb dan bij art. 8b Vpb. Tevens is model B niet in staat om grondslaguitholling van een derde staat(foreign-to-foreign stripping) tegen te gaan. Op basis van model B worden inkomsten namelijk slechts toegerekend aan de belastingplichtige indien de sleutelfuncties ook door de belastingplichtige worden uitgevoerd. Worden de sleutelfuncties door een vennootschap in de VS uitgeoefend dan is model B niet van toepassing en kan model B grondslaguitholling in de VS niet tegengaan. Aangezien model A

³¹⁷ A.W. Hofman 2011, par 9.2.

³¹⁸ E. Swaving Dijkstra, *NtFR 2018/11*.

³¹⁹ Zie par 3.8.1 en 3.8.2.2. Hier kan echter ook anders over worden gedacht. Zie tevens par 3.8.2.2.

wél ziet op situaties waarbij de sleutelfuncties niet door de belastingplichtige worden uitgevoerd maar in de VS, kan model A wel grondslaguitholling van de VS tegengaan³²⁰. Het in art. 13ab Vpb geïmplementeerde model A verdient dus de voorkeur boven model B.

ATAD-conforme implementatie model A in art. 13ab Vpb

Bij het terugdraaien van de implementatie van model B in art. 8b Vpb dient art. 13ab Vpb conform de ATAD-richtlijn te worden vormgegeven. De belangrijkste aanpassingen die hierbij gemaakt moeten worden, zijn uitbreiding van de voorkoming van dubbele belasting en het verhogen van de tarieftoets. De voorkoming van dubbele belasting moet naar mijn mening al worden aangepast vanwege strijdigheid met de verdragsvrijheden³²¹. Ook het aanpassen van de tarieftoets is mijns inziens gewenst vanwege onder andere de doeltreffendheid van de CFC-maatregel³²².

5.3.3: Vormgeving Art. 13ab Vpb

Naast vormgeving conform de ATAD-richtlijn moet de CFC-maatregel van art. 13ab Vpb op bepaalde punten worden aangepast en aangescherpt om recht te doen aan de doelstellingen van art. 13 lid 9-15 Vpb en art. 13a Vpb en om beter aan te sluiten bij het toetsingskader. Dit wordt hierna per onderdeel van de CFC-maatregel nader toegelicht.

Bezitseis

Ten aanzien van de bezitseis van 5%(art. 13 lid 2 Vpb) die geldt voor de deelnemingsvrijstelling en art. 13 lid 9-15 Vpb en de bezitseis van 25% in art. 13a Vpb ontbreekt een onderbouwde rechtvaardigingsgrond³²³. Er is naar mijn mening dan ook geen reden om deze bezitseisen van 5% en 25% te incorporeren in de CFC-maatregel³²⁴. Er kan daarom worden aangesloten bij de huidige bezitseis van 50% van art. 13ab lid 3 Vpb. Vanuit de functie en het doel van de CFC-maatregel is het ook logisch om uit te gaan van een bezitseis van 50% in het nominaal gestorte kapitaal, stem- of winstrechten omdat CFC-maatregelen zien op CFC's waarin een belastingplichtige doorslaggevende zeggenschap heeft. Mijns inziens is het echter wel verdedigbaar de bezitseis van 5% naast de bezitseis van 50% in de CFC-maatregel te handhaven om op eenvoudige wijze onderscheid te maken tussen beleggen en deelnemen. Indien de bezitseis gehandhaafd wordt, dient naar mijn mening wel de deelneming door gelijkstelling heringevoerd te worden(par 3.4.3).

Op basis van art. 13ab lid 8-10 Vpb is sprake van een gelieerd lichaam indien een belang van 25% wordt gehouden in dat lichaam. In het kader van de eenvoud zou het de voorkeur verdienen om aan te sluiten bij het criterium van 1/3^{de} van art. 10a lid 4 Vpb omdat dit criterium voor een groot aantal bepalingen in de Vennootschapsbelasting geldt. Aangezien de ATAD-richtlijn in dit verband de grens heeft gelegd op 25%, blijft zoals nu al het geval is sprake van een gelieerd lichaam bij een belang van 25%.

Hoewel het percentage(50%) van de bezitseis gehandhaafd blijft, moet de wijze waarop rekening wordt gehouden met belangen van gelieerde lichamen wél worden aangepast om recht te doen aan de doelstelling, doeltreffendheid en proportionaliteit van de CFC-maatregel. Op dit moment worden belangen van gelieerde lichamen volledig meegenomen bij de bepaling of de belastingplichtige een belang van 50% of meer heeft in een CFC. Naar mijn mening moeten de belangen van gelieerde lichamen net als nu gebeurt bij bijvoorbeeld art. 13a Vpb pro rata meegenomen worden. In het onderstaande voorbeeld³²⁵ heeft dit tot gevolg dat de belastingplichtige niet een belang van 100% heeft in lichaam 1 maar een belang van 20% + 40% x 80% = 52%. Hiermee wordt voorkomen dat de belangtoets overkill bevat omdat de CFC-

³²⁰ Hiervoor is wel een aanpassing van art. 13ab Vpb noodzakelijk. Zie par 5.3.3.

³²¹ Zie par 4.4.4.

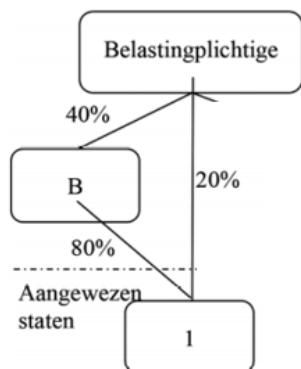
³²² Zie par 3.8.2.1.

³²³ Zie par 3.4.3 respectievelijk par 3.7.

³²⁴ In paragraaf 3.4.3 is tevens aangegeven dat als de bezitseis gehandhaafd blijft, de deelneming door gelijkstelling heringevoerd zou moeten worden.

³²⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 32. Zie tevens par 3.8.2.1.

maatregel van toepassing is op CFC's waarin de belastingplichtige geen doorslaggevende zeggenschap heeft.



Uitkeringseis

In het kader van de effectiviteit van de CFC-maatregel moet de uitkeringseis worden afgeschaft. Zoals door de Commissie is aangegeven en in paragraaf 3.8.2.2 is besproken wordt hiermee voorkomen dat door winsten uit te keren aan een tussenhoudster die niet als CFC kwalificeert eenvoudig aan toepassing van de CFC-maatregel ontkomen kan worden.

Onderworpenheidseis

Op dit moment wordt de onderworpenheid van een CFC bepaald aan de hand van een ministeriële regeling. In deze ministeriële regeling zijn jurisdicties opgenomen die op de EU-lijst van niet coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden staan en jurisdicties met een statutair tarief dat lager ligt dan 9%. Dit is niet in overeenstemming met de ATAD-richtlijn waardoor aanpassing van de onderworpenheidseis noodzakelijk is. Op grond van de ATAD-richtlijn is een effectief tarief van 50% van het reguliere Vpb-tarief vereist ($25\% \times 0.5 = 12.5\%$). Deze aanpassing naar het toetsen op basis van het effectieve tarief komt zoals in paragraaf 3.8.2.1 is besproken de effectiviteit en rechtvaardigheid ten goede. Toetsing op basis van het effectieve tarief gaat wel ten koste van de eenvoud maar dit weegt niet op tegen de toename in effectiviteit en rechtvaardigheid. Bovendien kennen art. 13 lid 9-15 Vpb en art. 13a Vpb op dit moment ook een effectieve tarieftoets. Een effectieve tarieftoets is daarom niet bezwaarlijk.

Jurisdictional approach en gebruik commerciële cijfers

In de aangepaste onderworpenheidstoets moet per CFC bepaald worden of deze CFC voldoet aan de effectieve tarieftoets. Hiervoor is vereist dat de besmette voordelen en de daarmee verband houdende kosten naar Nederlandse maatstaven worden berekend. Dit is tijdsintensief en complex in de uitvoering hetgeen de regeling niet eenvoudig maakt. Bovendien kan door winstcorrecties op basis van art. 8b Vpb foreign-to-foreign stripping niet altijd voorkomen worden. Dit kan worden toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld: enkele passieve inkomsten worden ondergebracht in een CFC waarbij de relevante sleutelfuncties worden uitgevoerd door een vennootschap in de VS en een Nederlandse vennootschap als tussenhoudster fungeert. Nederland corrigeert in dit geval de winst van de CFC tot een risicovrij rendement waarbij het niet relevant is of de winst die aan de in de VS gevestigde vennootschap moet worden toegerekend ook daadwerkelijk wordt belast bij die vennootschap. Is dit niet het geval dan wordt in de VS niet geheven en wordt aan de belastingplichtige in Nederland slechts een risicovrij rendement toegerekend. Door het toepassen van de neerwaartse correctie van de winst van de CFC kan grondslaguitholling van de VS (foreign-to-foreign stripping) niet voorkomen worden. Voorgaande kan voorkomen worden door slechts een neerwaartse correctie van de winst toe te passen indien (in dit geval de VS) een opwaartse correctie toepast³²⁶.

³²⁶ J. Vleggeert, WFR 2019/190, par 3.3.

