

## Belastingconcurrentie binnen de EU – Is de CCCTB de oplossing?

mr. M.F. de Wilde\*

### Samenvatting

*De auteur gaat in op het verschijnsel van fiscaal geïndiceerde winstverschuivingsoperaties van multinationals binnen de Europese Unie ('EU') in reactie op EU-lidstaten die elkaar onderling beconcurreren in een poging heffingsgrondslag aan hun jurisdicties te binden. Centraal staat de vraag of dit tot het verleden behoort wanneer het Commissievoorstel voor een CCCTB-richtlijn in werking treedt. Of zal het voorgestelde Europese heffingssysteem multinationals onbedoeld prikkelen op kunstmatige wijze heffingsgrondslag te verschuiven naar de laagstbelastende EU-lidstaat, met ongewenste belastingconcurrentie als mogelijk gevolg? De voorzichtige conclusie van auteur is dat de toepassing van de CCCTB de potentie heeft te leiden tot kunstmatige verschuivingen van heffingsgrondslag binnen de EU en ongewenste belastingconcurrentie tussen de lidstaten. Er bestaat een risico dat substantiële gedeelten van de EU-heffingsgrondslag mobiel zullen worden. Omdat de lidstaten straks mogelijk effectief slechts over één instrument beschikken om hierop te reageren – tariefmatiging – zou dit wellicht een ongewenste wedloop om EU-heffingsgrondslag kunnen initiëren; in ieder geval in theorie.*

### 1 Inleiding

Op dinsdag 11 juni 2013 organiseerde de stichting 'Europese Fiscale Studies' in samenwerking met 'Erasmus Law Review' een conferentie met de titel "*Company tax integration in the EU – a necessary step to neutralize 'excessive' behaviour within the EU?*". Een interessant en actueel onderwerp. De thema's agressieve belastingplanning en schadelijke belastingconcurrentie staan thans volop in de publieke belangstelling.<sup>1</sup> Velen menen dat ook multinationals hun 'fair share' moeten bijdragen aan de maatschappij. Vooral in de huidige tijd van versoering waar bezuinigingen en lastenverzwaringen de welvaartstaat onder druk zetten.<sup>2</sup> Ik mocht aan de conferentie deelnemen en ingaan op het volgende thema: "*Tax Competition within the European Union – Is the CCCTB-Directive a Solution?*" Conferentieverlagen zijn verschenen in het Weekblad Fiscaal Recht en EC Tax Review.<sup>3</sup>

Deze bijdrage is het resultaat van mijn inspanningen.<sup>4</sup> Ik ga in op het kennelijke huidige probleem van fiscaal geïndiceerde winstverschuivingsoperaties van multinationals in reactie op EU-lidstaten die elkaar onderling beconcurreren in een poging heffingsgrondslag aan hun jurisdicties te binden. Centraal staat de vraag of dit tot het verleden behoort wanneer het Commissievoorstel van 16 maart 2011 voor een CCCTB-richtlijn in werking treedt.<sup>5</sup> Of zal het voorgestelde Europese heffingssysteem multinationals onbedoeld prikkelen op kunstmatige wijze heffingsgrondslag te verschuiven naar de laagstbelastende EU-lidstaat, met ongewenste belastingconcurrentie als mogelijk gevolg? De tijd zal het uiteraard leren, maar vooralsnog is mijn voorzichtige conclusie dat de toepassing van de CCCTB de potentie in zich draagt te leiden tot kunstmatige verschuivingen van heffingsgrondslag binnen de EU en ongewenste belastingconcurrentie tussen de lidstaten. Thans lijkt schadelijke belastingconcurrentie via preferentiële belastingregimes binnen de EU goeddeels te zijn teruggedrongen met de 'soft law-aanpak' van de Gedragscode die eind jaren 1990 en begin jaren 2000 is ingezet. Echter, één en ander zou mogelijk kunnen veranderen als het voorstel voor een CCCTB in haar huidige

---

\* Docent/onderzoeker, Erasmus Universiteit Rotterdam ([dewilde@law.eur.nl](mailto:dewilde@law.eur.nl)), docent Universiteit van Amsterdam, fiscalist Loyens & Loeff NV, Rotterdam. Deze bijdrage maakt deel uit van het onderzoeksprogramma van de Erasmus School of Law getiteld 'Fiscale autonomie en haar grenzen'.

<sup>1</sup> Zie hierover bijvoorbeeld Oliver R. Hoor en Georges Bock, *The Misleading Debate About Corporate Tax Avoidance by Multinationals*, 70 Tax Notes International 907 (27 mei 2013).

<sup>2</sup> Voor een diepgaande analyse verwijs ik naar Reuven S. Avi-Yonah, *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State*, 113 Harvard Law Review (1999-2000) 1573 ('Avi-Yonah 1999').

<sup>3</sup> Zie M.L. Schippers, *Company tax integration in the European Union, Verslag van de conferentie "Company tax integration in the European Union - a necessary step to neutralise 'excessive' behavior within the EU"*, gehouden op dinsdag 11 juni 2013, te Rotterdam, WFR 2013/1165 en Martijn Schippers, *Company Tax Integration in the European Union; 'Company Tax Integration in the European Union – a Necessary Step to Neutralise "Excessive" Behaviour within the EU' – Report on the Conference Held on Tuesday 11 June 2013 in Rotterdam*, 22 EC Tax Review, 258 (2013, nr. 5), blz. 258-263.

<sup>4</sup> Het oorspronkelijke Engelstalige paper waarvan dit de Nederlandstalige versie vormt, is als 'peer reviewed' publicatie verschenen in Erasmus Law Review. **[EVT. VERWIJZING ELR]**

<sup>5</sup> Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), COM(2011) 121 definitief, 2011/0058 (CNS), Brussel, 16.3.2011 ('CCCTB-richtlijnvoorstel'). Verwijzingen in deze bijdrage naar wetgeving betreffen het CCCTB-richtlijnvoorstel tenzij expliciet anders vermeld.

vorm van kracht wordt. Er bestaat een risico dat substantiële gedeelten van de EU-heffingsgrondslag vanaf dat moment onmiddellijk mobiel worden. Omdat de lidstaten straks mogelijk effectief slechts over één instrument beschikken om hierop te reageren – tariefmatiging – zou dit wellicht een ongewenste wedloop om EU-heffingsgrondslag kunnen initiëren; in ieder geval in theorie.

Voordat ik hieronder op het conferentiethema inga, verdient het eerst de volgende opmerkingen te plaatsen. Ten eerste moet worden opgemerkt dat de centrale vraag in deze bijdrage voorbijgaat aan enige relevante aangelegenheden. De CCCTB bestaat op dit moment alleen op papier. Het is onzeker of de richtlijn ooit van kracht wordt, aangezien dit unanieme goedkeuring verlangt van de EU-lidstaten – of die van de ‘early adopters’ onder de procedures voor nauwere samenwerking (‘enhanced cooperation’). Het richtlijnvoorstel kampt echter met politieke weerstand in verschillende lidstaten.<sup>6</sup> Daarnaast is het onzeker hoe de richtlijn er uiteindelijk komt uit te zien, zou deze worden aangenomen. Momenteel wordt binnen de instellingen van de EU over het voorstel gedebatteerd. Het Europees Parlement heeft verschillende amendementen aangenomen.<sup>7</sup> De Europese Commissie heeft enige daarvan niet aanvaard.<sup>8</sup> Het voorstel is tevens besproken binnen de Raad van de Europese Unie.<sup>9</sup> Hoe dan ook, voor de analyse in deze bijdrage wordt aangenomen dat de CCCTB in werking is getreden. Verwijzingen naar de CCCTB-richtlijn betreffen, tenzij expliciet anders vermeld, het originele richtlijnvoorstel van 16 maart 2011. Het voorstel wordt, ten slotte, als zodanig, op individuele merites geanalyseerd. Voor analyse-doeleinden wordt aangenomen dat de CCCTB het enige binnen de EU geldende vennootschapsbelastingstelsel is. De wisselwerking met de overige vennootschapsbelastingssystemen onder een optioneel toepasselijk systeem zoals voorgesteld door de commissie blijft aldus buiten beschouwing. Voor de analyse in deze bijdrage volg ik aldus de lijnen uitgezet door het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité, die voorstellen uiteindelijk te komen tot verplichte toepassing van de CCCTB.<sup>10</sup>

Ten tweede, de wijze waarop de centrale vraag is verwoord, veronderstelt dat de bijdrage zich dient te richten op het fenomeen belastingconcurrentie louter binnen het kader van de EU. Voor wat betreft de belastingheffing op winsten uit inkomende en uitgaande investeringen voorbij de buitengrenzen van de EU – inkomsten uit investeringen in of vanuit derdelanden derhalve – gedraagt de CCCTB zich in de basis als een traditionele vennootschapsbelasting. De in het oog springende kenmerken van het richtlijnvoorstel, het fiscale consolidatiemechanisme en de verdeling van heffingsgrondslag binnen de EU op basis van een verdeelsleutel, gelden niet voorbij de ‘water’s edge’ – de geografische buitengrenzen van het grondgebied van de EU. Het gevolg hiervan is dat de ‘tax planning-’ en belastingconcurrentievraagstukken die op dit moment opkomen in het internationaal belastingrecht zich vermoedelijk onverminderd zullen voortzetten onder de CCCTB in derdelandsituaties.<sup>11</sup> Deze kwestie valt echter buiten de reikwijdte van de centrale vraagstelling en wordt in deze bijdrage om die reden niet aan een nadere analyse onderworpen.

Ten derde, dit artikel voorziet niet in een empirisch-statistische analyse die de impact voorspelt van de CCCTB op economische gedragingen, of gedragseffecten anderszins, van te zijner tijd bij de richtlijntoepassing betrokken partijen. Hiervoor verwijs ik graag naar de betreffende literatuur.<sup>12</sup> Mijn bedoeling hier is slechts om enige voorzichtige aantekeningen te plaatsen over de mogelijke arbitrage die zich mijns inziens onder de toepassing van de CCCTB-richtlijn zou kunnen gaan voordoen. Om deze te gronden streef ik ernaar mijn analyse zorgvuldig en logisch op te bouwen. Waar mogelijk en gepast, refereer ik aan beschikbare literatuur,

<sup>6</sup> Verschillende van de parlementen van de EU-lidstaten hebben zogenoemde ‘gele kaarten’ getrokken.

<sup>7</sup> Zie Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 19 april 2012 over het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB) (COM(2011)0121 – C7-0092/2011 – 2011/0058(CNS)) (‘EP-Wetgevingsresolutie’).

<sup>8</sup> Zie Commission Communication on the action taken on opinions and resolutions adopted by Parliament at the April 2012 part-session, (SP(2012)388), 30 May 2012 (‘Communicatie SP(2012)388’).

<sup>9</sup> Zie Commentaren van het Voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie of het CCCTB-richtlijnvoorstel (doc. 8387/12 FISC 49) gepubliceerd door de Raad van de Europese Unie, 16 april 2012, nr. 2011/0058(CNS).

<sup>10</sup> Dit, na een introductieperiode. Zie EP-Wetgevingsresolutie, t.a.p., Amendementen 14, 21, 22; Overweging 8, Artikel 6a (nieuw) en Artikel 6b (nieuw), alsmede Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), COM(2011) 121 definitief - 2011/0058 (CNS) ECO/302, 26 oktober 2011 (‘Advies EESC’), overweging 1.4. De Europese Commissie stelt een optionele CCCTB voor. Daarmee zou de CCCTB het 29<sup>e</sup> toepasselijke vennootschapsbelastingstelsel binnen de EU worden. De belastingconcurrentie en tax planning die een dergelijke samenloop mogelijk veroorzaakt vormt geen onderdeel van de analyse in deze bijdrage.

<sup>11</sup> Vgl. Walter Hellerstein, *Tax Planning under the CCCTB’s Formulary Apportionment Provisions: The Good, the Bad and the Ugly*, in: Dennis Weber (ed.), *CCCTB Selected Issues*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2012, 221-252 (‘Hellerstein 2012’), op blz. 223 en 234 (voetnoot 72), waarin auteur dit kenmerk de ‘Achilleshiel’ van het heffingssysteem noemt.

<sup>12</sup> Zie bijv. Commission Staff Working Document, *Impact Assessment, Accompanying document to the Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, SEC(2011) 315 final, 16 March 2011, alsmede Leon Bettendorf, Albert van der Horst, Ruud de Mooij, Michael Devereux en Simon Loretz, *The economic effects of EU-reforms in corporate income tax systems, Study for the European Commission, Directorate General for Taxation and Customs Union*, Contract No. TAXUD/2007/DE/324, October 2009.

jurisprudentie en analyses. Ik zal bijvoorbeeld naar analogie wijzen op materiaal op het gebied van de Amerikaanse en Canadese ‘formulary-systemen’ die de inspiratie hebben gevormd voor het verdeelmechanisme in het CCCTB-richtlijnvoorstel.

## **2 Belastingconcurrentie binnen de EU**

### **2.1 Belastingconcurrentie: over verschillen in effectieve gemiddelde belastingtarieven en investeringslokatiebeslissingen**

De onderzoeksvraag impliceert dat het fenomeen ‘belastingconcurrentie’ een probleem vormt. Het veronderstelt belastingconcurrentie als problematisch, aangezien het in de CCCTB hiervoor een potentiële oplossing onderkent. Dit, althans, in ieder geval binnen het kader van de EU. Deze impliciete suggestie vraagt om een antwoord op de vraag wat belastingconcurrentie in de eerste plaats nu precies is, en, ten tweede, in hoeverre dit fenomeen als problematisch wordt – c.q. moet worden – gezien.

Belastingconcurrentie en zijn keerzijde, het fenomeen ‘tax planning’, draaien om effectieve gemiddelde belastingtarieven (‘effective average tax rates’, ‘AETRs’)<sup>13</sup> op investeringsrendementen en de investeringslokatiebeslissingen (‘investment location decisions’) van multinationale ondernemingen (‘multinational enterprises’, ‘MNEs’). Het lijkt erop dat internationalisering, de opkomende globale markt, de toegenomen mobiliteit van productiefactoren en de opkomst van winstmaximalisatiegedreven multinationals heeft geleid tot een proces van fiscaal geïndiceerd inspelen op investeringslokatiebeslissingen. Dit van de zijde van zowel staten als die van de multinationale ondernemingen.<sup>14</sup>

Omdat belastingen bedrijfseconomisch kunnen worden aangemerkt als ondernemingskosten, leidt dit de hypothese in dat multinationals hierop inspelen door productiefactoren geografisch aan te wenden in staten die – in een onderlinge vergelijking – investeringsrendementen onderwerpen aan lagere effectieve gemiddelde vennootschapsbelastingtarieven; ‘tax planning’. Overheden reageren hierop, is de gedachte, door hun effectieve vennootschapsbelastingtarieven te matigen. Dit, in een poging om vanuit het buitenland investeringen aan te trekken, maar ook om (mogelijke) binnenlandse investeringen niet aan een buitenland te verliezen. Binnenlandse investeringen vormen immers noodzakelijke aanjagers van economische groei en werkgelegenheid. Deze realiteit prikkelt – of wellicht dwingt – andere landen hetzelfde te doen, hetgeen eindigt in een fiscaal gedreven wedloop om de investeringslokatie van de multinational; ‘belastingconcurrentie’. Het gevolg is een neerwaartse kringloop van investeringslokatiebeslissingen van multinationals en tariefmatigingsbeslissingen van staten. Dit, als gezegd, in een poging van staten om investeringen aan hun jurisdicties te binden om de rendementen te kunnen belasten en daarmee de overheidsuitgaven te financieren. De ‘race to the bottom’.