Hoewel deze aanpassing de effectiviteit van de CFC-maatregel vergroot, blijft het berekenen van de besmette voordelen naar Nederlandse maatstaven complex en tijdsintensief. Naar mijn mening kan de CFC-maatregel op dit punt sterk vereenvoudigd worden door uit te gaan van de commercieel gerapporteerde winst van de CFC. Voordeel van deze methode is dat voortgebouwd wordt op al bestaande internationale standaarden en de winst van een CFC niet langer omgerekend hoeft te worden naar Nederlandse maatstaven. Hierdoor zijn opwaartse en neerwaartse correcties niet langer noodzakelijk. Bovendien zorgt dit voor een gelijk speelveld tussen landen omdat niet per land de winst van een CFC omgerekend wordt naar nationale maatstaven maar uitgegaan wordt van de commercieel gerapporteerde winst. Tevens wordt voorkomen dat landen CFC-wetgeving ineffectief kunnen maken door bij de omrekening van de belastinggrondslag van CFC's toe te laten dat de belastinggrondslag sterk wordt verlaagd door het toestaan van kortingen op de belastinggrondslag³²⁷. Het uitgaan van de commerciële cijfers is echter niet in overeenstemming met de ATAD-richtlijn aangezien deze voorschrijft dat de besmette voordelen naar Nederlandse maatstaven moeten worden vastgesteld. Aangezien dit een belangrijke vereenvoudiging kan betekenen van de CFC-maatregel is het naar mijn mening gewenst dat lidstaten wordt toegestaan op dit punt af te wijken van de ATAD-richtlijn.

Ook het per entiteit toetsen of aan de effectieve tarieftoets is voldaan en het berekenen van de besmette voordelen naar Nederlandse maatstaven blijft complex. Overwogen kan daarom worden om zoals in het GloBE-voorstel is opgenomen uit te gaan van een jurisdictional approach (zie par 5.2.1.). Mijn voorkeur gaat uit naar het toetsen per entiteit omdat het bij de jurisdictional approach mogelijk is dat winsten van een laagbelaste CFC gecompenseerd worden door winsten van een hoogbelaste CFC in dezelfde jurisdictie. Op die manier kunnen laagbelaste passieve inkomsten niet onder de CFC-maatregel vallen terwijl dit op basis van het doel van de CFC-maatregel wel zou moeten. Op dit punt weegt de effectiviteit mijns inziens zwaarder dan de eenvoud.

Een verdere vereenvoudiging kan worden bereikt door zoals de Commissie en in het GloBE-voorstel wordt voorgesteld de omvang van de besmette voordelen niet naar Nederlandse maatstaven te berekenen maar uit te gaan van de commercieel gerapporteerde winst van de CFC. Voordeel van deze methode is dat voortgebouwd wordt op al bestaande internationale standaarden en de winst van een CFC niet langer omgerekend hoeft te worden naar Nederlandse maatstaven. Hierdoor zijn opwaartse en neerwaartse correcties niet langer noodzakelijk. Het uitgaan van de commerciële cijfers is echter niet in overeenstemming met de ATAD-richtlijn aangezien deze voorschrijft dat de besmette voordelen naar Nederlandse maatstaven moeten worden vastgesteld. Aangezien dit een belangrijke vereenvoudiging kan betekenen van de CFC-maatregel is het naar mijn mening gewenst dat lidstaten wordt toegestaan op dit punt af te wijken van de ATAD-richtlijn.

Substance-uitzonderingen

In de huidige drie antimisbruikmaatregelen worden de substance-uitzonderingen op verschillende wijze ingevuld. Zo wordt voor de toepassing van art. 13 lid 9-15 Vpb en art. 13a Vpb een deelneming niet als beleggingsdeelneming aangemerkt als de deelneming niet met een beleggingssoogmerk wordt gehouden. Tevens kwalificeert een deelneming niet als beleggingsdeelneming als de bezittingen voor maximaal 50% respectievelijk 90% bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen. De CFC-maatregel is net als art. 13 lid 9-15 Vpb en art. 13a Vpb dankzij de uitzondering voor economische activiteiten niet van toepassing op lichamen die een onderneming uitoefenen. Daarnaast kent de CFC-maatregel een uitzondering voor lichamen wiens inkomsten voor maximaal 30% bestaan uit besmettelijke inkomsten.

Aangezien met de oogmerktoets en de uitzondering voor economische activiteiten grotendeels hetzelfde doel wordt bereikt, is er geen reden om beide te handhaven. Hierbij ligt het voor de

³²⁷ P. Pistone, J.F.P. Noqueira, B. Andrade & A Turina, Bull. Intl. Taxn. 2019, volume 74, No 2, par 2.2.2.2.

hand om de uitzondering voor economische activiteiten in de CFC-maatregel als uitgangspunt te nemen omdat deze conform het EU-recht is vormgegeven.

Daarnaast zijn er naar mijn mening goede redenen om niet zowel een uitzondering voor economische activiteiten als een uitzondering op basis van de bezittingen of inkomsten op te nemen. Een lichaam waarvan de inkomsten voor maximaal 30% bestaan uit besmette inkomsten zal waarschijnlijk een economische activiteit uitoefenen waardoor met beide uitzonderingen in grote lijnen hetzelfde doel wordt bereikt. Mijn voorkeur gaat uit naar een uitzondering op basis van economische activiteiten omdat een dergelijke uitzondering flexibeler is. Bij een dergelijke uitzondering is er ruimte voor interpretatie terwijl een uitzondering op basis van 50% van de bezittingen of 30% van de inkomsten uitgaat van een harde procentuele grens. Bovendien is de substance-uitzondering in overeenstemming met het EU-rechtelijke antimisbruikbegrip. Vanuit het oogpunt van eenvoud kan handhaving van de uitzondering op basis van 30% van de inkomsten echter gerechtvaardigd worden om zo eenvoudig vast te stellen of een lichaam een economische activiteit uitoefent. Tot slot kan omdat de wetgever op basis van de fictie van art. 13 lid 10b Vpb een lichaam dat als groepsfinancier functioneert als beleggingslichaam aanmerkt, overwogen worden een vergelijkbare fictie op te nemen in aanvulling op de uitzondering voor economische activiteiten³²⁸.

De Commissie³²⁹ en Vleggeert³³⁰ stellen voor om de uitzondering voor economische activiteiten te schrappen waarbij de Commissie voorstelt om de uitzondering voor actieve inkomsten uit te breiden van 30% naar 50%. Volgens de Commissie en Vleggeert kan door de uitzondering voor economische activiteiten namelijk op te eenvoudige wijze aan toepassing van de CFC-maatregel worden ontkomen. Het nadeel van het afschaffen van de uitzondering voor economische activiteiten is dat het de vraag is in hoeverre dit in overeenstemming is met het EU-recht. Op basis van het EU-recht is CFC-wetgeving namelijk enkel toegestaan indien (volstrekt) kunstmatige constructies worden bestreden³³¹ hetgeen bereikt kan worden door het uitsluiten van lichamen die economische activiteiten verrichten.

Volgens Vleggeert³³² kan het EU-rechtelijke probleem dat ontstaat door het afschaffen van de uitzondering voor economische activiteiten worden opgelost door de CFC-maatregel toe te passen op alle deelnemingen ongeacht of deze in Nederland of in een ander land zijn gevestigd. Om onderscheid tussen binnen- en buitenlandse deelnemingen te voorkomen, dient tevens de effectieve tarieftoets te worden geschrapt. In het arrest *Eurowings* heeft het HvJ namelijk geoordeeld dat het niet is toegestaan om op basis van een tarieftoets te bepalen of een antimisbruikmaatregel van toepassing is. Volgens het HvJ doet een dergelijke compenserende heffing afbreuk aan de grondslagen van de interne markt³³³. Met het afschaffen van de tarieftoets wordt bereikt dat de CFC-maatregel van toepassing is op alle (binnen- en buitenlandse) deelnemingen onafhankelijk van hoeveel belasting er is geheven. Het enige verschil tussen binnen- en buitenlandse deelnemingen is dan het verschil in verrekening van de belasting die is geheven bij de deelneming³³⁴.

In de literatuur wordt echter betoogd dat ook in dit geval de CFC-maatregel nog in strijd kan zijn met het EU-recht. De CFC-maatregel zal namelijk slechts toepassing vinden op buitenlandse deelnemingen waardoor de facto nog steeds sprake is van een verschil in

³²⁸ Zie: M.T.M. Hennevelt, MBB 2020/3, par 5.4.

³²⁹ Zie par 5.2.2.

³³⁰ J. Vleggeert, WFR 2019/190, par 3.

³³¹ Zie par 2.4.

³³² J. Vleggeert, WFR 2019/190, par 3.

³³³ HvJ EU 26 oktober 1999, C-294/97, *BNB 2001/394*, (*Eurowings*), R.O. 43-45.

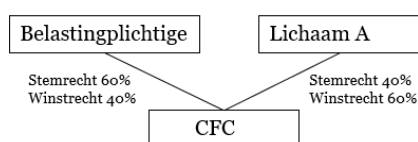
³³⁴ P. Koerver Schmidt, *Intertax* 2020, volume 48, issue 11, par 4.

behandeling.³³⁵ Dit verschil in behandeling kan niet worden gerechtvaardigd omdat ook situaties waarin geen sprake is van misbruik geraakt worden. Aan de andere kant is Vleggeert van mening dat geen sprake is van strijdigheid met het EU-recht omdat het eigen is aan een verrekeningsstelsel dat slechts in grensoverschrijdende gevallen wordt bijgeheven³³⁶. Gezien de onzekerheid of het toepassen van de CFC-maatregel in zowel binnen- als buitenlandse situaties in overeenstemming is met het EU-recht is het mijns inziens op dit moment niet verstandig om de uitzondering voor economische activiteiten te schrappen. Mijn voorkeur gaat daarom uit naar het handhaven van deze uitzondering en het afschaffen van de uitzonderingen op basis van de bezittingen en inkomsten.

Voorkoming dubbele belasting

In paragraaf 3.8.2.4 is besproken dat vier vormen van dubbele belasting niet worden voorkomen. Door het afschaffen van art. 13 lid 9-15 Vpb en art. 13a Vpb kan dubbele belasting als gevolg van samenloop tussen art. 13a Vpb en art. 13ab Vpb zich niet meer voordoen. De dubbele belasting doordat besmette inkomsten van een CFC bij meerdere vennootschappen op basis van CFC-wetgeving in aanmerking wordt genomen, kan worden voorkomen door een prioriteitsregel zoals toegelicht in paragraaf 3.8.2.4 op te nemen.

De derde vorm van dubbele belasting doet zich voor indien sprake is van een gesplitst belang. Indien het belang in het nominaal gestorte kapitaal, stem- of winstrechten onderling van elkaar verschilt, is niet duidelijk op basis van welk belang de inkomsten van de CFC moeten worden toegerekend. In paragraaf 3.8.2.2 is besproken dat als landen niet op basis van hetzelfde belang (zoals bijvoorbeeld het winstrecht) besmette voordelen toerekenen aan de belastingplichtige dit zowel dubbele belasting als dubbele non-belasting tot gevolg kan hebben. Omdat dubbele (non-)belasting afhangt van de maatstaven van andere landen is het lastig om dit unilateraal op te lossen. Internationale coördinatie hieromtrent verdient daarom de voorkeur. Tot die tijd dient Nederland zelf zoveel mogelijk deze dubbele (non-)belasting te voorkomen. Ter voorkoming van misbruik kan naar mijn mening in eerste instantie aangesloten worden bij het belang op basis waarvan een vennootschap als CFC is gekwalificeerd. Omdat deze benadering dubbele belasting tot gevolg kan hebben, moet de belastingplichtige de mogelijkheid hebben tegenbewijs te leveren. Gedacht kan worden aan het volgende voorbeeld:



In de uitgangssituatie worden 60% van de besmette inkomsten van de CFC aan de belastingplichtige toegerekend. Indien lichaam A, gevestigd buiten Nederland, belast wordt op basis van het winstrecht heeft dit dubbele belasting tot gevolg. Als de belastingplichtige in dit geval kan aantonen dat aan de splitsing van het winstrecht en het stemrecht zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, moet Nederland om recht te doen aan de economische realiteit of de belastingplichtige belasten op basis van het winstrecht of de geheven belasting bij lichaam A verrekenen.

De vierde vorm van dubbele belasting doet zich voor indien besmette inkomsten die in een eerder jaar op grond van art. 13ab Vpb reeds in aanmerking zijn genomen, worden uitgekeerd door de CFC waarbij deze uitkering onderworpen is aan een bronbelasting. Omdat deze bronbelasting niet kan worden aangemerkt als een belasting naar de winst is verrekening van

³³⁵ Zie bijvoorbeeld: P. Koerver Schmidt, Intertax 2020, volume 48, issue 11, par 4 en European Commission, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee*, COM (2007) 785 final (10 Dec. 2007).

³³⁶ J. Vleggeert, WFR 2019/190, par 3.2. Zie ook bijvoorbeeld: J.F.P. Nogueira, World Tax Journal, 2020 (Volume 12), No. 3.

de bronbelasting op basis van art. 13ab lid 6 Vpb juncto art. 23e Vpb niet mogelijk. Door een bronbelasting voor de toepassing van art. 23e Vpb wel als belasting naar de winst aan te merken kan deze vorm van dubbele belasting op eenvoudige wijze worden voorkomen³³⁷.

EU-recht

Doordat sprake is van een gesplitst belang kan de vrijheid van kapitaal van toepassing zijn³³⁸. Hierbij wordt door Knops en van der Lans het voorbeeld gegeven waarin een belastingplichtige een belang houdt van meer dan 50% in het nominale gestorte kapitaal en de winstrechten maar een belang van minder dan 50% in de stemrechten³³⁹. De toepassing van het vrije verkeer van kapitaal betekent dat geen onderscheid gemaakt mag worden tussen EU-situaties en derde landen situaties. Dit is naar mijn mening niet per se een probleem aangezien de deelnemingsvrijstelling ook in relatie tot derde landen(en niet louter in binnenlandse en EU-situaties) dubbele belasting voorkomt. Het is dan niet onlogisch om een antimisbruikmaatregel zoals de CFC-maatregel ook in alle situaties op dezelfde wijze toe te passen. Dit betekent dat de uitzondering voor economische activiteiten in alle situaties hetzelfde moet worden uitgelegd.

Gevolgen GAAR en misbruik van recht(Deense zaken)

Nederland heeft ervoor gekozen de GAAR via *Fraus legis* te implementeren en de GAAR niet wettelijk te verankeren in de Nederlandse vennootschapsbelasting. Zoals in paragraaf 2.4.2 is besproken, ligt het naar mijn mening voor de hand dat de GAAR en het concept misbruik van recht, zoals dat volgt uit de Deense zaken, uitgaan van het zelfde EU-rechtelijke antimisbruikbegrip. In de Deense zaken heeft het HvJ geoordeeld dat dit EU-rechtelijke antimisbruikbegrip geldt voor alle belastingen. Het lijkt mij daarom aannemelijk dat dit geüniformeerde antimisbruikbegrip ook voor alle belastingen die onder *Fraus legis* vallen, gaat gelden. Dit komt de eenvoud ten goede

In het kader van rechtszekerheid is het mijns inziens aan te bevelen de GAAR/het EU-rechtelijke antimisbruikbegrip wettelijk te verankeren. Hierbij kan zoals Kavelaars betoogde, worden gedacht aan implementatie in art. 31 AWR. Met deze wettelijke verankering gaat een generieke antimisbruikmaatregel gelden die in aanvulling kan werken op art. 13ab Vpb waardoor het niet noodzakelijk is om alle vormen van misbruik te bestrijden in de CFC-maatregel zelf. Deze aanvullende werking wordt geïllustreerd aan de hand van twee voorbeelden. Hierbij moet worden opgemerkt dat het misbruik in deze voorbeelden ook zonder wettelijke verankering van het EU-rechtelijke antimisbruikbegrip bestreden kan worden. Zoals hiervoor is aangegeven, is wettelijke verankering vanwege de rechtszekerheid echter gewenst³⁴⁰.

Voorbeeld 1: Indien ervoor gekozen wordt de uitkeringseis niet te schrappen, blijft het mogelijk om door winsten uit te keren aan een tussenhoudster die niet als CFC kwalificeert eenvoudig aan toepassing van de CFC-maatregel te ontkomen. Indien de tussenhoudster op kunstmatige wijze is tussengeschoven, kan op basis van de misbruikcriteria uit de Deense zaken deze tussenhoudster genegeerd worden.

Voorbeeld 2: in dit voorbeeld wordt er vanuit gegaan dat het probleem van dubbele (non-) belasting als gevolg van een gesplitst belang niet zoals hiervoor besproken is in art. 13ab zelf wordt opgelost. Hiervan uitgaande kan in art. 13ab Vpb uitgegaan worden van toerekening van inkomsten op basis van het winstrecht in de CFC aangezien dit vanuit economisch oogpunt het meest logisch is. Indien kan worden aangetoond dat aan het splitsen van het winstrecht en bijvoorbeeld het winstrecht geen zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, kan via de

³³⁷ Zie ook A.W. Hofman 2011, par 6.5.3.3 waar Hofman een vergelijkbaar probleem in de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen behandelt.

³³⁸ Op dubbele belasting als gevolg van een gesplitst belang wordt hierna nog verder ingegaan.

³³⁹ M, Knops & V.T.P. van der Lans, MBB 2018/11-39, par 5.2.1. Ter onderbouwing verwijzen de auteurs naar HvJ EG 3 oktober 2003, C-282/12, *NTFR 2013/2280* (Itelcar), R.O. 18-20.

³⁴⁰ In gelijke zin: M.T.M. Hennevelt, MBB 2020/3, par 5.

generieke antimisbruikmaatregel een toerekening op basis van zakelijke voorwaarden worden bereikt.

5.3.4: Evaluatie één antimisbruikmaatregel

Met het afschaffen van art. 13 lid 9-15 Vpb en art. 13a Vpb onder aanscherping van de CFC-maatregel neemt de eenvoud en duidelijkheid van de antimisbruikmaatregelen sterk toe zonder dat dit ten koste gaat van de effectiviteit. Het toepassen van een effectieve tarieftoets in plaats van een statutaire tarieftoets zorgt voor extra uitvoeringskosten. Dit wordt echter gecompenseerd door een toename van de proportionaliteit en doelmatigheid van de CFC-maatregel. Bovendien doen deze aanpassingen meer recht aan het neutraliteitsbeginsel en voldoet de CFC-maatregel aan het EU-recht. Daarnaast kunnen de uitvoeringskosten afnemen als de winst van CFC's voortaan op de gerapporteerde commerciële winst wordt gebaseerd en per jurisdictie wordt getoetst (jurisdictional approach) of CFC's voldoen aan de onderworpenheidstoets. De doeltreffendheid van de CFC-maatregel kan verder worden vergroot door het afschaffen van de uitzondering voor economische activiteiten en de effectieve tarieftoets. Hierdoor is de CFC-maatregel van toepassing op alle binnen- en buitenlandse deelnemingen onafhankelijk van hoeveel belasting er is geheven. Hierdoor vallen echter ook situaties onder de CFC-maatregel die buiten de ratio vallen van de CFC-maatregel hetgeen zorgt voor een toename in de uitvoeringslasten³⁴¹. Bovendien is het onzeker of een dergelijke vormgeving EU-rechtelijk is toegestaan. Mijns inziens is het daarom niet verstandig om de uitzondering voor economische activiteiten af te schaffen.