### **2.2 ‘Eerlijke belastingconcurrentie’ en ‘schadelijke belastingconcurrentie’**

#### **2.2.1 Multinationals: fiscaal geïndiceerde verschuivingen van reële en ‘papieren’ investeringen – belastingrecht: alleen laatste is problematisch**

---

<sup>13</sup> Effectieve gemiddelde belastingtarieven worden berekend door de te betalen belasting (teller) te delen door de ondernemingswinst voor vennootschapsbelastingheffing (noemer), zie Willem Vermeend, Rick van der Ploeg en Jan Willem Timmer, *Taxes and the Economy; a Survey on the Impact of Taxes on Growth, Employment, Investment, Consumption and the Environment*, Edward Elgar, UK, 2008, blz. 73. Opmerking verdient dat effectieve marginale belastingtarieven financieringsbeslissingen beïnvloeden. Vennootschapsbelastingssystemen betrekken doorgaans het gerealiseerde nominale rendement op het geïnvesteerde eigen vermogen in de belastingheffing. Het gevolg daarvan is dat vreemdvermogenfinanciering fiscaal wordt bevoordeeld ten opzichte van eigenvermogenfinanciering. Cf. Howell H. Zee, *Reforming the Corporate Income Tax: The Case for a Hybrid Cash-Flow Tax*, *The Economist* (2007) 155, alsmede Serena Fatica, Thomas Hemmelgarn en Gaetan Nicodeme, *Taxation Papers; The Debt-Equity Tax Bias: Consequences And Solutions*, Working paper no. 33, July 2012, European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union. Ook de CCCTB hanteert een dergelijke traditionele heffingsgrondslag, met de relatieve fiscale subsidiëring van vreemdvermogenfinanciering als gevolg daarvan. Dit effect blijft verder buiten beschouwing aangezien het analytisch buiten de reikwijdte van de onderzoeksvraag valt.

<sup>14</sup> Vgl. Ruud de Mooij en Sief Ederveen, *Taxation and Foreign Direct Investment: A Synthesis of Empirical Research*, *International Tax and Public Finance* 10, no. 6, November 2003, blz. 277-301, Michael P. Devereux, *Taxation of outbound direct investment: economic principles and tax policy considerations*, *Oxford Review of Economic Policy*, Volume 24, Number 4, 2008, 698-719, blz. 710-711, Michael P. Devereux, *Taxes in the EU Nieuw Member States and the Location of Capital and Profit*, *Oxford University Centre for Business Taxation*, Working Paper, No. 0703, Michael P. Devereux, *Business taxation in a globalized World*, *Oxford Review of Economic Policy*, Volume 24, No. 4, 2008, blz. 625-638, Michael P. Devereux, Ben Lockwood and Michela Redoano, *Do countries compete over corporate tax rates?*, *Journal of Public Economics* 92 (2008), blz. 1210-1235, en J. Voget, *Headquarter Relocations and International Taxation*, *Oxford University, Centre for Business Taxation*, Oxford, 2008.

De fiscaal geïndiceerde verstoringen in de investeringslokatiebeslissingen van multinationals lijken zowel te zien op verplaatsingen van reële economische activiteiten als op verplaatsingen van economische activiteiten enkel op papier. Onder de toegepaste beginselen in het huidige internationaal belastingrecht wordt getracht vennootschapsbelastinggrondslag geografisch toe te rekenen aan de jurisdictie waarbinnen zich de investeringslokatie bevindt. Bij onderlinge belastingtariefsverschillen prikkelt dit om investeringen, zowel reële investeringen als ‘papieren’ investeringen, te verschuiven naar laagbelastende of niet-belastende heffingsjurisdicties.

Het eerste type verstoring in de investeringslokatiebeslissing betreft de verlegging naar laag-/niet-belastende jurisdicties van ‘ondernemingsinputs’ (‘firm inputs’), zoals kapitaal en arbeid die zijn aangetrokken van de (inter)nationale kapitaal- en arbeidsmarkten. Fiscaal geïndiceerde verlegging van deze reële ondernemingsinputs leidt tot verschuivingen van reële ondernemingswinsten naar die jurisdicties. Diverse studies suggereren dat onderlinge verschillen in de door staten gehanteerde effectieve gemiddelde belastingtarieven inderdaad de investeringslokatiebeslissingen van multinationals beïnvloeden.<sup>15</sup> Ook omdat overwinsten (‘ondernemingsrent’, ‘economic rents’) in toenemende mate ondernemingsgebonden blijken (‘firm specific rents’). Overwinsten (‘location specific rents’) blijken steeds minder lokatiegebonden. Wel verdient opmerking dat de geconstateerde gedragseffecten in deze studies minder significant zijn waar het reële investeringsactiviteiten betreft. Dit, in vergelijking tot die bij ‘papieren’ investeringen.

Bij het tweede type – de fiscaal geïndiceerde geografische allocatie van investeringen ‘op papier’ – draait het in de regel om het juridisch verleggen van de binnen een multinationale onderneming beschikbare financiële en immateriële productiemiddelen naar laag- of niet-belastende heffingsjurisdicties. Aangeduid als ‘tax sheltering’ verloopt dit doorgaans door de binnen de multinationale onderneming beschikbare financiële en intellectuele bezittingen juridisch onder te brengen in die jurisdicties. Gebruikelijke strategieën zijn het oprichten en fiscaal vestigen van gecontroleerde vennootschappen in die jurisdicties, om vervolgens aan de hand van intra-groepstransacties fiscaal erkende inkomensstromen te creëren in de richting van die jurisdicties. Dit is voor elkaar te krijgen vanwege de mobiliteit van voornoemde vermogensbestanddelen en de afwezigheid van een markt in de gecontroleerde intra-groepsomgeving waarbinnen deze juridische transacties in de regel plaatsvinden. Schoolvoorbeelden betreffen intra-groepstransacties inzake schuldfinanciering (intra-groepsgeldleningsovereenkomsten) en de ingebruikgeving van intellectuele rechten (intra-groepslicentieovereenkomsten). Deze genereren doorgaans aftrekbare interest- en royaltybetalingen in de landen waar de reële investeringen plaatsvinden.

In een poging de binnenlandse heffingsgrondslag tegen uitholling te beschermen, reageren staten veelal met de introductie van anti-misbruikmaatregelen in hun vennootschapsbelastingssystemen – ‘sticks regimes’. Voorbeelden zijn aftrekbeperkingen en ‘controlled foreign companyregimes’.<sup>16</sup> Ook reageren landen met bronbelastingheffingen op uitgaande intra-groepsbetalingen van dividenden, interest en royalty’s. Echter, de manoeuvreerruimte van landen op dit punt is vaak beperkt, omdat de toepassing van dergelijke maatregelen het effectieve gemiddelde vennootschapsbelastingtarief opdrijft. Mogelijk effect hiervan is dat de betreffende jurisdictie relatief minder aantrekkelijk wordt als lokatie voor reële investeringen. Daar komt bij dat staten regelmatig met juridische inperkingen worden geconfronteerd in hun pogingen uitgaande betalingen aan bronbelastingen te onderwerpen. Bijvoorbeeld onder de belastingverdragen-netwerken van staten, die in de regel de bevoegdheid inperken om deze betalingen aan de bron te belasten.<sup>17</sup> Dit, uiteraard, onder de uitzondering van de toepassing van diverse anti-misbruikmaatregelen, zoals ‘beneficial

<sup>15</sup> *Ibidem*, alsmede Harry Huizinga en Luc Laeven, *International profit shifting within multinationals: a Multi-country perspective*, Economic paper No. 264, European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, December 2006, Michael P. Devereux en R. Glenn Hubbard, *Taxing Multinationals*, NBER Working Paper Series, Working Paper 7920, National Bureau of Economic Research, September 2000, Alan J. Auerbach, Michael P. Devereux en Helen Simpson, *Taxing Corporate Income*, Paper Prepared for the Mirrlees Review, “*Reforming the Tax System for the 21<sup>st</sup> Century*”, 2008, blz. 17-18, Ruud A. de Mooij en Michael P. Devereux, *An applied analysis of ACE and CBIT reforms in the EU*, *International Tax and Public Finance* (2011) 18, par. 3.3, Ruud de Mooij, *Will corporate income taxation survive?*, *De Economist* 153 (2005) blz. 277-301, Reuven S. Avi-Yonah, *Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines A Proposal for Reconciliation*, *World Tax Journal*, February 2010, 3, blz. 6, Reuven S. Avi-Yonah en Ilan Benshalom, *Formulary Apportionment – Myths and Prospects; Promoting Better International Tax Policies by Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative*, *World Tax Journal*, October 2011, 371, blz. 393, Reuven S. Avi-Yonah en Kimberly A. Clausing, *Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment*, The Hamilton Project, Discussion Paper 2007-08, The Brookings Institution, June 2007, blz. 9-10, Ana Agúndez-García, *Taxation Papers; The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base For Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review Of Issues and Options*, Working paper no. 9, October 2006, European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union, blz. 7, alsmede OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 12 February 2013 (‘OECD BEPS Report’) en OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 19 July 2013 (‘OECD BEPS Action Plan’).

<sup>16</sup> In derdelandsituaties vormt het CCCTB-richtlijnvoorstel hierop geen uitzondering, aangezien het voor die situaties eveneens renteaftrekbeperkingen en CFC-maatregelen hanteert (Artt. 80-81 en 82).

<sup>17</sup> Zie artt. 10, 11, 12 OESO-Modelverdrag.

ownershipvoorwaarden’, ‘limitation on benefitsbepalingen’ en ‘main purpose tests’. Hetzelfde geldt binnen de EU waar de ‘moeder-dochterrichtlijn’ en ‘interest- en royaltyrichtlijn’ de EU-lidstaten vergelijkbare beperkingen opleggen.<sup>18</sup>

Hoewel vanuit een economisch oogpunt zowel het fiscaal geïndiceerd verschuiven van reële ondernemingswinsten als de fiscaal gemotiveerde verlegging van heffingsgrondslag op kunstmatige wijze als onwenselijk kan worden aangemerkt, wordt in het belastingrecht doorgaans alleen de laatstgenoemde variant problematisch geacht.<sup>19</sup> Dit geldt zowel in het internationaal belastingrecht als in het Unierecht op het gebied van de directe belastingen. Beide rechtsgebieden focussen op de fiscaal gedreven verschuivingen van belastbare ondernemingswinst zonder verplaatsing van de onderliggende reële investeringen, belastingontwijkende constructies zonder ‘substance’ derhalve. Dit zijn de ‘excessieve’ gedragingen die moeten worden geneutraliseerd. Waar multinationals zich van dergelijke constructies bedienen om hun ondernemingswinsten na belastingheffing te maximaliseren, spreekt men veelal van ‘aggressive tax planning’.<sup>20</sup>

### 2.2.2 *Staten: fiscaal geïndiceerd concurreren om reële en ‘papieren’ investeringen – belastingrecht: alleen laatste is problematisch*

Het belastingrecht kent vergelijkbare opvattingen waar het gaat om fiscaal geïndiceerde reacties van overheden op de planningsactiviteiten van multinationals. Langs het aangebrachte onderscheid tussen ‘eerlijke belastingconcurrentie’ en ‘schadelijke belastingconcurrentie’ wordt het vooral problematisch geacht wanneer staten elkaar op schadelijke wijze beconcurreren om heffingsgrondslag. Dit speelt wanneer staten preferentiële belastingregimes – ‘carrots regimes’ – in hun belastingstelsel opnemen om daarmee de investeringslokatiebeslissingen van multinationals te beïnvloeden.<sup>21</sup> Vooral acht men het schadelijk waar het gaat om de toepassing van fiscale maatregelen die multinationals prikkelen om op kunstmatige wijze heffingsgrondslag naar betreffende heffingsjurisdicties te verleggen. De reden hiervan, uiteraard, is omdat dit ten koste gaat van de heffingsgrondslagen en belastingopbrengsten van de staten van oorsprong waar de reële investeringen plaatsvinden. De algemene opvatting is dat dergelijke praktijken onrechtvaardige marktverstoringen en dervingen van belastingopbrengsten opleveren.

Schadelijke belastingmaatregelen draaien om het bieden van fiscale voordelen, ‘tax shelters’, aan grensoverschrijdende economische activiteiten die weinig tot geen substantiële fysieke aanwezigheid verlangen binnen de betrokken heffingsjurisdictie. Vaak gaat het om lage belastingheffing of zelfs de afwezigheid van enige belastingheffing over positieve voordelen uit intra-groepsfinancierings- of –licentiecontracten, zoals interest- en royalty-opbrengsten. De onderliggende financiële en intellectuele bezittingen zijn mobiel en relatief eenvoudig juridisch overdraagbaar. En, als gezegd, de negatieve voordelen uit deze intra-groepstransacties zijn doorgaans fiscaal aftrekbaar in de heffingsjurisdicties waar de reële investeringen plaatsvinden. Dergelijke schadelijke maatregelen worden veelal aangeduid als ‘offshore regimes’, ‘group financing regimes’, ‘headquarter regimes’, en ‘IP holding regimes’. Soms gaat de toepassing van deze maatregelen zelfs gepaard met het bieden van geheimhouding aan betrokken belastingplichtige entiteiten en verstrekken dergelijke laagbelastende heffingsjurisdicties effectief geen fiscaal en financieel relevante informatie aan andere jurisdicties. Verder staat de toepassing van dergelijke fiscale regimes vaak alleen open voor buitenlandse investeerders; ze zijn ‘ring-fenced’. Lokale investeerders komen doorgaans niet in aanmerking.

Eerlijke belastingconcurrentie, met name de onderlinge concurrentie om reële investeringen door middel van ‘tariefconcurrentie’ wordt in de regel als gunstig aangemerkt. Dit, althans vanuit een fiscaal-

<sup>18</sup> Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011, alsmede Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 (gewijzigd bij Richtlijn 2004/76/EG van de Raad van 29 april 2004 en Richtlijn 2006/96/EG van de Raad van 20 november 2006).

<sup>19</sup> Zie Stefan Mayer, *Formulary Apportionment for the Internal Market*, IBFD Doctoral Series, Volume 17, IBFD, Amsterdam, 2009, blz. 264-267, alsmede Carla Pinto, *Tax Competition and EU Law*, EUCOTAX Series on European Taxation, Kluwer Law International, Netherlands, 2003, blz. 10 e.v.

<sup>20</sup> Opmerking verdient dat de Staatssecretaris van Financiën recent heeft aangekondigd op dit punt maatregelen te willen treffen, Zie Brief Staatssecretaris van Financiën, 30 augustus 2013, nr. IFZ/2013/320. Zie bijvoorbeeld het Conceptbesluit tot wijziging van het uitvoeringsbesluit internationale Bijstandsverlening bij de heffing van belastingen.

<sup>21</sup> Binnen de EU leidt de selectieve toepassing van fiscaal begunstigende maatregelen om reële investeringen aan te trekken tot staatssteundiscussies. Zie art. 107 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (‘VwEU’). EU-lidstaten zijn niet toegestaan om sectoren of branches op selectieve wijze fiscaal te bevoordelen, aangezien dit de vrije en eerlijke mededinging beperkt binnen de interne markt zonder binnengrenzen. Begunstigende maatregelen die mogelijk illegale staatssteun opleveren, zijn het selectief toepassen van zogenoemde ‘tax holidays’, willekeurige afschrijvingsregelingen, of de vestiging van regionale ‘tax free zones’. Zie hierover bijvoorbeeld Mededeling van de Commissie, 98/C 384/03, Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen C 384/3, 10 december 1998, blz. 3, alsmede Verslag over de tenuitvoerlegging van de mededeling van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen, C(2004) 434 van 9 februari 2004.

juridisch perspectief. Zo merkt de Europese Commissie in de toelichting bij zijn CCCTB-voorstel bijvoorbeeld op dat: “[e]erlijke concurrentie op het gebied van belastingtarieven moet worden aangemoedigd. Dankzij tariefverschillen kan een zekere mate van belastingconcurrentie op de interne markt worden behouden; eerlijke belastingconcurrentie op basis van tarieven zorgt immers voor meer transparantie en geeft de lidstaten de mogelijkheid om bij de vaststelling van hun belastingtarieven rekening te houden met hun concurrentieklimaat en budgettaire behoeften.”<sup>22</sup> De Raad van de Europese Unie gaf blijk van een gelijke opvatting toen het de ‘Gedragscode inzake de belastingregeling voor ondernemingen’ aannam.<sup>23</sup> De gedragscode richt zich onder meer tot het op gecoördineerde wijze terugdringen van schadelijke belastingconcurrentie binnen de EU; zie nader hieronder.

Wat ook zij van de analytische (on)juistheid om ‘eerlijke’ belastingconcurrentie en ‘oneerlijke’ belastingconcurrentie van elkaar te onderscheiden, voor de analyse in deze bijdrage sluit ik aan bij de zienswijze van de commissie en de raad in dit verband. Ik ga er derhalve van uit dat met name als problematisch moet worden aangemerkt de fiscaal gedreven kunstmatige winstverschuivingsactiviteiten van multinationals en de daartoe door laag- en niet-belastende heffingsjurisdicties gecreëerde prikkels. Dit, mede gelet op het centrale thema van de conferentie waarvan dit artikel een van de resultaten is. Agressieve planningsactiviteiten van multinationals en schadelijke belastingmaatregelen van staten in reactie hierop sluiten naadloos aan bij de gehanteerde term ‘excessive behaviour’ in de conferentietitel.

### 2.3 Werkzaamheden verricht binnen de EU inzake ‘schadelijke belastingconcurrentie’

Internationaal, bijvoorbeeld binnen het kader van de Organisatie voor Economische Ontwikkeling en Samenwerking (‘OESO’),<sup>24</sup> maar ook binnen de EU is al veel werk verricht in het terugdringen van schadelijke belastingmaatregelen. Eind jaren 1990 nam de Raad Economische en Financiële Zaken (‘EcoFin-raad’) de Gedragscode inzake de belastingregeling voor ondernemingen aan. Daarmee initieerde de raad een ‘soft law-aanpak’ waarmee de lidstaten van de EU elkaar als onderling gelijken onder politieke druk zetten (‘peer pressure’) om bestaande schadelijke belastingmaatregelen terug te dringen en de introductie van nieuwe te voorkomen. Over de voortgang hiervan wordt tot op heden toegezien door de werkgroep ‘gedragscode’.

Hoewel de Gedragscode de EU-lidstaten juridisch niet bindt, bezit het instrument wel degelijk politieke kracht, omdat alle EU-lidstaten zich aan de hierin uitgezette koers hebben gecommitteerd. De Code lijkt zijn nut te hebben bewezen. Sinds het aannemen van de Code heeft de gedragscodewerkgroep meer dan vierhonderd belastingregimes binnen het grondgebied van de EU en de overzeese landen en gebiedsdelen van de EU-lidstaten onderzocht. Ongeveer honderd daarvan zijn afgeschaft nadat de werkgroep deze als schadelijke belastingmaatregel identificeerde.<sup>25</sup> Bovendien gelden binnen de EU diverse instrumenten die de EU-lidstaten de mogelijkheid geven elkaar in fiscale kwesties administratief te ondersteunen, bijvoorbeeld door elkaar informatie te verstrekken of elkaar bij te staan bij de invordering van belastingsschulden.<sup>26</sup> De aanwezigheid van schadelijke belastingmaatregelen binnen de EU is door de getroffen maatregelen sterk teruggedrongen. Ter verdere illustratie van de geboekte successen kan er nog op worden gewezen dat de werkzaamheden binnen de instellingen van de EU op dit gebied aan het verschuiven zijn. Tegenwoordig

<sup>22</sup> Zie de Toelichting bij het CCCTB-richtlijnvoorstel, t.a.p., paragraaf 1.

<sup>23</sup> Zie bijv. Conclusies van de Raad (ECOFIN) van 1 december 1997 inzake het belastingbeleid (98/C 2/01), Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen C 2/1-C 2/2, 6 januari 1998. De Code omschrijft schadelijke belastingmaatregelen als “maatregelen (incl. administratieve praktijken) die de locatie van economische activiteiten in de Gemeenschap in aanzienlijke mate beïnvloeden of kunnen beïnvloeden en die een daadwerkelijk belastingniveau opleveren dat beduidend lager is, inclusief belasting tegen nultarief, dan die welke normaal gesproken in de betrokken lidstaat van toepassing zijn.”

<sup>24</sup> Gewezen kan worden op het werk van het ‘Forum on Harmful Tax Practices’ van de OESO. Het Forum is opgezet na het rapport van de OESO uit 1998 getiteld ‘Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue’. Met name wordt ingegaan op de noodzaak tot transparantie en inlichtingenuitwisseling. Meer recent werk van de OESO in dit verband is het OECD Secretary-General report to the G20 Finance Ministers, 19 april 2013, *Part II: Current tax work of relevance to tackle offshore tax evasion and tax avoidance*.

<sup>25</sup> Deze cijfers zijn ontleend aan de ‘Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, *Promoting Good Governance in Tax Matters*, COM(2009) 201 final, 28 April 2009’. Zie ook de ‘*Questions and Answers*’ (MEMO/12/949) bij het ‘*December Package*’ van de Europese Commissie van 6 december 2012, te weten de ‘*Communication to the European Parliament and the Council, ‘An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion*’, (COM(2012) 722 final) (‘*EC Action Plan*’), de ‘*Recommendation on aggressive tax planning* (c(2012) 8806 final) (‘*ATP Recommendation*’), en de ‘*Recommendation regarding measures intended to encourage third countries to apply minimum standards of good governance in tax matters* (c(2012) 8805 final) (‘*3<sup>rd</sup> Countries Recommendation*’). Ook kan worden gewezen op het persbericht van de commissie ‘*Clamping down on tax evasion and avoidance: Commission presents the way forward*’ (IP/12/1325). Het pakket betreft een follow-up op de ‘*Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on concrete ways to reinforce the fight against tax fraud and tax evasion including in relation to third countries* (COM(2012) 351 final)’ van 27 juni 2012.

<sup>26</sup> Bijv. Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 en Richtlijn 2010/24/EU van de Raad van 16 maart 2010.

concentreert men zich in toenemende mate op de aanpak van schadelijke belastingmaatregelen van derdelanden.<sup>27</sup>

Daarnaast verdient opmerking dat de meest recente activiteiten in dit verband op politiek niveau – wederom zowel binnen de EU<sup>28</sup> als internationaal (OESO/G20)<sup>29</sup> – zich zijn gaan toespitsen op de terugdringing van belastingbesparende structuren van multinationals, die gericht zijn op het benutten van de onderlinge verschillen in de heffingssystemen van staten. Multinationals worden ervan beschuldigd de dispariteiten of ‘mismatches’ in de vennootschapsbelastingssystemen van landen aan te wenden om de effectieve belastingdruk op hun wereldwijde winsten te verlagen zonder hun reële investeringen substantieel te wijzigen. Er wordt betoogd dat dit gebeurt, bijvoorbeeld door gebruikmaking van zogenoemde ‘mismatch arrangements’ met aanduidingen als ‘Hybrid Instruments’, ‘Hybrid Entities’, ‘Hybrid Transfers’, ‘Dual Residence Entities’, ‘(Double) Deduction/No Inclusion Transactions’ en ‘Foreign Tax Credit Transactions’.<sup>30</sup> Gemene deler van deze juridische arrangementen is de gebruikmaking van de onderlinge verschillen in de gekozen benaderingen van staten bij de vaststelling van het heffingsobject, het heffingsobject en de toerekening van het heffingsobject aan heffingsjurisdicties (‘winstallocatie’).

Omdat het bij deze planningsactiviteiten gaat om het benutten van de verschillen tussen twee of meer heffingssystemen, kan echter worden betwijfeld of deze dispariteiten – ook die binnen de EU – moeten worden aangemerkt als schadelijke belastingmaatregelen. Ik meen dat hier van schadelijke belastingpraktijken in traditionele zin (‘harmful tax practices’) geen sprake is. Bij schadelijke belastingpraktijken gaat het vooral om de gebruikmaking door multinationals van begunstigende fiscale regelingen die specifiek voor hen door een enkele staat zijn ontwikkeld. Dit speelt niet bij dispariteiten en ‘mismatch arrangements’, aangezien het daar gaat om de gebruikmaking van de verschillen tussen minstens twee heffingssystemen. Dit houdt wat mij betreft, ook al is de gedragscodewerkgroep zich sinds recent tevens gaan richten op de bestrijding van ‘mismatch issues’.<sup>31</sup>

### **3 CCCTB – de oplossing?**

#### **3.1 Gaat de CCCTB prikkelen tot kunstmatige winstverschuivingsoperaties met ongewenste belastingconcurrentie binnen de EU als mogelijk gevolg?**

De politieke druk die eind jaren 1990 en begin jaren 2000 is ingezet, lijkt een succesvol middel te zijn geweest in het terugdringen van de schadelijke belastingmaatregelen in de vennootschapsbelastingssystemen van de EU-lidstaten. Binnen de EU lijkt de ernst van het probleem van schadelijke belastingconcurrentie dan ook aanzienlijk te zijn afgenomen.

Wellicht verlangt de onderzoeksvraag uit de inleiding om deze reden enige aanpassing. Van oneerlijke belastingconcurrentie binnen de EU lijkt op dit moment immers weinig sprake meer. Ik ben dan ook zo vrij geweest de mij aangereikte centrale vraag te wijzigen. Het vervolg van deze bijdrage spitst zich toe op de vraag of de CCCTB, indien deze wordt aangenomen zoals oorspronkelijk is voorgesteld, multinationals onbedoeld zal gaan prikkelen om op kunstmatige wijze belastbare ondernemingswinsten binnen de EU te gaan verschuiven. Als deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, is het mogelijke gevolg dat de toepassing van de CCCTB een wellicht onvoorziene en ongewenste wedloop zal initiëren tussen de EU-lidstaten om heffingsgrondslag.

In het navolgende analyseer ik, als gezegd, het CCCTB-richtlijnvoorstel op eigen merites. Daarnaast ga ik er voor de analyse van uit dat de CCCTB binnen het gehele EU-grondgebied verplicht van toepassing is. Al ben ik mij ervan bewust dat de huidige politieke realiteit wellicht een andere richting lijkt in te gaan slaan – die van een optionele CCCTB geldend binnen een gedeelte van het EU-grondgebied (als er daadwerkelijk een CCCTB komt). De reden van deze aannames is dat ik de mogelijke gevolgen van een CCCTB die concurreert met de overige vennootschapsbelastingssystemen van de achtentwintig EU-lidstaten van de analyse wil uitsluiten.<sup>32</sup> Ik volg aldus de koers die is uitgezet door het Europees Parlement.<sup>33</sup> Verder ga ik voor het overige uit van een

<sup>27</sup> Bijv. 3<sup>rd</sup> Countries Recommendation, t.a.p.

<sup>28</sup> Bijv. ATP Recommendation, t.a.p. Zie tevens ‘European Commission, Staff working paper, *The internal market: factual examples of double non-taxation cases, Consultation document, Brussels, TAXUD D1 D(2012)*’ (‘Consultation Document’).

<sup>29</sup> Zie OECD BEPS Report, t.a.p., OECD BEPS Action Plan, t.a.p. en OECD, *Hybrid mismatch arrangements; Tax policy and compliance issues*, OECD, Paris, 2012.

<sup>30</sup> *Ibidem*, en Consultation Document, t.a.p.

<sup>31</sup> Zie EC Action Plan, t.a.p.

<sup>32</sup> Kroatië is op 1 juli 2013 als 28<sup>e</sup> EU-lidstaat toegetreden.

<sup>33</sup> Het Europees Parlement heeft onder meer voorgesteld het oorspronkelijke CCCTB-richtlijnvoorstel van de Commissie te wijzigen. Het parlement stelt voor de CCCTB verplicht te maken voor alle multinationale ondernemingen (m.u.v. kleine en middelgrote ondernemingen) na een relatief korte overgangsperiode. Zie EP-Wetgevingsresolutie, t.a.p., Amendementen 14, 21, 22; Overweging 8, Artikel 6a (nieuw) en

operationele CCCTB-richtlijn als oorspronkelijk voorgesteld door de commissie. Ik neem het commissievoorstel als uitgangspunt, wetende dat de richtlijntekst op dit moment binnen de instellingen van de EU wordt bediscussieerd en de uiteindelijke richtlijntekst daarmee ongewis is. Waar relevant of gelegen ga ik in op de wijzigingen die sinds het oorspronkelijke voorstel zijn gesuggereerd door de verschillende partijen die bij het wetgevingsproces betrokken zijn.

### 3.2 CCCTB: “een alomvattende oplossing”

De Europese Commissie ziet in de CCCTB “een alomvattende oplossing” voor de onrechtvaardigheden en marktverstoringen die op dit moment opkomen onder de toepassing van de thans achtentwintig verschillende vennootschapsbelastingssystemen binnen de EU.<sup>34</sup> De toepassing van de belastingssystemen van de EU-lidstaten – zowel unilateraal als in hun onderlinge wisselwerking – staan in de weg aan de beoogde vrije en eerlijke mededinging binnen de interne markt zonder binnengrenzen.

De commissie meent, vanuit het perspectief van de directe belastingen, dat het potentieel van de interne markt slechts volledig kan worden benut onder een EU-wijd werkend heffingssysteem voor het Europese bedrijfsleven, de CCCTB. De meest in het oog springende kenmerken van het richtlijnvoorstel zijn, ten eerste, een gemeenschappelijke omschrijving van het heffingsobject. Dit, althans, in essentie; van alle vennootschappen met een belastbare aanwezigheid binnen de EU die tot dezelfde ‘CCCTB-groep’ behoren, de ‘groepsmaatschappijen’, wordt verlangd dat zij voor fiscale doeleinden hun resultaten consolideren en hun onderlinge juridische transacties elimineren.<sup>35</sup> Voorbij de zogenoemde ‘water’s edge’ – de geografische buitengrenzen van het grondgebied van de EU – werkt de CCCTB als gezegd als een traditionele vennootschapsbelasting met het kenmerkende klassieke stelsel en de toepassing van het arm’s lenghtbeginsel (‘separate accounting’, ‘arm’s length standard’, ‘SA/ALS’). Ten tweede voorziet de CCCTB in een gemeenschappelijke omschrijving van het heffingsobject. Er is gekozen voor een traditioneel winstbegrip dat uitgaat van het gerealiseerde nominale rendement op het geïnvesteerde eigen vermogen, een concept dat binnen de EU breed wordt toegepast; ook in Nederland.<sup>36</sup> Ten derde, de heffingsgrondslag wordt vervolgens onder de EU-lidstaten verdeeld op basis van een gemeenschappelijke verdeelsleutel. De verdeelsleutel is gegoten in de vorm van een vooraf vastgestelde formule. De gehanteerde factoren in de formule geven blijk van een benadering waarbij de heffingsgrondslag geografisch wordt toebedeeld aan de hand van de ondernemingsinputs (activa, arbeid) in de jurisdictie van oorsprong (‘origin principle’) en de ondernemingsoutputs (opbrengsten) in de jurisdictie van bestemming (‘destination principle’). Inspiratie voor het verdeelmechanisme in de CCCTB is gevonden in de toerekeningsmechanismen in de subnationale winstbelastingssystemen, zoals die op dit moment worden toegepast in de Verenigde Staten en Canada om belastbare ondernemingswinsten te verdelen onder de staten (VS) of de provinciën en gebiedsdelen (Canada). Wijzend op de in die jurisdicties gehanteerde terminologie kan de verdeelsystematiek onder de CCCTB worden aangeduid als ‘formulary apportionment’ (VS) of ‘formulary allocation’ (Canada), afgekort als ‘FA’.