5.4: Deelconclusie

Uit hoofdstuk 4 is gebleken dat de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen, de herwaarderingsregeling en de CFC-maatregel op meerdere punten niet voldoen aan de toetsingscriteria. In dit hoofdstuk is daarom een alternatief besproken. Omdat de ATAD-richtlijn verplicht tot invoering van een CFC-maatregel is de CFC-maatregel van art. 13ab Vpb als uitgangspunt genomen waarbij de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen en de herwaarderingsregeling zijn afgeschaft en de implementatie van model B in art. 8b Vpb is teruggedraaid. Binnen de CFC-maatregel zijn onder andere de volgende aanpassingen voorgesteld.

- 1) Het in het kader van de effectiviteit afschaffen van de uitkeringseis.
- 2) Het wijzigen van de onderworpenheidstoets naar een effectieve tarieftoets van 12.5%.
- 3) Het niet langer berekenen van de omvang van de besmette voordelen en de omvang van de winst van een CFC naar Nederlandse maatstaven. Vanuit eenvoudsredenen kan worden uitgegaan van de commercieel gerapporteerde winst van de CFC.
- 4) Het op effectieve wijze voorkomen van de vier vormen van dubbele belasting.

Deze vormgeving van de CFC-maatregel onder gelijktijdige afschaffing van art. 13 lid 9-15 Vpb, art. 13a Vpb en het terugdraaien van de implementatie van model B in art. 8b Vpb sluit beter aan bij het toetsingskader.

³⁴¹ Zie bijvoorbeeld: Opinion of Advocate General Geelhoed, 29 Jun. 2006, Case C-524/04, (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue*), punt 68.

Hoofdstuk 6: Conclusie

6.1: Inleiding

De aanpak van (agressieve) belastingontwijking speelt de afgelopen jaren een belangrijke rol in Nederland maar ook internationaal. De aandacht voor belastingontwijkingpraktijken van met name multinationals heeft onder andere geleid tot de in 2015 gepubliceerde BEPS-rapporten van de OESO. Om invulling te geven aan de BEPS-rapporten is op EU-niveau de ATAD-richtlijn vastgesteld op basis waarvan lidstaten verplicht waren per 1 januari 2019 onder meer een CFC-maatregel in te voeren in hun nationale wetgeving. Met deze CFC-maatregel wordt bereikt dat uitstel van belastingheffing over passieve inkomsten door deze onder te brengen in een CFC wordt tegengegaan. Ten aanzien van de CFC-maatregel bood de ATAD-richtlijn lidstaten de mogelijkheid tussen twee modellen (model A en model B). Nederland heeft er naar eigen zeggen voor gekozen bij de implementatie van de CFC-maatregel verder te gaan dan noodzakelijk door zowel model A als model B te implementeren in de Vennootschapsbelasting. De invoering van model A en model B is 'gestapeld' op al bestaande antimisbruikmaatregelen zoals de regeling voor niet kwalificerende beleggingsdeelnemingen en de herwaarderingsverplichting die een vergelijkbaar doel dienen als de CFC-maatregel. Door deze stapeling is in de Eerste kamer en in de literatuur de vraag opgekomen in hoeverre het naast elkaar bestaan van meerdere antimisbruikmaatregelen die hetzelfde doel nastreven noodzakelijk is. De discussie omtrent deze stapeling en het feit dat duidelijke en effectieve antimisbruikmaatregelen in het kader van onder andere de rechtszekerheid vereist zijn, heeft geleid tot de volgende probleemstelling:

Zijn de huidige antimisbruikbepalingen in de deelnemingsvrijstelling die zien op het tijdig in de heffing betrekken van voordelen uit hoofde van een (laagbelaste) deelneming op adequate wijze vormgegeven of is aanpassing van deze antimisbruikbepalingen gewenst?

De beantwoording van de probleemstelling is onderverdeeld in vijf deelvragen die in de volgende paragraaf worden beantwoord.

6.2: Beantwoording deelvragen

Welke invloed hebben de GAAR en de Deense zaken op het bestrijden van ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling?

Op 26 februari 2019 heeft het HvJ arrest gewezen in de Deense zaken. In deze zaken formuleert het HvJ een aantal criteria op basis waarvan beoordeeld kan worden wanneer een vennootschap kunstmatig is tussengeschoven en deze genegeerd moet worden. Voorts oordeelt het HvJ dat lidstaten een Unierechtelijke plicht hebben om misbruik te bestrijden waarbij underkill in de nationale wetgeving niet is toegestaan. Dit betekent dat een Unierechtelijk voordeel moet worden geweigerd indien dit voordeel wordt behaald met behulp van een kunstmatig tussengeschoven vennootschap in de zin van de Deense zaken.

De deelnemingsvrijstelling in de huidige vorm is de implementatie van art. 4 van de MDR en betreft daarom in algemene zin een Unierechtelijk voordeel. Vervolgens is behandeld in welke situaties de deelnemingsvrijstelling kwalificeert als Unierechtelijk voordeel. Geconcludeerd is dat bij een situatie waarbij 1) een nationaal voordeel onder minder strenge voorwaarden wordt toegekend dan het geharmoniseerde voordeel sprake is van een Unierechtelijk voordeel. In een situatie waarbij 2) een nationaal voordeel een additioneel voordeel verleend in aanvulling op het geharmoniseerde voordeel geen sprake is van een Unierechtelijk voordeel.

De minder strenge bezitseis in de deelnemingsvrijstelling (5%) ten opzichte van de bezitseis in de MDR (10%) valt onder de eerste categorie waardoor een dividenduitkering van een EU-vennootschap waarin een belang van minimaal 5% wordt gehouden een Unierechtelijk voordeel betreft. Omdat Nederland de deelnemingsvrijstelling onder gelijke omstandigheden toepast in zowel binnen- als buitenlandse als in situaties met derde landen kwalificeren ingeval van winstuitkeringen al deze situaties als een Unierechtelijk voordeel waarop de Deense zaken van toepassing zijn. Het toepassen van de deelnemingsvrijstelling op vermogensresultaten valt

onder de tweede categorie. Dit voordeel volgt in zijn geheel niet uit de MDR en is daarom een soevereine keuze van Nederland dat niet als Unierechtelijk voordeel kwalificeert. Het voorgaande betekent dat indien een EU-vennootschap kunstmatig wordt tussengeschoven tussen een EU-moeder en een non-EU-dochter teneinde te bereiken dat dividenduitkeringen van die non-EU-dochter belastingvrij de EU-moeder kunnen bereiken bestreden wordt door de Deense zaken. In dit geval dient de deelnemingsvrijstelling bij de EU-moeder geweigerd te worden omdat die het Unierechtelijke voordeel geniet.

Als gevolg van de invoering van de GAAR uit de ATAD-richtlijn per 1 januari 2019 is het de vraag hoe groot de impact van de Deense zaken nog is. Waar de gevolgen van de Deense arresten beperkt zijn tot situaties waarin sprake is van een Unierechtelijk voordeel, is de GAAR van toepassing in zowel binnenlandse, EU en derde landen situaties. Gezien deze uniformering van het Unierechtelijke antimisbruikbegrip in de Deense zaken lijkt het logisch dat de drie eisen van de GAAR conform dit antimisbruikbegrip wordt uitgelegd. Vanwege de koppeling van Fraus legis aan de GAAR lijkt het mij aannemelijk dat ook Fraus legis conform dit antimisbruikbegrip wordt uitgelegd. Het lijkt daarom niet relevant of op basis van de GAAR of misbruik van recht een Unierechtelijk voordeel wordt geweigerd.

Hoe is de deelnemingsvrijstelling vormgegeven en wat zijn de ratio en de grondslagen van de deelnemingsvrijstelling?

Als grondslagen voor de deelnemingsvrijstelling worden in de literatuur de verlengstukgedachte en het ne-bis-in-idembeginsel genoemd. Onder andere vanwege de bezitseis van 5% als harde grens voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling en het schrappen van de gelijkgestelde deelneming kan de verlengstukgedachte als leidende grondslag worden gezien van de deelnemingsvrijstelling. Beargumenteerd is echter dat een op het ne-bis-in-idembeginsel gebaseerde deelnemingsvrijstelling de voorkeur verdient omdat dit beter aansluit bij de grondslag van de Vennootschapsbelasting en bij de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling in grensoverschrijdende situaties.

Indien in een moeder-dochterverhouding voldaan is het aan het bezitsvereiste (5%) voorkomt de deelnemingsvrijstelling economisch dubbele belasting over dividenduitkeringen en vermogensresultaten. Op het bezitsvereiste is kritiek geleverd omdat geen principiële rechtvaardigingsgronden ter onderbouwing is gegeven. Gelet op de afwezigheid van principiële rechtvaardigingsgronden en de voorkeur voor een op het ne-bis-in-idembeginsel gebaseerde deelnemingsvrijstelling zijn er goede redenen voor het afschaffen van de bezitseis. Handhaving van bezitseis is echter ook verdedigbaar om op eenvoudige wijze onderscheid te maken tussen beleggen en deelnemen. Bij handhaving van de bezitseis dient wel de deelneming door gelijkstelling heringevoerd te worden. Hiermee wordt bereikt dat in gevallen waarin geen 5%-belang wordt gehouden maar wel sprake is van deelnemen in plaats van beleggen de deelnemingsvrijstelling geldt.

Op welke wijze wordt ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling tegengegaan?