De gedachte is dat belastingconcurrentie binnen de EU onder een gemeenschappelijke EU-breed werkende CCCTB enkel zal draaien om overzichtelijke tariefconcurrentie tussen de EU-lidstaten. Dit, omdat de tariefstelling tegen die tijd het enige instrument zal zijn dat de individuele EU-lidstaten beschikbaar zal staan om de investeringslokatiebeslissingen van multinationals te beïnvloeden. De vaststelling van het

---

Artikel 6b (nieuw). De Europese Commissie heeft aangegeven deze wijzigingsvoorstellen niet te kunnen accepteren, Communicatie SP(2012)388, t.a.p.

<sup>34</sup>Zie Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité, *Naar een interne markt zonder belastingbelemmeringen; Een strategie voor het verschaffen van een geconsolideerde heffingsgrondslag aan ondernemingen voor de vennootschapsbelasting op hun activiteiten in de gehele EU*, COM(2001) 582 definitief, 23 oktober 2001. Met dit document publiceerde de Europese Commissie het beleidstandpunt om een CCCTB te ontwikkelen. De commissie bevestigde dit standpunt in de Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité; *Een interne markt zonder belemmeringen op het gebied van de vennootschapsbelasting – Verwezenlijkingen, lopende initiatieven en resterende uitdagingen*, COM(2003)726 definitief, 24 november 2003.

<sup>35</sup>Voor de formalisering van de materiële CCCTB-belastingsschuld hanteert het richtlijnvoorstel de zogenoemde ‘one-stop-shopbenadering’. De CCCTB-belastingaangifte kan worden ingediend bij de belastingdienst van één enkele lidstaat (de ‘hoofdbelastingautoriteit’), te weten de EU-lidstaat waar de CCCTB-moedermaatschappij (de ‘hoofdbelastingplichtige’) fiscaal gevestigd is.

<sup>36</sup>Aangezien de CCCTB het gerealiseerde nominale rendement op het geïnvesteerde eigen vermogen in de belastingheffing betreft, begunstigt het fiscaal vreemdvermogenfinanciering boven eigenvermogenfinanciering. In derdelandsituaties hanteert het CCCTB-richtlijnvoorstel onverkort het SA/ALS-systeem. Daarmee worden intra-groepsfinancieringstransacties fiscaal erkend voor zowel de vaststelling van de omvang van de heffingsgrondslag als de toerekening daarvan aan heffingsjurisdicties. Omdat financieringstransacties binnen de groep voor het concern als zodanig geen waarde toevoegen, prikkelt de – desondanks – fiscale erkenning daarvan tot het opzetten van ‘CCCTB-grondslaguitholling en CCCTB-winstverschuiving’ door middel van intra-groepsfinancieringstransacties voorbij de ‘water’s edge’. Het CCCTB-richtlijnvoorstel reageert op een vrij traditionele wijze op dit risico met de invoering in het voorstel van renteaftrekbepaling in een poging de CCCTB-heffingsgrondslag tegen ‘BEPS-achtige’ transacties te beschermen.



heffingssubject, het heffingsobject en de winstallocatie op basis van het verdeelmechanisme zal binnen de EU immers zijn geharmoniseerd. De lidstaten behouden hun fiscale autonomie in de sfeer van de vennootschapsbelasting dan enkel zover het de vaststelling van het toepasselijke belastingtarief betreft op het aan hun grondgebied toegerekende gedeelte van de EU-heffingsgrondslag.

Opmerking verdient dat het Europees Parlement zijn voorkeur heeft uitgesproken voor de introductie van een systematiek waarbij de lidstaten bevoegd zijn om fiscale faciliteiten toe te passen op het aan hen toegerekende gedeelte van de EU-heffingsgrondslag. Met de bevoegdheid om de toebedeelde grondslag te kunnen verlagen, bijvoorbeeld via een ‘belastingkrediet’, zouden de lidstaten bevoegd blijven om ‘bepaalde incentives voor ondernemingen te hanteren’.<sup>37</sup> Uit onderzoek naar vergelijkbare mogelijkheden onder het Canadese ‘formulary allocation’ systeem kan worden afgeleid dat een dergelijk instrument waarschijnlijk zal leiden tot belastingconcurrentie tussen de EU-lidstaten.<sup>38</sup> De Europese Commissie heeft aangegeven het amendement om technische redenen niet te kunnen accepteren.<sup>39</sup> Naar mijn indruk zal het gebruik van dergelijke belastingkredieten tot staatssteundiscussies kunnen leiden.<sup>40</sup> De introductie van deze mogelijkheid zou dan ook niet mijn voorkeur hebben. Daar komt bij dat wanneer het verdeelmechanisme heffingsgrondslag op arbitraire wijze aan de lidstaten zou toerekenen – een thema dat hieronder nader aan de orde komt –, de mogelijkheid om hierop vervolgens belastingkredieten toe te passen wellicht zelfs tot ongewenste belastingconcurrentie zou kunnen leiden.

### 3.3 CCCTB: Prikkel voor kunstmatige winstverschuivingsoperaties?

#### 3.3.1 Diverse vraagstukken zouden onder de CCCTB worden opgelost

De benadering waarbij geconsolideerde ondernemingswinsten geografisch worden verdeeld op basis van een formule die toewijst aan de lokaties van ondernemingsinputs en –outputs (‘unitary taxation’) wordt algemeen gezien als een aanpak die minder ruimte biedt voor belastingontwijkende constructies.<sup>41</sup>

Dit, ten eerste, in vergelijking met het SA/ALS systeem dat de meeste landen op dit moment toepassen, zowel de EU-lidstaten als derdelanden. Uitschakeling van de juridische realiteiten binnen de groep voor fiscale doeleinden binnen de EU zou een flinke stap betekenen in het verhelpen van diverse van de huidige problemen in het internationaal belastingrecht. Grensoverschrijdende fiscale consolidatie (van rechtswege) neemt namelijk de instrumenten weg die staten en multinationals thans beschikbaar staan om te worden aangewend met de bedoeling op kunstmatige wijze ondernemingswinst geografisch te verschuiven.<sup>42</sup> De verplaatsing van financiële en immateriële bezittingen aan de hand van juridische arrangementen die zijn opgezet binnen de gecontroleerde omgeving van de groep zou tot het verleden behoren. Opmerking verdient dat belastingplanning doorgaans plaatsvindt binnen de gecontroleerde omgeving van de functioneel geïntegreerde multinationale onderneming.<sup>43</sup> Bij de totstandkoming van daadwerkelijke derdentransacties kan genoegzaam worden aangenomen dat hier een toereikend ‘self-policingmechanisme’ bestaat in de vorm van de tegengestelde economische belangen die in een competitieve zakelijke omgeving aan derdenovereenkomsten ten grondslag liggen.<sup>44</sup>

In de tweede plaats zal een gecoördineerde aanpak een einde maken aan de onrechtvaardig geachte ‘overbelasting’ en ‘onderbelasting’ van behaalde voordelen uit binnengrensoverschrijdende investeringen ten opzichte van die uit binnenlandse investeringen. Het zou ook het einde betekenen van de fiscaal geïndiceerde

<sup>37</sup> Zie EP-Wetgevingsresolutie, t.a.p., Amendement 9; Overweging 5.

<sup>38</sup> Zie Joan Martens Weiner, *Taxation Papers; Formulary Apportionment and Group Taxation in the European Union: Insights from the United States and Canada*, Working paper no 8, March 2005, European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union, Hoofdstuk 6.

<sup>39</sup> Zie Communicatie SP(2012)388, t.a.p.

<sup>40</sup> Cf. Weiner, t.a.p., blz. 51-52 (voetnoot 75).

<sup>41</sup> Zie bijv. Hellerstein 2012, t.a.p., blz. 222.

<sup>42</sup> Cf. Maarten F. de Wilde, *A Step towards a Fair Corporate Taxation of Groups in the Emerging Global Market*, 39 *Intertax* 62 (2011), blz. 62-84.

<sup>43</sup> Vgl. Mayer, t.a.p., blz. 177: “Profit shifting between two entities mainly takes place when they are under common control, whereas below that level external shareholders can be expected to oppose measures that artificially reduce one company’s profits or increase its tax burden.” Zie tevens Benjamin F. Miller, *None Are So Blind as Those Who Will Not See*, 66 *Tax Notes* 1023 (Feb. 13, 1995), blz. 1030: “For entities that are 50-percent-or-less owned, a self-policing mechanism exists in the form of the other shareholders.”

<sup>44</sup> Wellicht zou enige arbitrage resteren voor zover de CCCTB-groepsdefinitie niet correspondeert met de groep in economische zin. Dit blijft verder buiten beschouwing. Ik neem voorzichtig aan dat deze kwestie minder relevant zal zijn dan het arbitragepotentieel onder het verdeelmechanisme, dat hieronder nader aan de orde komt. Voor een analyse van de CCCTB-groepsdefinitie, zie Workshop on the Common Consolidated Corporation Tax (CCCTB), Room Document 1: *Eligibility Tests for Companies and Definition of a CCCTB Group*, TaxudD1/ CCCTB/RD\001\doc\en, 30 August 2010. Voor een betoog over een analytisch zuivere groepsdefinitie, zie De Wilde, t.a.p., blz. 62-84.

verstoringen van de interne markt die ontstaan door de onderlinge verschillen in de vaststelling van subject, object en winstallocatie. De zo problematisch geachte benutting van dispariteiten of ‘mismatches’ – het gevolg van de gebrekkige coördinatie van de internationale winstbelastingssystemen van de lidstaten – zouden effectief worden verholpen onder een gecoördineerde Europese heffingsystematiek. De enige resterende dispariteit in de EU onder de CCCTB zou een tariefdispariteit zijn.

In de derde plaats verdient opmerking dat een bekend effect van toepassing van een ‘formulary-systeem’ om heffingsgrondslag geografisch te alloceren, is dat een dergelijke systematiek multinationals prikkelt om de factoren in de gehanteerde formule geografisch te lokaliseren in laagbelastende jurisdicties.<sup>45</sup> In theoretisch en empirisch onderzoek naar formulary-systemen komt naar voren dat multinationals in de aanwezigheid van verschillende effectieve gemiddelde belastingtarieven overgaan tot het ontwikkelen van winstverschuivingsstrategieën.<sup>46</sup> Heffingsjurisdicties reageren hierop met een onderlinge wedloop in een poging heffingsgrondslag aan hun grondgebieden te binden. Ook formulary-systemen leiden tot belastingconcurrentie.

Binnen de EU zouden deze effecten onder de CCCTB verdwijnen wanneer zou worden overgegaan tot een geharmoniseerde tariefstelling – de route die het Europees Parlement als mogelijkheid voorstelt<sup>47</sup> –, of een verdeelsleutel op basis waarvan lidstaten overgaan tot verdeling van belastingopbrengsten (‘revenue sharing’).<sup>48</sup> Hieruit kan tevens worden afgeleid dat verstoringen in de investeringslokatiebeslissingen zouden worden beperkt, wanneer zou worden gekozen voor de introductie van toegestane bandbreedtes bij de tariefstelling c.q. tariefminima.

De Europese Commissie heeft echter aangegeven maatregelen op het gebied van tariefcoördinatie niet te kunnen accepteren.<sup>49</sup> De commissie is van mening dat de CCCTB niet bedoeld is om te morrelen aan de autonomie van de EU-lidstaten om de vennootschapsbelastingtarieven vast te stellen. *“De vaststelling van de tarieven maakt immers onlosmakelijk deel uit van de fiscale soevereiniteit van de lidstaten en moet derhalve in nationale wetgeving worden geregeld.”*<sup>50</sup> Tariefcoördinatie-initiatieven zouden waarschijnlijk bovendien politieke weerstand oproepen in de lidstaten, aangezien maatregelen in dit verband tot een substantiële transfer van fiscale autonomie van de EU-lidstaten naar de unie zou betekenen.

### 3.3.2 Op zoek naar mogelijke arbitrage in het verdeelmechanisme

*Onderwerp van de analyse: alleen mogelijkheden voor kunstmatige verschuiving van heffingsgrondslag*

Onder het paradigmatische onderscheid tussen ‘eerlijke’ en ‘schadelijke’ belastingconcurrentie zijn fiscaal geïndiceerde verplaatsingen van de factoren in de verdeelsleutel niet problematisch, zolang de verstoringen in de lokatiebeslissingen zich beperken tot verlegging van reële ondernemingsinputs en -outputs.<sup>51</sup> Het tegengestelde geldt niettemin voor zover de CCCTB multinationals in staat zou stellen kunstmatige winstverschuivingsstrategieën te ontwikkelen, daarbij aangemoedigd door de EU-lidstaten die de laagste van de effectieve gemiddelde belastingtarieven binnen de unie hanteren.

Problematisch zijn de eventuele mogelijkheden voor kunstmatige verschuiving van heffingsgrondslag binnen de EU door manipulatie van de factoren in de verdeelsleutel; ‘factormanipulatie’ (‘factor

<sup>45</sup> See Hellerstein 2012, t.a.p., blz. 233. Zie tevens Advies EESC, t.a.p., par. 1.2.6., alsmede Albert van der Horst, Leon Bettendorf, en Hugo Rojas-Romagosa, *Will corporate tax consolidation improve efficiency in the EU?*, Tinbergen Institute Discussion Paper, TI 2007-076/2, September 2007 (‘Horst et al’).

<sup>46</sup> Zie Charles E. McLure, Jr., *The State Corporate Income Tax: Lambs in Wolves’ Clothing*, in: Henry J. Aaron and Michael J. Boskin (eds.), *The Economics of Taxation*, Studies of Government Finance, The Brookings Institution, Washington, D.C., 1980, blz. 327-346, R. Gordon en J.D. Wilson, *An Examination of Multijurisdictional Corporate Income Taxation under Formula Apportionment*, *Econometrica*, Volume 54, No. 6, 1986, blz. 1357-1373, Austan Goolsbee en Edward Maydew, *Coveting thy neighbor’s manufacturing: The dilemma of state income apportionment*, *Journal of Public Economics* 75 (2000), blz. 125-143, Kelly Edmiston, *Strategic Apportionment of the State Corporate Income Tax*, 55 *National Tax Journal* 2 (2002), blz. 239-262. Voor meeromvattende overzichten zie Garcia, t.a.p. en Weiner, t.a.p.

<sup>47</sup> Het Europees Parlement heeft voorgesteld in de toekomst de mogelijkheid van tariefharmonisatie te introduceren. Zie EP-Wetgevingsresolutie, t.a.p., Amendement 10; Overweging 5a (nieuw). Als de CCCTB bovendien van rechtswege zou gelden, dan zou daarmee effectief een volledig gecentraliseerde Europese vennootschapsbelasting geïntroduceerd worden, een ‘EU Company Income Tax’ (‘EUCIT’).