Ter beantwoording van deze deelvraag zijn de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen(art. 13 lid 9-15 Vpb), de herwaarderingsregeling(art. 13a Vpb) en de CFC-maatregel(art. 13ab Vpb en art. 8b Vpb) besproken. Deze maatregelen beogen dat resultaten van (laagbelaste) beleggingsdeelnemingen tijdig in de belastingheffing worden betrokken en dat deze resultaten via de deelnemingsverrekening in plaats van de deelnemingsvrijstelling worden genoten. De rechtvaardiging van deze maatregelen is erin gelegen dat substance-arme vennootschappen die slechts in een jurisdictie zijn gelegen om de belastingdruk op passieve inkomsten te minimaliseren de belastingopbrengsten van andere landen verlagen. Deze daling leidt tot lagere overheidsuitgaven of moet worden gecompenseerd door hogere belastingafdracht van andere belastingplichtigen.

Op basis van art. 13 lid 9-15 is de deelnemingsverrekening van toepassing op een als belegging gehouden deelneming(oogmerktoets). In aanvulling op deze subjectieve toets zijn twee ficties opgenomen die bepalen wanneer een deelneming per definitie als belegging wordt gehouden. Indien op basis van de oogmerktoets blijkt dat een deelneming als belegging wordt gehouden, kan de deelnemingsvrijstelling toch van toepassing zijn als voldoen is aan de onderworpenheidstoets of de bezittingentoets. Aan de onderworpenheidstoets is voldaan als de deelneming onderworpen is aan een belasting naar de winst met een effectief tarief van ten minste 10%. Aan de bezittingentoets is voldaan indien de bezittingen van de beleggingsdeelneming doorgaans voor minder dan 50% middellijk of onmiddellijk uit laagbelaste vrije beleggingen bestaan.

De tweede maatregel die ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling tegengaat, is opgenomen in art. 13a Vpb. Deze maatregel beoogt het oppotten van inkomsten in laagbelaste deelnemingen tegen te gaan door te verplichten dat een beleggingsdeelneming jaarlijks op de waarde in het economisch verkeer moet worden gewaardeerd. Deze herwaardering moet plaatsvinden als sprake is van een belang van minimaal 25%, de beleggingsdeelneming niet onderworpen is aan een belasting naar de winst met een effectief tarief van ten minste 10% en de bezittingen van de deelneming voor minimaal 90% bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen.

Ten aanzien van de CFC-maatregel is Nederland naar eigen zeggen verder gegaan dan noodzakelijk door naast implementatie van model B in art. 8b Vpb ook model A te implementeren in art. 13ab Vpb. Model B sluit grotendeels aan de TP-richtlijnen van de OESO en vereist dat passieve inkomsten van een CFC aan de moedermaatschappij worden toegerekend voor zover de moedermaatschappij sleutelfuncties uitoefent en de risico's loopt. Beargumenteerd is dat het onduidelijk is of Nederland model B conform de ATAD-richtlijn heeft geïmplementeerd omdat het maar de vraag is of de TP-richtlijnen rechtstreeks doorwerken naar art. 8b Vpb. Naast implementatie van model B heeft Nederland model A in art. 13ab Vpb geïmplementeerd. Op basis van model A moeten bepaalde niet uitgekeerde besmette inkomsten van de CFC zoals rente en royalty's tot de winst van de moedermaatschappij worden gerekend. Hiervoor is vereist dat een belang van minimaal 50% wordt gehouden in de CFC en dat deze CFC is gevestigd in een jurisdictie met een statutair winstbelastingtarief dat lager ligt dan 9% of is opgenomen in de EU-lijst van niet coöperatieve rechtsgebieden. In de CFC-maatregel zijn een aantal uitzonderingen opgenomen die tot gevolg hebben dat geen sprake is van een CFC. De eerste uitzondering bepaalt dat geen sprake is van een CFC als de inkomsten van de CFC voor maximaal 30% bestaan uit besmette inkomsten. Tevens is geen sprake van een CFC als de CFC een wezenlijke economische activiteit uitoefent. Hiervoor wordt aangesloten bij de substance-eisen die gelden voor bijvoorbeeld de inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting. Hierbij moet worden opgemerkt dat als aan de substance-eisen is voldaan de inspecteur nog de mogelijkheid heeft om aannemelijk te maken dat slechts aan de substance-eisen is voldaan met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om in aanmerking te komen voor de uitzondering.

Voldoen de antimisbruikmaatregelen in de deelnemingsvrijstelling die zien op het tijdig in de heffing betrekken van voordelen uit hoofde van een (laagbelaste) deelneming aan de in het toetsingskader gestelde toetsingscriteria?

Bij de toetsing aan de toetsingscriteria is vastgesteld dat de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen(art. 13 lid 9-15 Vpb), de herwaarderingsregeling(art. 13a Vpb) en de CFC-maatregel(art. 13ab Vpb) meerdere tekortkomingen kennen. Zo heeft art. 13 lid 9-15 Vpb ten eerste een grove werking omdat als sprake is van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming de deelnemingsverrekening niet alleen op passieve maar ook actieve inkomsten van de beleggingsdeelneming ziet. Ten tweede wordt voor de vraag of over passieve inkomsten voldoende belasting is geheven, gekeken naar de heffing over alle inkomsten van een dochtervennootschap en niet slechts naar de belastingdruk op de passieve inkomsten. Ten derde wordt bij de onderworpenheidstoets geen rekening gehouden met latente belastingdruk

waardoor de onderworpenheidstoets te soepel of te streng kan uitpakken. Bovenstaande punten beperken de doeltreffendheid en doelmatigheid van de regeling. Hiertegenover staat echter dat dit de regeling eenvoudiger toepasbaar houdt in de praktijk.

Met betrekking tot de eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid is beargumenteerd dat het feit dat sprake kan zijn van een gemengd oogmerk afbreuk doet aan de beoogde vereenvoudiging van het invoeren van de oogmerktoets als hoofdregel. Ten tweede lopen de oogmerktoets, onderworpenheidstoets en bezittingentoets door elkaar heen omdat in de oogmerktoets een bezittingentoets is geïncorporeerd en is door het onder omstandigheden tekortschieten van de onderworpenheidstoets in de bezittingentoets een onderworpenheidstoets opgenomen. Ten derde kan de bezittingentoets tijdsintensief en complex zijn in de uitvoering omdat een toerekeningsbalans moet worden gemaakt waar alle bezittingen van (on)middellijke dochtervennootschappen in moet worden opgenomen. De beperkte eenvoud en toegankelijkheid in combinatie met de inbreuken op de doeltreffendheid en doelmatigheid gaan tevens ten koste van de proportionaliteit van de maatregel.

Ten aanzien van de internationaal- en EU-rechtelijke verenigbaarheid is geoordeeld dat de drie toetsen onder omstandigheden niet in overeenstemming zijn met de Deense zaken omdat als aan de onderworpenheidstoets of bezittingentoets is voldaan het frauduleuze oogmerk van het aanhouden van een tussengeschoven vennootschap niet van belang is. Voorts is aangegeven dat het in kader van de neutraliteit van de regeling van belang is dat als in de winst van de deelneming bijvoorbeeld dividenden zijn opgenomen waar een bronbelasting op is ingehouden, rekening wordt gehouden met deze bronbelasting hetgeen nu niet altijd gebeurt.

Wat betreft de herwaarderingsverplichting is ten eerste beargumenteerd dat de regeling vanwege de te soepele bezittingentoets niet in staat is om deferral effectief tegen te gaan waardoor de regeling niet effectief is. Ten tweede is aangegeven dat de regeling ook van toepassing is op herwaarderingswinst die op is gekomen in de periode voordat aan de eisen van de regeling is voldaan hetgeen ten koste gaat van de proportionaliteit. Tot slot is de herwaarderingsverplichting in strijd met het EU-recht omdat de regeling verder gaat dan noodzakelijk en daarmee niet voldoet aan het proportionaliteitsvereiste van het HvJ.

Ten aanzien van de CFC-maatregel is vastgesteld dat Nederland model A niet conform de ATAD-richtlijn heeft vormgegeven omdat Nederland uitgaat van een statutair tarief van 9% waar de ATAD-richtlijn een effectieve tarieftoets van 12.5% vereist. Tevens is aangegeven dat het de vraag is of Nederland model B conform de ATAD-richtlijn heeft geïmplementeerd. Indien dit niet het geval is, heeft Nederland niet voldaan aan de implementatieverplichtingen van de ATAD-richtlijn en is aanpassing geboden. Daarnaast voorziet de CFC-maatregel van art. 13ab Vpb in ten minste vier gevallen van dubbele belasting niet in voorkoming van deze dubbele belasting. Op dit punt is de CFC-maatregel in strijd met het EU-recht omdat de regeling verder gaat dan noodzakelijk waardoor de regeling niet aan het proportionaliteitsvereiste voldoet. Ook is het aanvaarden van ten minste vier vormen van dubbele belasting niet in overeenstemming met het neutraliteitsbeginsel omdat economisch gelijke gevallen ongelijk worden behandeld.

Met betrekking tot de doeltreffendheid en doelmatigheid van de CFC-maatregel is de CFC-maatregel ten eerste slechts van toepassing op inkomsten voor zover deze niet zijn uitgekeerd voor het einde van het boekjaar van de belastingplichtige waardoor eenvoudig aan de CFC-maatregel kan worden ontkomen door een vennootschap tussen te schuiven. Dit kan uitstel of afstel over besmette inkomsten van de CFC tot gevolg hebben. Ten tweede is het hanteren van een statutaire tarieftoets niet altijd doeltreffend omdat effectief laagbelaste besmette inkomsten niet altijd onder de reikwijdte van de CFC-maatregel vallen. Daarnaast bevat de bezitseis van 50% in combinatie met het verbondenheidscriterium overkill omdat bij een economisch belang van 12.75% al sprake kan zijn van CFC terwijl bij een dergelijk belang geen sprake is van doorslaggevende zeggenschap.

Aan de eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid wordt ten eerste afbreuk gedaan omdat onduidelijkheid bestaat over de vraag of besmette voordelen moeten worden toegerekend op basis van het belang in het nominaal gestorte kapitaal, de statutaire stemrechten of het winstrecht. Indien landen niet uitgaan van dezelfde invulling van het belangbegrip kan dit dubbele (non-)belasting tot gevolg hebben. Ten tweede gaat de samenloop tussen art. 13 lid 9-15 Vpb, art. 13a Vpb en art. 13ab Vpb ten koste van de eenvoud en toegankelijkheid omdat dit leidt tot complexe samenloopsituaties en overzichtelijke wetgeving. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat art. 13a lid 4 Vpb dat dubbele belasting als gevolg van samenloop tussen de herwaarderingsregeling en de CFC-maatregel moet voorkomen daar niet in alle gevallen in slaagt.

Welke alternatieven bestaan er om ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling via (laagbelaste) deelnemingen te voorkomen en voldoen deze alternatieven aan de in het toetsingskader gestelde toetsingscriteria?

Aangezien bij de beantwoording van de vorige deelvraag is gebleken dat de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen, de herwaarderingsregeling en de CFC-maatregel op meerdere punten niet voldoen aan de toetsingscriteria is bij de beantwoording van deze deelvraag een alternatief besproken. Omdat de ATAD-richtlijn verplicht tot invoering van een CFC-maatregel is de CFC-maatregel van art. 13ab Vpb als uitgangspunt genomen waarbij de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen en de herwaarderingsregeling zijn afgeschaft en de implementatie van model B in art. 8b Vpb is teruggedraaid. Beargumenteerd is dat door de CFC-maatregel van art. 13ab Vpb conform de ATAD-richtlijn vorm te geven en de maatregel op bepaalde punten aan te passen / aan te scherpen dezelfde vormen van ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling op een adequatere wijze kunnen worden bestreden. Hierbij is volgende vormgeving van de CFC-maatregel voorgesteld:

- 5) Omdat voor de bezitseisen die gelden voor art. 13 lid 9-15 Vpb en art. 13a Vpb van 5% respectievelijk 25% niet een principiële rechtvaardigingsgrond bestaat, wordt uitgegaan van de bezitseis van 50% zoals die thans geldt in de CFC-maatregel. Wel wordt de wijze waarop rekening wordt gehouden met belangen van gelieerde partijen aangepast. Deze belangen worden niet langer in het geheel meegenomen maar worden pro rata meegenomen om overkill te voorkomen.
- 6) De uitkeringseis wordt in het kader van de effectiviteit afgeschaft.
- 7) De onderworpenheidstoets wordt aangepast zodat de CFC-maatregel conform de ATAD-richtlijn wordt geïmplementeerd. In plaats van een statutair tarief van 9% wordt uitgegaan van een effectief tarief van 12.5%.
- 8) Voorts is in het kader van de eenvoud voorgesteld om de omvang van de besmette voordelen en de omvang van de winst van een CFC niet langer te berekenen naar Nederlandse maatstaven maar uit te gaan van de commercieel gerapporteerde winst van de CFC.
- 9) Met betrekking tot de substance-eisen wordt gezien de vergelijkbaarheid van de uitzonderingen in de drie maatregelen aangesloten bij de uitzondering voor economische activiteiten van de CFC-maatregel. Hierbij zijn er goede argumenten om de uitzondering voor lichamen wiens inkomsten voor maximaal 30% bestaan uit besmette inkomsten te schrappen omdat deze hetzelfde doel bereikt als de uitzondering voor economische activiteiten. Vanuit eenvoudsoverwegingen is handhaving echter ook verdedigbaar.
- 10) De dubbele belasting als gevolg van samenloop tussen de CFC-maatregel en de herwaarderingsregel wordt opgelost door afschaffing van de herwaarderingsregeling. De dubbele belasting doordat besmette inkomsten van een CFC bij meerdere vennootschappen op basis van CFC-wetgeving in aanmerking wordt genomen, kan worden weggenomen door een prioriteitsregel op te nemen. De derde vorm die het gevolg is van een gesplitst belang dient internationaal opgelost te worden. Tot die tijd kan Nederland dubbele belasting voorkomen door een tegenbewijsregeling op te nemen. De vierde vorm van dubbele belasting kan worden weggenomen door een

bronbelasting voor de toepassing van art 23e Vpb als een belasting naar de winst aan te merken.

- 11) Tot slot is ten aanzien van de GAAR opgemerkt dat in aanvulling kan werken op de CFC-maatregel zodat niet alle vormen van misbruik via de CFC-maatregel zelf hoeven te worden bestreden.

Deze vormgeving van de CFC-maatregel onder gelijktijdige afschaffing van art. 13 lid 9-15 Vpb, art. 13a Vpb en het terugdraaien van de implementatie van model B in art. 8b Vpb sluit beter aan bij het toetsingskader. Zo is de CFC-maatregel in het alternatief niet langer in strijd met het EU-recht en sluit deze beter aan bij het neutraliteitsbeginsel. Tevens wordt de bestrijding van oneigenlijk gebruik van de deelnemingsvrijstelling eenvoudiger, duidelijker en toegankelijker door het afschaffen van art. 13 lid 9-15 Vpb, art. 13a Vpb en de implementatie van model B in art. 8b Vpb zonder dat dit ten koste gaat van de doeltreffendheid.

6.3: Slot

Gelet op de gesignaleerde tekortkomingen van de huidige antimisbruikmaatregelen moet geconcludeerd worden dat het antwoord op het eerste deel van de probleemstelling ontkennend luidt en dat aanpassing van de huidige antimisbruikmaatregelen gewenst is. Ten aanzien van het besproken alternatief in hoofdstuk 5 kan worden geconcludeerd dat deze beter aansluit bij de toetsingscriteria uit het toetsingskader.

Literatuur- en jurisprudentielijst

Literatuur

T. Bender, *WFR* 2017/20.

T. Bender, 'Tussen ethiek en de wet: een derde weg', *WFR* 2017/20.

D. W. Blum, *Intertax* 2019, volume 47, issue 5.

D. W. Blum, 'The Proposal for a Global Minimum Tax: Comeback of Residence Taxation in the Digital Era?: Comment on Can GILTI + BEAT = GLOBE?', *Intertax* 2019, volume 47, issue 5.

M.P. Devereux, Oxford University Centre for Business Taxation, January 2020.

A. P. Dourado, *Intertax* 2020, volume 48, issue 2.

A.P. Dourado, 'The Global Anti-Base Erosion Proposal (GloBE) in Pillar II', *Intertax* 2020, volume 48, issue 2.

B. J. Arnold, *Bull. Intl. Taxn.* 2019, volume 73, No 12.

B.J. Arnold, 'OECD/International - The Evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond', *Bull. Intl. Taxn.* 2019, volume 73, No 12.

A.C.P. Bobeldijk, *NTFR* 2019/15.

A.C.P. Bobeldijk, 'De nieuwe CFC-regeling', *NTFR* 2019/15.

R.A. Bosman, *NTFR-B* 2019/29.

R.A. Bosman, 'Digitale economie en Global Anti-Base Erosion: nieuwe BEPS-voorstellen met brede impact', *NTFR-B* 2019/29.

G.F. Boulogne, *FED* 2019/53.

G.F. Boulogne, 'Interestbetalingen tussen lidstaten: verplichting om richtlijnmisbruik te bestrijden en uitleg eis uiteindelijk gerechtigde', *FED* 2019/53.

R.P.C.W.M. Brandsma & A.W. Hofman, *WFR* 2009/1393.

R.P.C.W.M. Brandsma & A.W. Hofman, 'De voorgestelde wijzigingen in de deelnemingsvrijstelling: over het oppoetsen van het visitekaartje voor het Nederlandse vestigingsklimaat' *WFR* 2009/1393.

M.J. Van Dieren & C.L. van Lindonk, *WFR* 2006/457.

M.J. Van Dieren & C.L. van Lindonk, 'Het begrip "belang" in de deelnemingsvrijstelling', *WFR* 2006/457.

S.C.W. Douma, *BNB* 2020/9.

S.C.W. Douma, 'Gevoegde zaken N Luxembourg 1 e.a. Interestbetalingen tussen vennootschappen in verschillende lidstaten. Verplichting om richtlijnmisbruik te bestrijden. Uiteindelijk gerechtigde' *BNB* 2020/9.

F.J. Elswelier & A.I. Harteveld, *WFR* 2019/25.

F.J. Elswelier & A.I. Harteveld, 'Eén regeling voor de CFC-maatregel, herwaarderingsverplichting en niet-kwalificerende beleggingsdeelneming', *WFR* 2019/25.

P.H.J. Essers, *WFR* 2019/187.

P.H.J. Essers, 'Grondslagen van de vennootschapsbelasting in relatie met de inkomstenbelasting' *WFR* 2019/187.

A.W. Hofman, MBB 2008/07/08-02.

A.W. Hofman, 'Toepassing van de onderworpenheidstoets op een deelneming die belastingverrekening toepast' MBB 2008/07/08-02.

A.W. Hofman, TFO 2012/121.

A.W. Hofman, 'De deelnemingsverrekening', TFO 2012/121.

J.A.G. van der Geld, WFR 2005/759.

J.A.G. van der Geld, 'De deelnemingsvrijstelling in de wet VPB 2007', WFR 2005/759.

I. de Groot, NLF 2019/0597.

I. de Groot, 'Aan doorstroomvennootschap betaald dividend; misbruik van recht', NLF 2019/0597.

O.C.R. Marres en I.M. de Groot, WFR 2020/209.