<sup>48</sup> Vgl. Thomas Horst, *A Note on The Optimal Taxation of International Investment Income*, *Quarterly Journal of Economics*, June 1980, Volume 94, Issue 4, blz. 793-798, Devereux, t.a.p., blz. 706 en Malcolm Gammie, *Corporate Taxation in Europe – Paths to a Solution*, *British Tax Review* 2001, blz. 233-249.

<sup>49</sup> Zie Communicatie SP(2012)388, t.a.p.

<sup>50</sup> Zie de Toelichting bij het CCCTB-richtlijnvoorstel, t.a.p., paragraaf 3.

<sup>51</sup> Aangenomen wordt dat dit effect ontstaat indien en voorzover het verdeelmechanisme in de CCCTB heffingsgrondslag daadwerkelijk zou toerekenen aan de ondernemingsinput- en -outputlokatie (wat het naar mijn mening niet doet, zie hieronder) – dat wil zeggen, in de aanwezigheid van tariefdispariteiten. Vgl. Horst et al, t.a.p., blz. 2-3.

manipulation’). Als de CCCTB kunstmatige winstverschuivingsoperaties zou aanmoedigen, dan kan dit als behoorlijk problematisch worden beschouwd. Vooral omdat hieraan onder het huidige richtlijnvoorstel weinig lijkt te kunnen worden gedaan. De anti-misbruikbepalingen in het CCCTB-richtlijnvoorstel, zoals de ‘Algemene antimisbruikregel’ – welke zich richt tot kunstmatige transacties die het ontgaan van belasting tot doel hebben – lijken zich enkel te richten tot excessieve gedragingen omtrent de vaststelling van de heffingsgrondslag.<sup>52</sup> Misbruik van de toewijzingsregels in het verdeelmechanisme lijkt buiten hun reikwijdte te vallen.<sup>53</sup> Daarnaast lijkt de ‘Vrijwaringsclausule’ in het voorstel – deze richt zich tot het corrigeren van onbillijkheden in de toerekening van heffingsgrondslag onder de algemene verdeelsleutel – alleen te werken wanneer alle betrokken lidstaten tot overeenstemming komen.<sup>54</sup> Toepassing van de vrijwaringsclausule lijkt derhalve unanimititeit te verlangen. Bovendien is onzeker of de Europese Commissie onder zijn ‘regelgevende bevoegdheid inzake de toepassing van de verdeelsleutel’ straks bevoegd zal blijken in voorkomende gevallen van de richtlijntekst af te wijken.<sup>55</sup> Het lijkt erop dat het afwachten wordt of er uiteindelijk ruimte zal blijken te bestaan om eventuele factormanipulatie en ongewenste belastingconcurrentiegevolgen effectief tegen te gaan.

*‘Formulary apportionment’: Billijke verdeling ondernemingswinst door inputs toe te rekenen aan oorsprongslidstaat en outputs aan bestemmingslidstaat*

De gedachte achter formulary-systemen is om ondernemingswinst geografisch toe te rekenen aan de hand van een vooraf bepaalde vaste formule.<sup>56</sup> Zoals ook bij de winstallocatie in het internationaal belastingrecht het geval is, zoeken formulary-systemen naar aanknopingspunten om de economische aanwezigheid van een multinational binnen een heffingsjurisdictie te kunnen vaststellen (‘nexus’). Dit, om daarmee tot zijn belastbare aanwezigheid te kunnen concluderen. Ook zoeken formulary-systemen naar methoden om vervolgens de omvang van de winst te bepalen die de betrokken multinational op die lokatie behaalt (‘allocation’). Dit, wederom, net zoals zijn tegenhanger in het internationaal belastingrecht beoogt onder de huidige SA/ALS-systematiek.

Voor deze doeleinden rekenen formulary-systemen ondernemingswinsten doorgaans toe aan de hand van de inputs en outputs van de multinationale onderneming. Op deze wijze wordt rekening gehouden met zowel de aanbodkant (‘supply side’) als de vraagkant (‘demand side’) van inkomensproductie.<sup>57</sup> In wezen wordt getracht de geografische lokatie van ondernemingswinst te benaderen door aan de aanbodkant de vergoedingen te bezien die de multinational betaalt in ruil voor de inzet van zijn werknemers en bezittingen in het ondernemingsproces (‘allocation’). Conceptueel is het doel de werknemers en bezittingen te lokaliseren in het oorsprongslidstaat, dat wil zeggen de heffingsjurisdictie(s) waar de werknemers fysiek hun dienstbetrekking uitoefenen en de bezittingen functioneel en feitelijk worden ingezet ten behoeve van de ondernemingsuitoefening (‘nexus’). De geografische lokatie van ondernemingswinst aan de vraagkant wordt in essentie getracht te benaderen door de vergoedingen te bezien, de bruto-opbrengsten, die de multinational ontvangt in ruil voor de verstrekte goederen en diensten (‘allocation’). Conceptueel is het doel de klanten van de multinational te lokaliseren in het bestemmingslidstaat, dat wil zeggen de heffingsjurisdictie(s) waar zij de hen verstrekte goederen of diensten consumeren c.q. aanwenden ten behoeve van hun eigen ondernemingsuitoefening (‘nexus’). Wat de toerekening van outputs betreft, dringt de analytische gelijkenis zich op met het BTW-systeem binnen de EU.

<sup>52</sup> Zie artt. 80-83.

<sup>53</sup> Cf. *Comment by Dennis Weber on the CCCTB Proposal*, Vakstudie H&I, Highlights and Insights on European taxation, 2011/6.1, blz. 57. Mogelijkerwijs bestaat nog enige ruimte onder de Europese ‘misbruik van recht doctrine’. Een en ander lijkt op dit punt ongewis. Zie voor een analyse Peter Harris, *The CCCTB GAAR: A Toothless Tiger or Russian Roulette?*, in: Weber (ed.), t.a.p., blz. 271-297.

<sup>54</sup> Zie art. 87.

<sup>55</sup> Zie art. 97. Cf. Hellerstein 2012, t.a.p., blz. 232 en hoofdstuk 5.

<sup>56</sup> Vgl. Michael J. McIntyre, *The Use of Combined Reporting by Nation-States*, in: Arnold, Brian J. Sasseville, Jacques, Zolt, Eric M. (eds), *The Taxation of Business Profits under Tax Treaties*, Toronto: Canadian Tax Foundation, 2003, blz. 245-298.

<sup>57</sup> Consistent zou zijn zowel winsten als verliezen onder het verdeelmechanisme toe te rekenen. Het verdeelmechanisme in het CCCTB-richtlijnvoorstel rekent echter alleen winsten toe (art. 86(2)). Verliezen worden niet-toegerekend voortgewenteld. Dit leidt tot ingewikkelheden bij fusies en overnames in de aanwezigheid van voortgewentelde ‘ring-fenced’ verliezen. Die dienen dan immers alsnog geografisch te worden toegerekend om te garanderen dat CCCTB-verliezen de landsgrenzen van de EU-lidstaten niet passeren, zie Hoofdstukken X en XI van het CCCTB-richtlijnvoorstel, t.a.p. Dit blijft verder buiten beschouwing. Zie hierover nader Jan van de Streek, *The CCCTB Concept of Consolidation and the Rules on Entering a Group*, Intertax, Volume 40 (2012), Issue I, 2012, blz. 24-32, alsmede Jan van de Streek, *The CCCTB Rules on Leaving a Group*, Intertax, Volume 40 (2012), Issue 6/7, 2012, blz. 421-430.

Formulary-systemen onderkennen dat de productie van inkomen het resultaat is van een wisselwerking tussen aanbod en vraag.<sup>58</sup> Inkomen wordt toegerekend aan zowel de staat waar wordt geïnvesteerd ('oorsprongland') als die waar de geproduceerde goederen en diensten worden afgezet ('bestemmingsland'). Formulary-systemen trachten voorts te voorzien in een billijke geografische toerekening van ondernemingswinsten. Er wordt geen zoektocht ondernomen naar de 'werkelijke' geografische lokatie van inkomen. Op bescheiden wijze wordt onderkend dat ondernemingswinst geen geografische kenmerken bezit. Inkomen heeft in essentie geen lokatie; het heeft dan ook weinig zin deze proberen op te sporen, zo is de gedachte.<sup>59</sup> De weging van de gekozen factoren in de formule wordt dan ook algemeen aangemerkt als de uitkomst van een beoordeling naar billijkheid.<sup>60</sup>

Opmerking verdient dat winstallocatie op basis van een formulary-systeem conceptueel verschilt van de winstallocatiebenaderingen in het internationaal belastingrecht. In het internationaal belastingrecht wordt als regel getracht ondernemingswinst geografisch toe te rekenen aan de jurisdictie van oorsprong (d.w.z. de lokatie van ondernemingsinputs). De gebruikelijk gehanteerde concepten om de belastbare aanwezigheid van een multinationale onderneming binnen een heffingsjurisdictie vast te stellen zijn nationaliteit, domicilie en situs ('nexus'). SA/ALS is nagenoeg universeel gekozen als systematiek om vervolgens de omvang van de ondernemingswinst vast te stellen die de betrokken multinational op die lokatie behaalt ('allocation'). Eerdergenoemde 'carrots' en 'sticks regimes' zijn daarna van toepassing in gevallen waar de toepassing van deze winstallocatiesystematiek kunstmatigheden en marktverstoringen oplevert. Opmerking verdient dat de heffingsjurisdicties waar de geproduceerde goederen en diensten worden afgezet – de bestemmingsjurisdicties – bij de winstallocatie in het internationaal belastingrecht geen rol speelt. Ter illustratie kan worden gewezen op de structuur van de Wet VPB, die geeft hetzelfde beeld.

Ook het verdeelmechanisme in het CCCTB-richtlijnvoorstel verdeelt ondernemingswinst binnen de EU op basis van een 'nexus' en 'allocation' proces. Inspiratie voor de verdeelsleutel vormde de traditionele 'equally-weighted three-factor Massachusetts formula', die in de jaren 1950 in de VS werd ontwikkeld om te worden toegepast in de 'state income tax-systemen' van de Amerikaanse staten.<sup>61</sup> Het oorspronkelijke richtlijnvoorstel hanteert de volgende formule:<sup>62</sup>

$$\text{Deel Groepsbij A} = \left( \frac{1}{3} \frac{\text{Omzet}^A}{\text{Omzet}^{\text{Groep}}} + \frac{1}{3} \left( \frac{1}{2} \frac{\text{Loonkosten}^A}{\text{Loonkosten}^{\text{Groep}}} + \frac{1}{2} \frac{\text{Aantal werknemers}^A}{\text{Aantal werknemers}^{\text{Groep}}} \right) + \frac{1}{3} \frac{\text{Activa}^A}{\text{Activa}^{\text{Groep}}} \right) * \text{CCCTB}$$

#### *Conceptuele eigenaardigheden in het verdeelmechanisme*

In het verdeelmechanisme zijn verschillende analytische eigenaardigheden te onderkennen. Maar voordat ik hierop hieronder nader inga, wil ik op deze plaats aangeven dat het niet mijn bedoeling is hier een omvattende analyse te maken van de factoren in de formule en de weging daarvan. Ik ga bijvoorbeeld niet in op de vraag of de commissie de formule op billijke wijze heeft ingericht.<sup>63</sup> Al verdient opmerking dat ervaringen in de VS een

<sup>58</sup> Cf. Peggy B. Musgrave, *Principles for Dividing the State Corporate Tax Base*, in: Charles E. McLure, Jr. (ed.), *The State Corporation Income Tax: Issues in Worldwide Unitary Combination*, Stanford University, Stanford, California, Hoover Institution Press, 1984, blz. 228-246.

<sup>59</sup> Cf. e.g., McIntyre, t.a.p., blz. 253, Walter Hellerstein, *International Income Allocation in the 21<sup>st</sup> Century: The Case for Formulary Apportionment*, 12 *International Transfer Pricing Journal* 103 (2005), 103-111, blz. 104, alsmede Peggy B. Musgrave, *Interjurisdictional Equity in Company Taxation: Principles and Applications to the European Union*, in: Sijbren Cnossen (ed.) *Taxing Capital Income in the European Union, Issues and Options for Reform*, Oxford, Oxford University Press, 2000, blz. 46-77.

<sup>60</sup> Cf. Garcia, t.a.p., blz. 33. Vgl. Common Consolidated Corporate Tax Base, Working Group, Working Paper No. 60, *CCCTB: possible elements of the sharing mechanism*, TAXUD TF1/GR/FF, CCCTB/WP060\doc\en, 13 November 2007 ('WP 060'), blz. 6: "The Commission Services consider that the weighting of the factors is not a technical issue and recommend that any discussion on the weighting be carried out at political level..."

<sup>61</sup> Voor een nadere analyse kan worden verwezen naar Walter Hellerstein en Charles E. McLure, Jr., *The European Commission's Report on Company Income Taxation: What the EU Can Learn from the Experience of the US States*, *International Tax and Public Finance*, 11 (2004), 199-220, Garcia, t.a.p. en Weiner, t.a.p.

<sup>62</sup> Zie art. 86(1).

<sup>63</sup> Het Europees Parlement heeft voorgesteld het gewicht van de inputs te verhogen (arbeid: 45%, activa: 45%) en het gewicht van de outputs te verlagen (omzet: 10%), zie EP-Wetgevingsresolutie, t.a.p., Amendementen 16 en 31; Overwegingen 21 en 86. Overwogen wordt dat dit meer in lijn is met de toerekening van ondernemingswinsten aan de situsstaat, zoals het geval is in het huidige internationaal belastingrecht. Overigens, de Commissie interne markt en consumentenbescherming suggereert om vergelijkbare redenen in het geheel geen omzetfactor in het verdeelmechanisme op te nemen. Ook acht deze commissie een omzetfactor eenvoudig te manipuleren. "Zo zou een onafhankelijke verkoopagent (die is gevestigd in een niet-CCCTB-land) namens de groep als tussenverkoper kunnen optreden op de relevante markt, zodat het keuzeland de verkoopbestemming wordt in plaats van de "beoogde" staat. Dergelijke fiscale planningsmogelijkheden zouden de legitimiteit van het gebruik van de omzetfactor ondermijnen en er zouden in dat geval wellicht ingewikkelde regels moeten worden bedacht om belastingontwijking tegen te gaan," zie Advies van de Commissie interne markt en consumentenbescherming aan de Commissie economische en monetaire zaken inzake het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde grondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), (COM(2011)0121 – C7-

trend hebben ingezet waarbij staten steeds meer gewicht zijn gaan toekennen aan de factor ‘omzet’ – diverse staten hanteren de factor omzet zelfs als enige formulefactor; ‘sales-only formulary apportionment’.<sup>64</sup> Ook ga ik niet in detail in op de definities van de verschillende factoren en hun reikwijdtes. Verder is het niet mijn bedoeling een analyse te bieden van de kwantitatieve waardering of geografische lokalisering van de factoren in de formule.<sup>65</sup> Mijn doel is slechts hieronder enkele opmerkingen te plaatsen bij de elementen in het verdeelmechanisme waarvan ik denk dat deze mogelijk tot onwenselijke, of in ieder geval tot wellicht onbedoelde, arbitrage kan leiden.

*Gebruikmaking van bestaande concepten uit het internationaal belastingrecht om tot nexus te komen*

Als gezegd, verschillende eigenaardigheden zijn te onderkennen in het verdeelmechanisme. In de eerste plaats kan worden opgemerkt dat het CCCTB-richtlijnvoorstel dezelfde nexusconcepten gebruikt die op dit moment worden toegepast in het internationaal belastingrecht om de belastbare aanwezigheid van een multinational binnen een heffingsjurisdictie vast te stellen. Voor de vaststelling van de belastbare aanwezigheid van een multinational wordt niet gekeken naar de aanwezigheid van werknemers, activa of omzet in een lidstaat, zoals het geval zou zijn onder een benadering waarbij nexus in een EU-lidstaat wordt vastgesteld via zogenoemde ‘factor presence tests’.<sup>66</sup> Gelet op de ratio achter formulary apportionment zou een dergelijke benadering zuiverder zijn geweest. ‘Factor presence tests’ knopen voor de winsttoerekening direct aan bij de geografische lokatie van ondernemingsinputs en -outputs.

Het richtlijnvoorstel rekent heffingsgrondslag toe aan ‘groepsmaatschappijen’, dat wil zeggen de vennootschappen die deel uitmaken van een CCCTB-groep.<sup>67</sup> De geografische aanwezigheid van deze groepsmaatschappijen wordt vastgesteld aan de hand van hun fiscale vestigingsplaats binnen een lidstaat of de aanwezigheid in een lidstaat via een vaste inrichting (vi). Net als in het internationaal belastingrecht verloopt de lokalisering van een groepsmaatschappij langs zijn fiscale vestigingsplaats door te kijken naar de statutaire zetel, de plaats van oprichting, of de plaats van werkelijke leiding. Hetzelfde geldt voor het vi-begrip. Ook de lokalisering van een groepsmaatschappij op die wijze verloopt onder de CCCTB volgens de bekende benaderingen in het internationaal belastingrecht. Bezien wordt of de in het buitenland gevestigde groepsmaatschappij in betrokken lidstaat ondernemingsactiviteiten uitoefent met behulp van een binnen het grondgebied van deze lidstaat gelegen vaste bedrijfsinrichting.

*Gebruikmaking van allocatieregels die niet overeenstemmen met ondernemingsinputs in oorsprongland en ondernemingsoutputs in bestemmingsland*

In de tweede plaats alloceert het richtlijnvoorstel de factoren in de formule geografisch op een wijze die niet in overeenstemming is met de ondernemingsinputs in het oorsprongland en de ondernemingsoutputs in het

---

0092/2011 – 2011/0058(CNS)), 25 januari 2012. Ik vraag me of af een degelijk manipulatiepotentieel onder een omzetfactor aanwezig zal zijn. Daarnaast vraag ik mij af of dergelijke gedragingen, indien aanwezig, als agressieve belastingplanning zouden moeten worden aangemerkt. De belastingbesparing waarover wordt gesproken betreft die bij derdentransacties, reële activiteiten dus. De tussenverkoper zou een vergoeding bedingen voor zijn dienst, de verrichting van een distributiefunctie. Dit ter compensatie van de commerciële risico’s die hij in dit verband loopt. Zonder een overgang van commercieel risico zou er in de eerste plaats wellicht geen sprake van een derdentransactie zijn. Daar komt dat een dergelijke planning gepaard zal gaan met additionele transportkosten. Cf. Hellerstein 2012, t.a.p., blz. 237. Desalniettemin, de Europese Commissie heeft aangegeven deze wijzigingsvoorstellen niet te kunnen accepteren, zie Communicatie SP(2012)388, t.a.p. De commissie acht de ‘equally-weighted three-factor formula’ de meest geëigende oplossing.

<sup>64</sup> Voor een overzicht van de gehanteerde in de Amerikaanse staten per 1 januari 2013, zie David Spencer, *Unitary taxation with combined reporting: The TP solution?*, International Tax Review, 25 April 2013, blz. 2-5. Zie voorts Multistate Tax Commission, *Multistate Tax Compact Article IV - Recommended Amendments*, 3 May 2012, blz. 10-14 (‘MTC 2012a’), alsmede Multistate Tax Commission, *Multistate Tax Compact Article IV Recommended Amendments As approved for Public Hearing - December 6, 2012* (‘MTC 2012b’).

<sup>65</sup> Voor een analyse kan worden gewezen op Antonio Russo, *Common Consolidated Corporate Tax Base: The Sharing Mechanism, Some General Considerations*, in: Weber (ed.), t.a.p., blz. 207-219, alsmede de literatuurverwijzingen in die publicatie.

<sup>66</sup> Factor presence tests worden in toenemende mate gehanteerd door Amerikaanse staten in hun ‘state income tax’ systemen. Onder een ‘factor presence test’ wordt voor de vaststelling van ‘nexus’ aangeknoopt bij de factoren in de formule (activa, arbeid, omzet). Aanwezigheid van een factor of een combinatie van factoren (salarissen, waarde bezittingen, opbrengsten) binnen een heffingsjurisdictie leidt dan tot de vaststelling van een belastbare aanwezigheid. Dit, onder de voorwaarde van overschrijding van een minimumdrempel. Een ‘factor presence test’ vormt daarmee een kwantitatief alternatief voor het kwalitatieve vaste-inrichtingsbegrip. Zie hierover bijv. Mayer, t.a.p., blz. 202-205, Walter Hellerstein, *State Taxation of Electronic Commerce*, 52 Tax Law Review 425 (1996-1997) (‘Hellerstein 1996’), alsmede Charles E. McLure, *Implementing State Corporate Income Taxes in the Digital Age*, 53 National Tax Journal 4 (2000). Zie voorts WP060, t.a.p., blz. 15 en Multistate Tax Commission, *Federalism at Risk, A Report of the Multistate Tax Commission*, June 2003, Appendix D. Vgl. Reuven S. Avi-Yonah, *International Taxation of Electronic Commerce*, 52 Tax Law Review 507 (1996-1997) (Avi-Yonah 1996) en Dale Pinto, *The Need to Reconceptualize the Permanent Establishment Threshold*, Bulletin for International Taxation, Vol. 60, No. 7, 2006, blz. 266-279.

<sup>67</sup> Zie artt. 86(1), 4-6 en 54-55 io. Hoofdstuk XVI. Cf. Hellerstein 2012, t.a.p., blz. 225.

bestemmingsland. Hier lijkt een discrepantie te bestaan tussen de fiscale winsttoerekening op basis van de gekozen factoren in het verdeelmechanisme en de lokatie van reële inputs en outputs. Dit geldt bijvoorbeeld voor de factor ‘arbeid’ en de factor ‘omzet’.

De factor ‘arbeid’ rekent heffingsgrondslag niet toe aan de heffingsjurisdictie van oorsprong, dat wil zeggen daar waar de werknemers van de multinational fysiek hun dienstbetrekking uitoefenen. Werknemers en loonkosten worden toegerekend aan de groepsmaatschappij(en) waarvan zij hun loon ontvangen. Voor zover de werknemers hun dienstbetrekking in substantiële mate uitoefenen “onder het toezicht en de verantwoordelijkheid” van andere groepsmaatschappij(en) dan die waarvan zij hun loon ontvangen, wordt de factor arbeid aan eerstgenoemde groepsmaatschappij(en) toegerekend.<sup>68</sup>

De factor ‘omzet’ rekent heffingsgrondslag niet consequent toe aan de heffingsjurisdictie van bestemming, dat wil zeggen daar waar de klanten van de multinationale onderneming de hen verstrekte goederen en diensten consumeren c.q. aanwenden voor de eigen ondernemingsuitoefening.<sup>69</sup> Zo rekent de omzetfactor vrijgestelde bruto-opbrengsten uit (derdeland) deelnemingen (zoals dividenden, vervreemdingswinsten)<sup>70</sup> toe aan de groepsmaatschappij die kwalificeert als “begunstigde”. Dit, indien en voorzover deze opbrengsten “voortkomen uit de normale beroeps- of bedrijfsuitoefening”.<sup>71</sup> Bruto-opbrengsten uit – losjes geformuleerd – portfolio-investeringen en hedgetransacties worden op eenzelfde wijze toegerekend.

Omdat ik niet helemaal zeker ben hoe de ‘begunstigde’ die de betreffende opbrengsten ontvangt ‘voortkomend uit de normale beroeps- of bedrijfsuitoefening’ moet worden geïnterpreteerd, volg ik voorzichtig de suggesties van Hellerstein op dit punt en de richtlijnen – naar analogie – van het Hof van Justitie op het gebied van de BTW inzake portfolio-investeringsactiviteiten.<sup>72</sup> In het navolgende ga ik er vanuit dat voornoemde bruto-opbrengsten worden toegerekend aan de ‘opbrengstgerechtigde’<sup>73</sup> groepsmaatschappij die de aandeelhoudersfuncties uitoefent, de ‘treasuryfuncties’ en ‘cash-poolingfuncties’, of functioneel de hedgeposities van de CCCTB-groep managet. De uitoefening van deze functies kan worden aangemerkt als noodzakelijk voor de normale beroeps- of bedrijfsuitoefening van de multinationale onderneming.<sup>74</sup>

### 3.3.3 Mogelijke arbitrage: factormanipulatie

Zullen deze eigenaardigheden c.q. inconsistenties in het verdeelmechanisme tot arbitrage leiden? Bestaat de mogelijkheid deze te benutten om op kunstmatige wijze binnen de EU heffingsgrondslag te verschuiven naar de laagstbelastende lidstaat? Bestaat de kans dat dit vervolgens een onbedoelde en onwenselijke wedloop om heffingsgrondslag tussen de lidstaten initieert? Kortom, gaat de CCCTB een ‘race to the bottom 2.0’ inleiden?

Uiteraard, de tijd zal het leren. Niettemin, naar mijn indruk draagt de CCCTB de potentie in zich te leiden tot kunstmatige verschuivingen van heffingsgrondslag binnen de EU en ongewenste belastingconcurrentie tussen de lidstaten in reactie hierop. Een en ander zal, denk ik, gaan draaien om:

---

<sup>68</sup> Zie artt. 90-91. Overigens, vaste activa worden toegerekend aan de EU-lidstaat waar de groepsmaatschappij(en) gevestigd is/zijn die de middelen economisch in eigendom heeft; zie artt. 92-94 io. 4(20). Indien het actief niet daadwerkelijk door de economisch eigenaar aanwendt ten behoeve van zijn ondernemingsuitoefening, dan wordt het actief toegerekend aan de groepsmaatschappij(en) die dit wel effectief doet/doen. Immateriële activa worden niet uitdrukkelijk toegerekend onder het verdeelmechanisme in het richtlijnvoorstel. Als gevolg hiervan lift de toerekening van deze bezittingen op evenredige wijze mee met de toerekening op basis van de factoren die wel uitdrukkelijk in het verdeelmechanisme zijn meegenomen.

<sup>69</sup> Diensten, bijvoorbeeld, worden toegerekend aan de groepsmaatschappij die zich bevindt in de lidstaat waar de diensten daadwerkelijk worden verricht, art. 96(2). Een dergelijke ‘place of performance rule’ weerspiegelt eerder de aanbodkant dan de vraagkant en alloceert eerder aan het oorsprongland dan het bestemmingsland. Erkenning van de vraagkant in dit verband – de bestemming van het inkomen – zou leiden tot toerekening van de factor aan de lokatie of de EU-lidstaat waar de diensten worden vermarkt. In de BTW wordt de plaats van dienst in veel gevallen gesitueerd in de staat waar de afnemer van de dienst zich bevindt. Dit blijft verder buiten beschouwing. Dit omdat de lokatie waar de dienst wordt verricht, ook al weerspiegelt dit de lokatie van oorsprong, niet eenvoudig te manipuleren lijkt te zijn.

<sup>70</sup> Zie art. 10 io. 11(c)(d).

<sup>71</sup> Zie art. 95(2) io. 96(3).

<sup>72</sup> Zie Hellerstein 2012, t.a.p., blz. 237-241, alsmede Hof van Justitie zaken C-60/90 (*Polysar*), C-155/94 (*Wellcome Trust Ltd*), C-306/94 (*Régie Dauphinoise*), C-80/95 (*Harnas & Helm*) en C-142/99 (*Floridiene*).

<sup>73</sup> Wellicht ten overvloede merk ik op dat ik in dit verband impliciet naar analogie vrij refereer aan het ‘beneficial ownershipconcept’ in het international belastingrecht.

<sup>74</sup> *Ibidem*, blz. 239. Ter onderbouwing wijst Hellerstein naar analogie op Californische jurisprudentie: *Microsoft Corp. v. Franchise Tax Board*, 39 Cal. 4th 750, 139 P.3d 1169, 47 Cal. Rptr. 3d 216 (2006) (‘Microsoft’). Analooq aan BTW-jurisprudentie van het Hof van Justitie, *ibidem*, is de verrichting van aandeelhoudersfuncties of het managen van effectenportefeuilles aan te merken als ‘noodzakelijk voor de normale beroeps- of bedrijfsuitoefening’ “wanneer zij worden verricht in het kader van een bedrijfsmatig handelen in effecten dan wel met het oog op een directe of indirecte inmenging in het beheer van de vennootschappen waarin wordt deelgenomen, of wanneer zij het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit vormen.”

1. 'Arbeidsfactormanipulatie' via 'loonlijst-groepsmaatschappijen';
2. 'Omzetfactormanipulatie' via 'begunstigde-groepsmaatschappijen';
3. 'Omzetfactor-oppompconstructies' via 'begunstigde-groepsmaatschappijen'.

Voordat ik hieronder de mogelijke ontwijkingsstrategieën uiteenzet, verdient eerst opmerking dat ze allemaal hun grond vinden in de keuze in het richtlijnvoorstel om voor de vaststelling van de belastbare aanwezigheid van de multinational aan te knopen bij de nexusconcepten in het internationaal belastingrecht. Te weten de fiscale vestigingsplaats en de vi. De arbitrage die deze benadering creëert, wordt vervolgens bij de allocatie niet gecorrigeerd.

Ten eerste. Wat betreft de lokalisatie van een groepsmaatschappij binnen een lidstaat aan de hand van zijn fiscale vestigingsplaats, kan uit de huidige internationale fiscale praktijk worden afgeleid dat multinationals de toepassing van dit nexusconcept relatief eenvoudig zullen kunnen gaan sturen. De fiscale vestiging van een vennootschap in het internationaal belastingrecht verloopt doorgaans aan de hand van vooral ceremoniële aangelegenheden, zoals de keuze voor het rechtspersonenrecht waaronder de betreffende vennootschap zal worden opgericht, of de lokatie waar de beslissingen betreffende zijn bestuur zullen worden genomen.<sup>75</sup> Deze zijn betrekkelijk gemakkelijk te sturen in de richting van de jurisdictie(s) naar keuze. Dit, ongeacht de lokatie van de onderliggende reële investering van de multinational. Ontwikkelingen die hieraan hebben bijgedragen, zijn de convergentie van de rechtspersonenrechtssystemen van staten, de toegenomen grensoverschrijdende mobiliteit van bestuurders – 'fly-in-fly-out-management' – en de digitalisering van de mondiale economie. Het CCCTB-richtlijnvoorstel lijkt hiermee op dit punt multinationals een eenvoudig instrument in handen te geven om 'groepsmaatschappijen' te lokaliseren in de 'thuisstaat' van keuze voor toepassing van de CCCTB. Op deze wijze biedt het richtlijnvoorstel multinationals enige ruimte om de toerekening van heffingsgrondslag onder het verdeelmechanisme naar believen te beïnvloeden. Dit, althans als het allocatiemechanisme hiervoor geen oplossing aanreikt – hetgeen zoals ik hieronder zal uiteenzetten naar mijn indruk het geval is.