O.C.R. Marres en I.M. de Groot, 'Bestrijding van misbruik door doorstromers', WFR 2020/209.

R.H. Happé, WFR 2015/938.

R.H. Happé, 'fiscale ethiek voor multinationals', WFR 2015/938.

M.T.M. Hennevelt, MBB 2020/3.

M.T.M. Hennevelt, 'De Deense misbruikzaken en de deelnemingsvrijstelling: aanpassing geboden', MBB 2020/3.

J. Hey, Intertax 2021, volume 49, issue 1.

J. Hey, Intertax 2021, 'Guest Editorial: The 2020 Pillar Two Blueprint: What Can the GloBE Income Inclusion Rule Do That CFC Legislation Can't Do?', volume 49, issue 1.

F. Van Horzen, NLF 2018/68.

F. van Horzen, 'Nietzsche aan de benzinepomp', NLF 2018/68.

L.C. van Hulten & J.J.A.M. Korving, WFR 2019/129.

L.C. van Hulten & J.J.A.M. Korving, 'Svig og misbrug: de Deense antimisbruikzaken', WFR 2019/129.

M. Juddu, V-N 2018/56.0.

M. Juddu, 'Stapelen, stapelen, stapelen', V-N 2018/56.0.

P. Kavelaars, WFR 2011/1177.

P. Kavelaars, 'Misbruik van de recht in de EU', WFR 2011/1177.

P. Kavelaars, TFO 2016/147.1.

P. Kavelaars, 'Earningsstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen', TFO 2016/147.1.

P. Kavelaars, NLF-W 2019/0002.

P. Kavelaars, 'Doorstromers in de ban', NLF-W 2019/0002.

P. Kavelaars, TFO 2019/161.3.

P. Kavelaars, 'Exitheffingen en antimisbruikbepaling onder ATAD1', TFO 2019/161.3.

M, Knops & V.T.P. van der Lans, *MBB 2018/11-39*.

M, Knops & V.T.P. van der Lans, 'De (aanvullende) CFC-maatregel van art. 13ab Vpb 1969', *MBB 2018/11-39*.

V.T.P. van der Lans & M. Verhoog, *FED 2016/111*.

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

Q.W.J.C.H. Kok, *MBB 2015/09-03*.

Kok, Q.W.J.C.H., 'De antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn', *MBB 2015/09-03*.

J.J.A.M. Korving, *TFO 2013/125.3*.

J.J.A.M. Korving, 'Misbruik en primair EU-recht', *TFO 2013/125.3*.

P. Koerver Schmidt, *Intertax 2020*, volume 48, issue 11.

P. Koerver Schmidt, 'A General Income Inclusion Rule as a Tool for Improving the International Tax Regime – Challenges Arising from EU Primary Law', *Intertax 2020*, volume 48, issue 11.

H. Lohuis, *NTFR 2018/2247*.

H. Lohuis, 'Wetsvoorstel Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking (ATAD1)', *NTFR 2018/2247*.

P.F.E.M. Merks, *MBB 2006/9 en 2006/10*.

P.F.E.M. Merks, 'Belastingontduiking, -ontwijking en -planning', *MBB 2006/9 en 2006/10*.

O.C.R. Marres, *NTFR 2019/23*.

O.C.R. Marres, 'Panta rhei: de doorstroomarresten', *NTFR 2019/23*.

W.C.M. Martens, *MBB 2005/06-05*.

W.C.M. Martens, 'De deelnemingsvrijstelling in 2007', *MBB 2005/06-05*.

S.R. Pancham, *NTFR 2019/693*.

S.R. Pancham, 'HvJ over Deense weigering de in de Moeder-dochterrichtlijn bedoelde vrijstelling van bronbelasting te verlenen', *NTFR 2019/693*.

J.F.P. Nogueira, *World Tax Journal*, 2020 (Volume 12), No. 3.

J.F.P. Nogueira, 'European Union/International - GloBE and EU Law: Assessing the Compatibility of the OECD's Pillar II Initiative on a Minimum Effective Tax Rate with EU Law and Implementing It within the Internal Market', *World Tax Journal*, 2020 (Volume 12), No. 3.

P. Pistone, J.F.P. Nogueira, B. Andrade & A Turina, *Bull. Intl. Taxn.* 2019, volume 74, No 2.

P. Pistone, J.F.P. Nogueira, B. Andrade & A Turina, 'OECD - The OECD Public Consultation Document "Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal – Pillar Two": An Assessment', *Bull. Intl. Taxn.* 2019, volume 74, No 2.

A.W. Ravelli, *WFR 2020/150*.

A.W. Ravelli, 'Aanpassing deelnemingsvrijstelling niet nodig naar aanleiding van de Deense arresten', *WFR 2020/150*.

R. Russo, *NLF* 2018/2.

R. Russo, 'Wanneer wordt taxplanning agressief? Een voorzet tot concretisering', *NLF* 2018/2.

L.G.M. Stevens, *WFR* 2015/1060.

L.G.M. Stevens, 'fiscale ethiek voor iedereen', *WFR* 2015/1060.

E. Swaving Dijkstra, *NTFR* 2018/11.

E. Swaving Dijkstra, 'De nieuwe CFC in de VPB: wat te doen met art. 8b?', *NTFR-A* 2018/11.

E. Swaving Dijkstra, *WFR* 2015/872.

E. Swaving Dijkstra, 'Art. 13a Wet VPB 1969 – toe aan een herwaardering?', *WFR* 2015/872.

H. Vermeulen, *NTFR* 2019/1787.

H. Vermeulen, 'De Deense beneficial ownership-zaken in relatie tot Deister Holding en Juhler Holding', *NTFR* 2019/1787.

H.R. Zuidhof & H. Vermeulen, *WFR* 2020/225.

H.R. Zuidhof & H. Vermeulen, 'Onder welke omstandigheden dienen nationale voordelen als Unierechtelijke voordelen aangemerkt te worden', *WFR* 2020/225.

J. Vleggeert, *WFR* 2019/190.

J. Vleggeert, 'Suggesties voor grondslagverbreding van de Vennootschapsbelasting', *WFR* 2019/190.

J. Vleggeert, *WFR* 2020/110.

J. Vleggeert, 'Polderen in de mist: een kleine stap naar meer balans in de heffing van vennootschapsbelasting van multinationals', *WFR* 2020/110.

Belastingpakket 2010; Memorie van Antwoord, *V-N* 2009/66.3.

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Belastingpakket 2010; Memorie van Antwoord', *V-N* 2009/66.3.

**Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking (ATAD 1).
Memorie van toelichting algemeen, *V-N* 2018/54.3.**

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking (ATAD 1). Memorie van toelichting algemeen', *V-N* 2018/54.3.

***V-N* 2009/46.6.**

Memorie van toelichting. Overige fiscale maatregelen; Kamerstukken II 2009/10, 32129, nr. 3, *V-N* 2009/46.6.

Nota naar aanleiding van het Verslag, *V-N* 2018/63.2.

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Nota naar aanleiding van het Verslag', *V-N* 2018/63.2.

**Vrijstelling uit EU-renteroyaltyrichtlijn komt toe aan daadwerkelijk
genothebbenden, behoudens misbruik', *V-N* 2019/14.10.**

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Vrijstelling uit EU-renteroyaltyrichtlijn komt toe aan daadwerkelijk genothebbenden behoudens misbruik', *V-N* 2019/14.10.

Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking. Voorgestelde wettekst met artikelsgewijze toelichting, *V-N* 2018/54.4.

V-N 2021/13/6.

Internetconsultatie gestart over implementatie slotgedeelte ATAD2, V-N 2021/13.6.

V-N 2021/13/7.

Consultatie gestart over conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel', V-N 2021/13.7.

D.M. Weber, FED 2016/110.

D.M. Weber, 'De algemene antimisbruikregel in de Antibelastingontwikkelingsrichtlijn', *FED 2016/110*.

Boeken

E. Aardema 1989.

E. Aardema, *De deelnemingsvrijstelling in nationaal perspectief, Belastingbeschouwingen* (Christiaanse-bundel), Deventer: Kluwer 1989.

J.H. Christiaanse 1975.

J.H. Christiaanse, *Deelnemingsvrijstelling en holdings, Belastingconsulentendag 1975*, Deventer: FED 1975.

F.J. Elswelier 2018.

F.J. Elswelier, *Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen (Fiscale Monografieën nr. 153)*, Deventer: Kluwer 2018.

J.T. van Egdom 2020.

J.T. van Egdom 2020, *Verrekenprijzen, de verdeling van de winst van een multinational (Fiscale monografieën 115)*, Deventer, Kluwer, 2020.

J.A.G. van der Geld 1990.

J.A.G. van der Geld, *De herziene deelnemingsvrijstelling (Fiscale monografieën 20)*, Deventer: Kluwer, 1990.

J.A.G. Van der Geld & A.W. Hofman 2017.

J.A.G. van der Geld & A.W. Hofman, *De deelnemingsvrijstelling en deelnemingsverrekening (Fiscale monografieën 149)*, Deventer: Kluwer 2017..

A.W. Hofman 2011.

A.W. Hofman, *De deelnemingsverrekening (Fiscale monografieën 138)*, Deventer: Kluwer 2011.

D. Juch 1974.

D. Juch, *Deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting*, Deventer: FED 1974.

W.C.M. Martens 2017.

W.C.M. Martens, *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (FED Fiscale Brochure)*, Deventer: FED 2017.

F.P.J. Snel 2005.

F.P.J. Snel, *Van moeders en dochters, Systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschapstax in deelnemingssituaties*, Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2005.

J.L. van der Streek, Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting, onderdeel Vpb.o.o.1.