Ten tweede. Wat betreft de lokalisatie van een groepsmaatschappij binnen een lidstaat aan de hand van de aanwezigheid van een vi, kan uit de huidige internationale fiscale praktijk worden afgeleid dat de toepassing van dit nexusconcept waarschijnlijk eveneens arbitraire effecten zal gaan produceren. Het vi-begrip verlangt de vestiging van een fysiekgeografische aanwezigheid binnen een heffingsjurisdictie. De enkele aanwezigheid van werknemers binnen een staat, bijvoorbeeld, is doorgaans onvoldoende om tot de aanwezigheid van een vi te concluderen.<sup>76</sup> Echter, de opkomst van internet en e-commerce hebben de noodzaak om een fysieke aanwezigheid in een land te creëren om de lokale markten commercieel te kunnen exploiteren sterk verminderd.<sup>77</sup> Een virtuele aanwezigheid via een website zal regelmatig kunnen volstaan, met name wanneer de producten van de betreffende multinational bestaan uit het verstrekken van IT-diensten of 'e-tailgoederen'. Het mogelijke gevolg hiervan is dat de inkomsten uit e-commerceactiviteiten in de 'gaststaat' vrijwel onbelast zullen blijven. Net als thans in het internationaal belastingrecht het geval is, zal ook de CCCTB-richtlijn een volstrekt inadequaat instrument vormen om de digitale economie in de vennootschapsbelastingheffing te kunnen betrekken.<sup>78</sup> Laten we de mogelijke factormanipulatie-strategieën bezien – in toenemende relevantie.

#### *Ad 1. 'Arbeidsfactormanipulatie' via 'loonlijst-groepsmaatschappijen'*

De arbeidsfactor wordt, als gezegd, toegerekend aan de groepsmaatschappij(en) waarvan de werknemers van de multinational hun loon ontvangen, dan wel de groepsmaatschappij(en) onder wiens 'toezicht en verantwoordelijkheid' deze werknemers hun dienstbetrekking uitoefenen. Voor de alternatieve toerekening van de arbeidsfactor aan laatstgenoemde groepsmaatschappij, de 'materiële werkgever', in plaats van de 'formele werkgever' gelden enige drempelcriteria die eerst moeten worden overschreden. De lokatie waar de werknemers fysiek hun arbeid verrichten lijkt, als gezegd, irrelevant voor toepassing van deze factor.

<sup>75</sup> Cf. McIntyre, t.a.p., blz. 270.

<sup>76</sup> Mogelijk zou de 'services-PE' in art. 5(3)(b) VN Modelverdrag 2011 aanknopingspunt kunnen vormen op basis waarvan de verrichting van dienstverleningsactiviteiten binnen een heffingsjurisdictie gedurende een periode van meer dan 183 dagen binnen een jaar een vi oplevert. Deze bepaling komt niet voor in het OESO-Modelverdrag 2010. Dit blijft verder buiten beschouwing.

<sup>77</sup> Zie Avi-Yonah 1999, blz. 1596.

<sup>78</sup> Zie bijv. Lee A. Sheppard, *The Digital Economy and Permanent Establishment*, 70 Tax Notes International 297 (Apr. 22, 2013), Charles McLure, Jr., *Alternatives to the concept of permanent establishment*, CESifo Forum 1 (3), Munich, 2000, blz. 10-16, Avi-Yonah 1996, t.a.p., en Pinto, t.a.p.

De geografische toerekening van de arbeidsfactor op deze wijze lijkt multinationals te zullen gaan uitnodigen om groepsmaatschappijen op te richten waaraan het werknemersbestand juridisch wordt toebedeeld en deze maatschappijen fiscaal te vestigen in de laagstbelastende EU-lidstaat – ‘loonlijst-groepsmaatschappijen’.<sup>79</sup> Dit, om vervolgens de werknemers van daaruit EU-wijd te detacheren. Eén en ander wellicht zelfs op basis van intra-groepsdetacheringsovereenkomsten. De fysieke aanwezigheid van werknemers leidt, als gezegd, niet tot de constatering van de aanwezigheid van een vi. Weliswaar geldt tevens een ‘materiële-werkgeverachtige’ benadering, maar ik vraag me af of deze voldoende robuust zal blijken om dit type factormanipulatie effectief te kunnen bestrijden.

De omvang van het risico op manipulatie van de arbeidsfactor via ‘loonlijst-groepsmaatschappijen’ zal volgens mij afhankelijk worden van de uitlegging van de termen ‘toezicht en verantwoordelijkheid’. Het risico op factormanipulatie wordt mijns inziens groter naarmate deze termen strikter c.q. juridischer zullen worden uitgelegd. Bijvoorbeeld in een betekenis als ‘de groepsmaatschappij die in juridische zin het toezicht houdt op de werknemer(s) en in juridische zin de verantwoordelijkheid neemt voor de activiteiten van de werknemer(s)’. Maar het risico op factormanipulatie lijkt ook aanwezig onder een minder strikte uitlegging, bijvoorbeeld onder een interpretatie als ‘de groepsmaatschappij voor wiens rekening en risico de inzet van de werknemer(s) komt/komen’. In de transfer pricingpraktijk is het welbekend dat de economische risico’s die betrekking hebben op de verrichting van de ondernemingsactiviteiten van een multinational in de praktijk vrij mobiel blijken, waardoor enige ruimte bestaat deze aan de groepsmaatschappij van voorkeur toe te rekenen. Zou bijvoorbeeld blijken dat de termen ‘toezicht en verantwoordelijkheid’ moeten worden uitgelegd op een wijze die grosso modo overeenstemt met de termen ‘rekening en risico’ in de materiële werkgeversjurisprudentie van de Hoge Raad,<sup>80</sup> dan zal de arbeidsfactor bij intra-groepsdetacheringen de facto worden toegerekend aan de groepsmaatschappij waar de betrokken werknemer juridisch op de loonlijst staat. Dit, tenzij deze maatschappij het loon onder een intra-groepscontract individueel doorbelast aan de groepsmaatschappij onder wiens feitelijk gezag de betrokken werknemer zijn dagelijkse werkzaamheden verricht. In dat geval zou de factor aan laatstgenoemde maatschappij, ‘de materiële werkgever’, worden toegerekend. Hoe dan ook, ook in dat geval zou de toerekening van de arbeidsfactor te sturen zijn.

De mogelijke consequentie van de gehanteerde omschrijving van de arbeidsfactor in het richtlijnvoorstel is dat een derde gedeelte van de EU-wijde heffingsgrondslag onmiddellijk mobiel wordt vanaf de dag waarop de CCCTB van kracht wordt. Het risico op de ‘loonlijst-groepsmaatschappij’ als CCCTB-planningsinstrument lijkt mij, als gezegd, afhankelijk van de uitlegging van de termen ‘toezicht en verantwoordelijkheid’. Het probleem zal sterk worden gereduceerd, wanneer zou blijken dat deze moeten worden uitgelegd als ‘de lidstaat waar de dienstbetrekking van de werknemer(s) fysiek wordt/worden uitgeoefend’. Dit correspondeert echter niet met de richtlijntekst, zodat een dergelijke uitlegging mij wat ver gezocht lijkt. Het risico op arbitrage lijkt mij dan ook zeker aanwezig; in ieder geval in theorie.

Uiteraard zou kunnen worden besloten af te wachten hoe het Hof van Justitie deze termen zal gaan interpreteren. Wellicht zal het hof de lidstaten te hulp schieten met een extensieve uitlegging van de richtlijntekst. Maar misschien ook niet. Wat mij betreft zou het daarom de voorkeur verdienen om het verdeelmechanisme te wijzigen. Overwogen zou kunnen worden heffingsgrondslag aan lidstaten toe te rekenen aan de hand van een ‘factor presence test’. Deze zou kunnen voorzien in vaststelling van de belastbare aanwezigheid van een multinational in een lidstaat wanneer zijn werknemers binnen het grondgebied van die lidstaat hun dienstbetrekking uitoefenen (‘nexus’). Een en ander uiteraard onder toepassing van een zekere kwantitatieve minimumdrempel (‘loonkosten toerekenbaar aan lidstaat A overstijgen bedrag € x’).<sup>81</sup> De toerekening van heffingsgrondslag aan die lidstaat zou kunnen worden geïnspireerd op de toewijzingsregels voor arbeidsinkomsten in artikel 15 van het OESO-Modelverdrag (‘loonkosten werknemers in lidstaat A = loonkosten \*  $\frac{\text{werkdagen werknemers in lidstaat A}}{\text{werkdagen werknemers in EU}}$ ’). Toerekening van heffingsgrondslag op een dergelijke wijze zou wellicht effectief de mogelijkheden van manipulatie van de arbeidsfactor uitschakelen en daarmee kunstmatige grondslagverschuivingen binnen de EU bij voorbaat voorkomen. Onder een dergelijke ‘factor presence test’ zou de verlegging van ondernemingswinsten binnen de EU immers een daadwerkelijke fysieke verplaatsing van

<sup>79</sup> Vgl. Hellerstein 2012, t.a.p., blz. 242-243.

<sup>80</sup> Zie Hoge Raad 1 december 2006, nr. 38 850, BNB 2007/75.

<sup>81</sup> Zie voetnoot 66. Overigens zie ik niet in waarom het werknemersaantal zou moeten worden meegenomen in de arbeidsfactor. Verschillen in salarisseniveaus binnen de EU zijn het gevolg van arbeidsmarktimperfecties – of, althans, in ieder geval een kwestie die analytisch buiten het doel van belastingheffing valt: de financiering op zo neutraal mogelijke wijze van de collectieve voorzieningen. Gevolgen van arbeidsmarktimperfecties zouden m.i. moeten worden opgelost buiten een fiscaal grondslagverdeelmechanisme.



werknemers van de ene lidstaat naar de andere lidstaat verlangen. De verlegging van reële ondernemingsinputs derhalve.<sup>82</sup>

#### *Ad. 2 ‘Omzetfactormanipulatie’ via ‘begunstigde-groepsmaatschappijen’*

Onder toepassing van de omzetfactor komen bruto-opbrengsten uit portfolio-investeringen en hedgetransacties als gezegd toe aan de groepsmaatschappij die kwalificeert als ‘begunstigde’. Dit, indien en voorzover de opbrengsten ‘voortkomen uit de normale beroeps- of bedrijfsuitoefening’.

De geografische toerekening van de omzetfactor aan de groepsmaatschappij die gerechtigd is tot de bruto-opbrengsten uit deze financiële c.q. immateriële bezittingen, lijkt multinationals te zullen gaan uitnodigen om ‘begunstigde-groepsmaatschappijen’ op te richten en fiscaal te vestigen in de laagstbelastende EU-lidstaat. Ik kan me voorstellen dat het dan zal gaan om voor planningsdoeleinden opgerichte groepsmaatschappijen, waaraan de effecten- en hedgeportefeuilles van de groep juridisch worden toebedeeld. De betrokken vermogensbestanddelen zijn mobiel en immaterieel van aard, ze bezitten de potentie om kwantitatief significante omzet te produceren en de arbeidskracht die nodig is om de relevante ondernemingsfuncties uit te oefenen is doorgaans in omvang bescheiden. De omzetfactor lijkt op dit punt vrij kwetsbaar en relatief eenvoudig te beïnvloeden. Het arbitrage-risico lijkt hier dan ook niet gering.

Californische jurisprudentie inzake de werking en toepassing van het ‘state income taxation-systeem’ van deze Amerikaanse staat biedt een inkijk – uiteraard naar analogie – in de mogelijke belastingontwijkingsstrategieën die multinationals in dit verband onder de CCCTB zouden kunnen ontplooiën.<sup>83</sup> In de eerste plaats kan worden gewezen op een Californische ‘state income tax-zaak’ die betrekking heeft op een softwareconcern dat bruto-opbrengsten behaalde uit de verkoop van zijn korte-termijn portfolio-beleggingen in het kader van de uitoefening van een ‘treasuryfunctie’.<sup>84</sup> Deze functie werd uitgeoefend vanuit het hoofdkantoor van het concern in de staat Washington – een Amerikaanse staat die geen ‘state income tax’ heft. De opbrengsten uit de verkoop van deze beleggingen vertegenwoordigden 73% van de omzet van het softwareconcern. De bijdrage aan de netto-ondernemingswinst bedroeg 2%. De opbrengsten uit de verkoop van effecten overschaduwden de kernoutputs van het concern, de opbrengsten uit de verkoop van software. Hiermee ontstond het risico dat een substantieel gedeelte van de Californische ‘state income tax-grondslag’ zou verschuiven van Californië naar Washington, die het vervolgens onbelast zou laten. Het Californische hooggerechtshof loste de kwestie op door te oordelen dat het softwareconcern gehouden was de toerekening van heffingsgrondslag onder de omzetfactor te berekenen aan de hand van de netto-beleggingsinkomsten. Gelet op de gehanteerde termen in de tekst van het CCCTB-richtlijnvoorstel – “totale omzet”, “omzet”, “opbrengsten”,<sup>85</sup> – lijkt deze oplossing onder toepassing van de CCCTB niet beschikbaar te zijn.

In de tweede plaats kan worden gewezen op een andere Californische ‘state income tax-zaak’ over de toepassing van de omzetfactor op bruto-opbrengsten uit de verkoop van ‘commodity futures’ ter afdekking van een prijsrisico.<sup>86</sup> Deze zaak betrof een concern dat zich bezighield met de verkoop van graanproducten zoals meel en ontbijtgranen. Het concern ging op enig moment hedgetransacties aan om zich in te dekken tegen de economische risico’s van fluctuaties in de kostprijs van de graanproducten die het gebruikte in zijn productieproces. Zo beschermde het concern zich tegen graanprijsrisico’s en wist het de winstmarges te stabiliseren. De hedgeposities werden gemanaged vanuit het hoofdkantoor van het concern in Minnesota. Het Californische hof oordeelde dat de bruto-opbrengsten die het concern behaalde met de verkoop van de ‘commodity futures’ dienden te worden begrepen in de toepassing van de omzetfactor. Omdat de

<sup>82</sup> Een vergelijkbare benadering is denkbaar voor wat betreft de toerekening van activa onder de activafactor (nexus: ‘waarde activa EU-lidstaat A overstijgt bedrag € x’; toerekening: ‘activa functioneel aangewend in EU-lidstaat A’).

<sup>83</sup> Verwijzingen naar jurisprudentie en wetgeving op het gebied van de Amerikaanse ‘state income taxation’ zijn ontleend aan Hellerstein 2012, t.a.p., blz. 237-241.

<sup>84</sup> Microsoft, t.a.p. Overigens, de reden dat ik hier steeds naar het concern refereer en niet naar een individuele groepsmaatschappij heeft te maken met het gebruik in het Californische ‘state income tax-systeem’ van het concept ‘combined reporting’. Combined reporting is een heffingssysteem die conceptueel verwant is met (binnen)grensoverschrijdende fiscale consolidatie van rechtswege. Onder het Californische systeem van combined reporting dienen de juridische entiteiten die deel uitmaken van dezelfde functioneel geïntegreerde groep met ‘nexus’ in Californië hun gezamenlijke winst – ook de winst die de groep buiten Californië heeft behaald – fiscaal te rapporteren in een zogenoemd ‘combined report’. Interne transacties worden hierin fiscaal genegeerd. De gecombineerde winst van de ‘multijurisdictional business entity’ wordt vervolgens geografisch toegerekend op basis van een formulaire apportionment-mechanisme. Betrokken groepen kunnen ervoor kiezen alleen de Amerikaanse winst in het combined report op te nemen (‘water’s edge combination’) of zelfs de wereldwijd behaalde winst (‘worldwide combination’). Onder het Californische winstallocatiesysteem heeft het aldus geen zin om op individuele maatschappijen te wijzen. Die vallen weg in het combined report.