J.L. van der Streek, cursus belastingrecht, Vennootschapsbelasting, onderdeel Vpb.2.4.o.B.f1

J.L. van der Streek, cursus belastingrecht, Vennootschapsbelasting, onderdeel Vpb.2.4.o.B.f2.

J.L. van der streek, cursus belastingrecht, Vennootschapsbelasting, onderdeel Vpb.2.4.4.c.a

H. Vermeulen, Cursus belastingrecht, Vennootschapsbelasting, onderdeel Vpb 2.o.5.E.h2.

Q.W.J.C.H. Kok, Cursus belastingrecht, Vennootschapsbelasting, onderdeel Vpb 2.4.9.B.b2.

D.M. Weber, 2003.

D.M. Weber, *Belastingontwijking en de EG-Verdragsvrijheden (Fiscale Monografieën nr. 105)*, Deventer: Kluwer 2003.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3.

Kamerstukken II 1979/80, 15 975, nr. 1.

Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 7.

Kamerstukken II 1989/90, 20 701, nr. 10.

Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nr. 1-2.

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

Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3.

Kamerstukken II 2005/06, 31 129, nr. 3.

Kamerstukken II, 2006/07, 30 572, H.

Kamerstukken II 2009/10, 31 369, nr. 10.

Kamerstukken II 2009/10, 32 128, nr. 20.

Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3.

Kamerstukken II 2017/18, 32 140, nr. 33.

Kamerstukken II 2018/19, 25 087, nr. 223.

Kamerstukken II 2018/19, 35 026, nr. 38.

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

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

Kamerstukken II, 2018/19, 35 300, nr. 2.

Kamerstukken I 2018/19, 35 030, nr. C.

Kamerstukken II 2018/19, 34 959, nr. 7.

Brieven en besluiten

Besluit 12 juli 2010, nr. DGB2010/2154M, Stcrt. nr. 11 223.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2019, nr. 2019-0000095322.

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 9 september 2019 (Stcrt. 2019, 50781).

Brief van de staatssecretaris van Financiën van 15 september 2020, Kamerstuk 31066, nr. 699.

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 19 juni 1991, nr. 26102, BNB 1991/268.

HR 19 januari 1994, nr. 28 646, BNB 1994/87.

HR 13 oktober 2006, nr. 42725, BNB 2007/61.

HR 17 augustus 1998, nr. 32.997, BNB 1998/385.

HR 6 oktober 2011, nr. 11/00762, BNB 2013/77.

Hof van Justitie

HvJ EG 5 oktober 1994, C-23/93, *Jur.* 1994, blz. 4795, (TV10).

HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97, *Jur.* 1999, blz. 1459, (Centros).

HvJ EU 26 oktober 1999, C-294/97, BNB 2001/394, (Eurowings).

HvJ EG 14 december 2000, C-110/99, BNB 2003/169, (Emsland-Stärke).

HvJ EG 21 februari 2006, C-255/02, BNB 2006/170, (Halifax).

HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, BNB 2007/54, (Cadbury Schweppes).

HvJ EG 21 februari 2008, C-425/08, BNB 2009/1, (Part Service).

HvJ EU 21 januari 2010, C-311/08, V-N 2010/13.21, (SGI).

HvJ EU 22 december 2010, C-103/09, BNB 2011/203, (Weald Leasing).

HvJ EG 3 oktober 2003, C-282/12, NTFR 2013/2280 (Itelcar).

HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, BNB 2018/55, (Eqiom en Enka).

HvJ EU 26 oktober 2017, C-39/16, BNB 2018/23 (Argenta Spaarbank).

HvJ EU 22 november 2017, C-251/16, *BNB 2018/46*, (Cussens).

HvJ EU 20 december 2017, C-504/16, C-613/16, *BNB 2018/56*, (Deister & Juhler Holding).

HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16, *BNB 2018/92*, (X BV).

HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, *BNB 2020/9*, (Deense antimisbruikzaken).

HvJ EU 26 februari 2019, C-116/16, C-117/16, *BNB 2020/10*, (Deense antimisbruikzaken).

Opinion of Advocate General Geelhoed, 29 Jun. 2006, Case C-524/04, (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue*).

Richtlijnen en rapporten

Publikatieblad EG van 22 maart 1969, nr. C 39.

Richtlijn 90/435/EEG.

Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

Publikatieblad EG van 6 mei 1991, nr. C 120.

Richtlijn 2003/123/EG.

Richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003 tot wijziging van Richtlijn 90/435/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

Richtlijn 2011/96 EU.

Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

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

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

OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy –Public Consultation Document, 2019.

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

Richtlijn 2016/1164 EU.

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

Richtlijn 2017/952 EU.

Richtlijn 2017/952 EU van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2016/1164 EU wat betreft hybridemismatches met derde landen.

www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-237528.pdf en www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-237533.pdf.

European Commission, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee*, COM (2007) 785 final (10 Dec. 2007).

OECD, *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, Parijs, 2019.

Rapport adviescommissie belastingheffing multinationals.

Rapport van de Adviescommissie belastingheffing van multinationals ‘Op weg naar balans in de vennootschapsbelasting – Analyses en aanbevelingen’, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 31 066, nr. 623.

OECD (2020), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/beba0634-en>.

OECD (2020), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, [www://doi.org/10.1787/beba0634-en](https://doi.org/10.1787/beba0634-en).

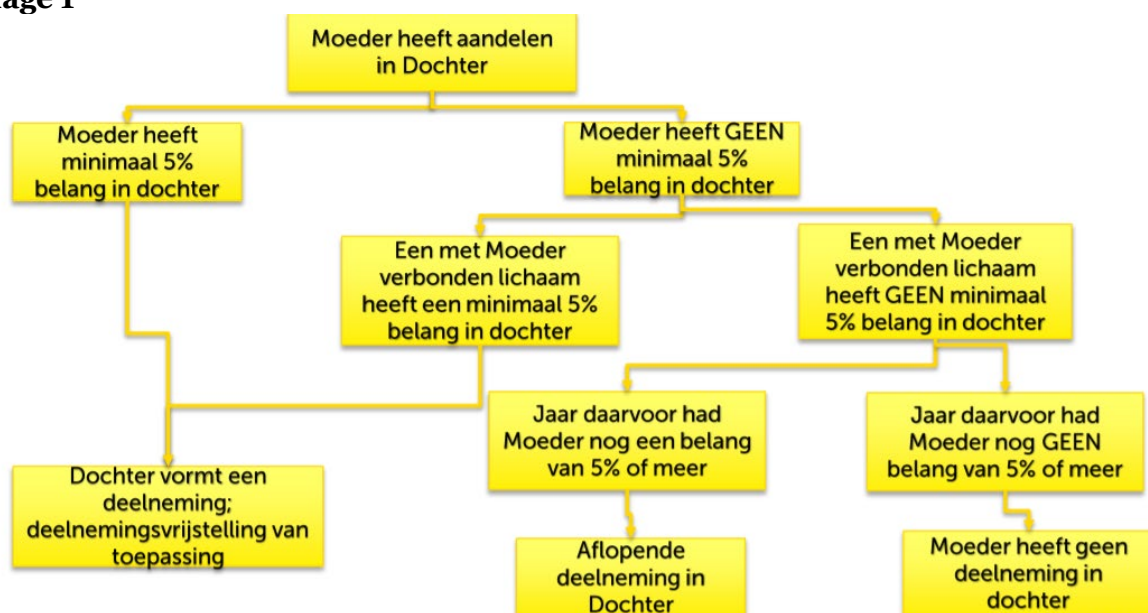
Overig

Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.

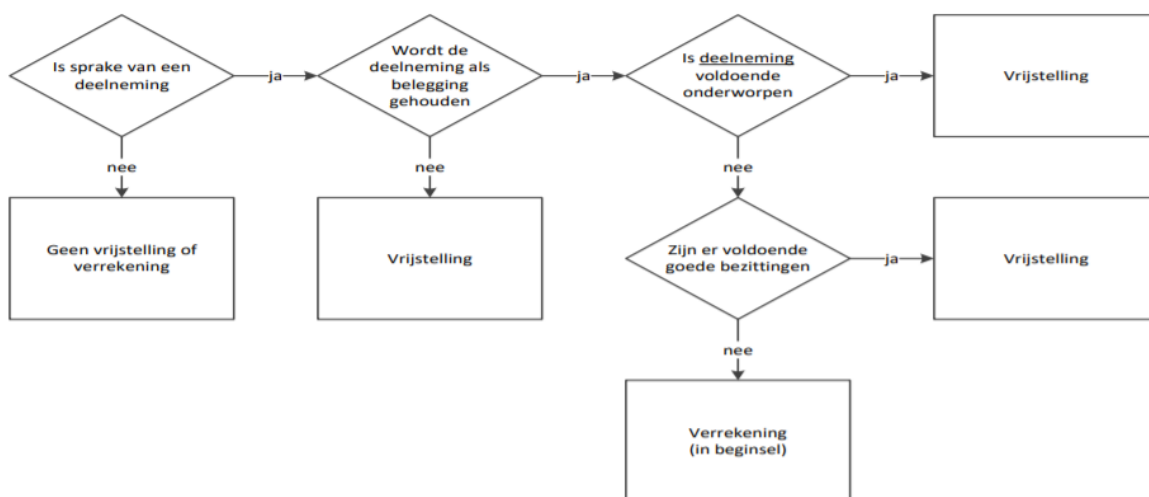
Dohmen, J. (21 februari 2008), Multinationals betalen vrijwel geen belasting, NRC.

BBC, 12 november 2012, ‘Starbucks, Google and Amazon grilled over tax avoidance’, <https://www.bbc.com/news/business-20288077>.

Bijlages: Bijlage 1



Bijlage 2



Bijlage 3