<sup>85</sup> Zie art. 95.

<sup>86</sup> *General Mills v. Franchise Tax Board*, 172 Cal. App. 4<sup>th</sup> 1535, 92 Cal. Rptr. 3d. 208 (1<sup>st</sup> Dist. 2009). McIntyre, t.a.p., haalt een vergelijkbare kwestie aan op blz. 286.

hedgetransacties substantiële omzet genereerden (geen winst!), was het effect dat een substantieel gedeelte van de heffingsgrondslag van Californië naar Minnesota verschoof. In reactie hierop kwam de Californische ‘state income tax-wetgever’ met reparatiewetgeving.<sup>87</sup> Met ingang van 2011 zijn in Californië de opbrengsten uit hedgetransacties van de toepassing van de omzetfactor uitgesloten. Aannemende dat deze kwestie ook zal opkomen onder toepassing van de CCCTB – en ik zie eerlijk gezegd niet in waarom dit niet het geval zou zijn – lijkt het erop dat de richtlijntekst wellicht op dit punt eveneens enige aanpassing behoeft.

### *Ad. 3 ‘Omzetfactor-oppompconstructies’ via ‘begunstigde-groepsmaatschappijen’*

Onder de gehanteerde omschrijving van de omzetfactor komen vrijgestelde bruto-opbrengsten uit (derdeland) deelnemingen als gezegd eveneens toe aan de groepsmaatschappij die kwalificeert als ‘begunstigde’. Positieve voordelen uit kwalificerende aandelenbelangen in kapitaalvennootschappen zijn onder voorwaarden objectief vrijgesteld onder toepassing van het ‘CCCTB-deelnemingsvrijstellingsregime’.<sup>88</sup> Het zijn deze deelnemingsvrijgestelde opbrengsten waar ik in het onderstaande aan refereer.

De toerekening van heffingsgrondslag aan de groepsmaatschappij die de aandeelhoudersfuncties uitoefent, lijkt multinationals te zullen gaan prikkelen om ook hier begunstigde-groepsmaatschappijen op te richten en fiscaal te vestigen in de laagstbelastende EU-lidstaat. Ik kan me voorstellen dat het dan zal gaan om voor planningsdoeleinden opgerichte groepsmaatschappijen, waaraan de (derdeland) aandelenbelangen worden toegerekend. Dit, om vervolgens via intra-groepstransacties met gelieerde vennootschappen in derdelanden de omzetfactor op te pompen (‘sales factor inflation’). Het ziet ernaar uit dat dit kan worden bewerkstelligd door het opzetten van kasrondjes van kapitaalgefinancierde dividenduitkeringen.<sup>89</sup> Een dergelijke kringloop van dividenduitkeringen en kapitaalstortingen lijkt enerzijds de heffingsgrondslag niet te verhogen, vanwege de toepassing van de CCCTB-deelnemingsvrijstelling. Anderzijds worden de vrijgestelde dividenden wel in aanmerking genomen bij de geografische toerekening van heffingsgrondslag onder de omzetfactor. De deelnemingsopbrengsten die een dergelijke oppompconstructie via zulke ‘deelnemingsvoordelen-carroussels’ genereert, bezitten de potentie de reële ondernemingsoutputs volledig te overschaduwen. Het risico op dergelijke transacties zal, vermoed ik, vooral aan de orde komen waar het aandelenbelangen betreft in vennootschappen in derdelanden waarin de CCCTB-groep een controlerend belang houdt. Kasrondjes binnen groepsverband derhalve voorbij de ‘water’s edge’. Mede gelet op de maatregelen in de Nederlandse vennootschapsbelastingwetgeving die kunstmatige belastingplanning via kasrondjes trachten te bestrijden – zoals artikel 10a Wet VPB – lijkt het arbitrage risico mij hier niet gering. Ook omdat de algemene antimisbruikregel in het CCCTB-voorstel, als gezegd, niet lijkt te zien op factormanipulatie. De omzetfactor lijkt op dit punt zeer kwetsbaar.

Het lijkt erop dat de CCCTB-richtlijn zoals thans voorgesteld multinationals hiermee de vrijheid zal bieden om de toerekening van de omzetfactor naar believen te sturen. Het gevolg hiervan is dat mogelijk nog eens een derde gedeelte van de EU-wijde heffingsgrondslag onmiddellijk mobiel wordt vanaf de dag waarop de CCCTB van kracht wordt. Uiteraard, de realiteit van een dergelijk planningsinstrument zal uiteindelijk gaan afhangen van de uitlegging van de gehanteerde termen ‘begunstigde’, ‘voortkomen uit de normale beroeps- of bedrijfsuitoefening’, ‘totale omzet’, ‘omzet’, ‘opbrengsten’, en ‘vrijgestelde opbrengsten’ in het richtlijnvoorstel.

Het probleem zal sterk worden gereduceerd, wanneer zou blijken dat deze termen zodanig moeten worden uitgelegd dat bruto-opbrengsten uit portfolio-beleggingen en hedgetransacties, alsmede de CCCTB-vrijgestelde deelnemingsopbrengsten buiten hun reikwijdte vallen. Dan zouden deze opbrengsten niet zijn begrepen in de omzetfactor en de toerekening van heffingsgrondslag niet beïnvloeden. Dit lijkt mij echter niet direct in overeenstemming met de richtlijntekst. Het risico op arbitrage lijkt mij dan ook zeker aanwezig; in ieder geval in theorie.

Als voornoemde arbitrage niettemin zou standhouden, dan bestaat het risico dat tweederde gedeelte van de EU-heffingsgrondslag op kunstmatige wijze kan worden verschoven binnen de EU vanaf het moment waarop de CCCTB van toepassing wordt. Dit kan als buitengewoon problematisch worden aangemerkt, aangezien kunstmatige winstverschuiving door factormanipulatie niet effectief lijkt te kunnen worden bestreden door de anti-misbruikbepalingen in het richtlijnvoorstel. De CCCTB zoals thans voorgesteld lijkt

<sup>87</sup> Cal. Rev. & Tax Code § 25120(f)(2)(L) (Westlaw 2011).

<sup>88</sup> Zie art. 11(c)(d) io. 95(2) en 96(3).

<sup>89</sup> De betreffende dividendstromen zouden met kapitaal kunnen worden gefinancierd, maar wellicht zelfs met ‘derdeland intra-groepsschulden’. De financiering van dergelijke ‘kasgeldcarroussels’ met intra-groepsschulden zouden zelfs een negatief effect kunnen hebben op de CCCTB-heffingsgrondslag, aangezien de hiermee gepaard gaande uitgaande betalingen van intra-groepsrente fiscaal aftrekbaar zouden kunnen zijn. Wellicht zouden dergelijke rentebetalingen onder de CCCTB-anti-misbruikregels van aftrek zijn uitgesloten.

multinationals daarmee diverse instrumenten aan te reiken om belastingontwijkingsstrategieën te ontwikkelen.

Deze kwestie zou komen bovenop de kwetsbaarheid van de EU-heffingsgrondslag voor de meer traditionele grondslaguitholling- en winstverschuivingsconstructies ('base erosion and profit shifting', 'BEPS') voorbij de 'water's edge'. Immers, de CCCTB zal voorbij de buitengrenzen van de EU als een traditionele vennootschapsbelasting functioneren en daarmee eveneens de traditionele belastingontwijkingskwesties aantrekken. Het lijkt er aldus op dat toekomstige belastingplanning binnen de EU onder de voorgestelde richtlijntekst in twee stappen zal verlopen. Eerst zal de EU-heffingsgrondslag op traditionele wijze worden uitgehold met traditionele belastingontwijkingsconstructies over de buitengrenzen van de EU. Vervolgens zal de resterende EU-heffingsgrondslag binnen de EU voor tweederde gedeelte op kunstmatige worden verschoven naar de laagstbelastende EU-lidstaat.

Zou de CCCTB niettemin in werking treden, dan is het mogelijk volgende effect een ongewenste wedloop binnen de EU om de (uitgeholde) EU-heffingsgrondslag. Vooral omdat de lidstaten straks mogelijk effectief slechts over één instrument beschikken om op belastingontwijkingsconstructies te reageren – tariefmatiging –, zou de CCCTB zo maar eens een 'race to the bottom 2.0' kunnen aanjagen.

Eerlijk gezegd zie ik niet goed in waarom deze kwesties niet zouden opkomen. Uiteraard zou kunnen worden besloten af te wachten en erop te vertrouwen dat het Hof van Justitie de lidstaten te zijner tijd met extensieve richtlijninterpretatie te hulp schiet. Wat mij betreft verdient het echter de voorkeur om de structuur van de omzetcfactor in het verdeelmechanisme te wijzigen. Ik zou denken aan de volgende aanpassingen:

- Ten eerste zou kunnen worden overwogen de regel te introduceren dat alleen bruto-opbrengsten die bijdragen aan de productie van belastbaar inkomen worden begrepen in de omzetcfactor.<sup>90</sup> Dit zou het risico uitschakelen van oppompconstructies via kasrondjes van kapitaalgefinancierde dividenduitkeringen. Vrijgestelde deelnemingsvoordelen zouden onder de gesuggereerde aanpassing de omzetcfactor immers niet meer beïnvloeden.<sup>91</sup>
- Ten tweede zou kunnen worden overwogen om de opbrengsten uit de verrichting van treasuryfuncties, portfolio-beleggingsactiviteiten en hedgetransacties van de omzetcfactor uit te sluiten.<sup>92</sup> Inspiratie voor deze suggestie vormt het werk dat op dit moment in de Verenigde Staten wordt verricht door de 'Multistate Tax Commission' om de 'Multistate Tax Compact' aan te passen.<sup>93</sup> De 'Uniformity Committee' van deze adviesorganisatie heeft de volgende aanpassing van deze modelwet voorgesteld: *"Receipts" means gross receipts of the taxpayer (...) that are received from transactions and activity in the regular course of the taxpayer's trade or business; except that receipts of a taxpayer other than a securities dealer from hedging transactions and from the maturity, redemption, sale, exchange, loan or other disposition of cash or securities, shall be excluded.*<sup>94</sup> Introductie van een vergelijkbare bepaling in het CCCTB-richtlijnvoorstel zou wellicht een einde maken aan voornoemde arbitrage op dit punt.
- Ten derde zou ook voor toepassing van de omzetcfactor kunnen worden overwogen heffingsgrondslag aan lidstaten toe te gaan rekenen op basis van een 'factor presence test'. Deze zou kunnen voorzien in vaststelling van de belastbare aanwezigheid van een multinational in een lidstaat wanneer deze omzet behaalt binnen het grondgebied van die lidstaat ('nexus'). Een en ander uiteraard weer onder toepassing van een zekere kwantitatieve minimumdrempel ('omzet van afnemers uit lidstaat A overstijgt bedrag € x').<sup>95</sup> Inspiratie voor een dergelijk aanknopingspunt zou kunnen worden gevonden

<sup>90</sup> Vgl. Hellerstein 2012, t.a.p., blz. 238: "[T]he US subnational state sales factors ... defined 'gross receipts' ... that they had to generate apportionable income."

<sup>91</sup> Cf. WP 060, t.a.p., blz. 13 en Mayer, t.a.p., blz. 217.

<sup>92</sup> Dit zou kunnen gelden, tenzij belastingplichtige een effectenhandelaar is. Zie MTC 2012a, t.a.p., blz. 14-18 en MTC 2012b, t.a.p.

<sup>93</sup> De Multistate Tax Commission is een Amerikaanse adviesorganisatie die de Amerikaanse staten adviseert bij de inrichting van hun 'state income tax-systemen'. De Multistate Tax Compact is een modelwet die diverse Amerikaanse staten gebruiken als uitgangspunt bij het ontwerpen van hun lokale inkomstenbelastingwetgeving.

<sup>94</sup> *Ibidem*, blz. 15. Voor enige discussies en kritiek op deze voorstellen, zie Sutherland Asbill & Brennan LLP, *Comments on the MTC's Proposed Amendments to Article IV Of the Multistate Tax Compact, Presented to the MTC Public Hearing, Washington, DC, March 28, 2013, Statement of Benjamin F. Miller for the Hearing on Proposed Amendments to Article IV of the Multistate Tax Compact, Washington D.C., March 28 and 29, 2013, and Additional Comment by Benjamin F. Miller with Respect to Testimony Offered at the Hearing of March 28, 2013 in Washington D.C. Proposed Amendment to Section 17 of Article IV.*

<sup>95</sup> Zie voetnoot 66.

in de afstandsverkopenregeling in de omzetbelasting.<sup>96</sup> Voor de daaropvolgende toerekening van heffingsgrondslag aan die lidstaat en de bepalingen inzake de plaats van dienst en levering in de omzetbelasting.<sup>97</sup> Deze richten zich immers tot de afnemer van de producten in het bestemmingsland. Toerekening van heffingsgrondslag op een dergelijke wijze zou wellicht effectief de mogelijkheden van manipulatie van de omzetfactor uitschakelen en daarmee kunstmatige grondslagverschuivingen binnen de EU bij voorbaat voorkomen. Onder een dergelijke ‘factor presence test’ zou de verlegging van ondernemingswinsten binnen de EU immers een daadwerkelijke fysieke verplaatsing verlangen van de afzetmarkt van de multinational. De verlegging van reële ondernemingsoutputs derhalve.<sup>98</sup>

#### **4 Afsluitende opmerkingen**

Zal de CCCTB – wanneer deze van kracht wordt zoals thans voorgesteld – multinationals prikkelen om op kunstmatige wijze heffingsgrondslag te verschuiven naar de laagstbelastende EU-lidstaat? Bestaat het risico dat deze onbedoelde prikkels ongewenste belastingconcurrentie tussen de lidstaten zal gaan aanjagen?

Het wordt natuurlijk afwachten, maar vooralsnog beantwoord ik deze vragen voorzichtig bevestigend. Thans lijkt schadelijke belastingconcurrentie via preferentiële belastingregimes binnen de EU goeddeels te zijn teruggedrongen met de ‘soft law-aanpak’ van de Gedragscode die eind jaren 1990 en begin jaren 2000 is ingezet. Maar als het CCCTB-richtlijnvoorstel zoals dat op dit moment op tafel ligt te zijner tijd van kracht wordt, dan is het risico op substantiële arbitrage volgens mij heel reëel. De kans bestaat dat tweederde gedeelte van de Europese heffingsgrondslag onmiddellijk mobiel wordt zodra de richtlijn van kracht wordt. In ieder geval in theorie. De CCCTB zou wellicht ruimte bieden voor verschillende factormanipulatie-strategieën, bijvoorbeeld via ‘loonlijst-groepsmaatschappijen’ en ‘begunstigde-groepsmaatschappijen’. Vooral de mogelijkheid dat de omzetfactor zou kunnen worden opgepompt via voornoemde ‘deelnemingsvoordelen-carrousels’ zou ongewenste effecten kunnen produceren.

De tijd zal het leren. Misschien blijkt het straks allemaal mee te vallen. Misschien blijken de antimisbruikmaatregelen toch toepasselijk, functioneert de vrijwaringsclausule naar behoren, of blijkt de Europese Commissie over voldoende regelgevende bevoegdheid te beschikken om factormanipulatie effectief te bestrijden. Wellicht lost het Hof van Justitie EU de zaken op met extensieve uitlegging van de richtlijntekst. Maar wellicht ook niet. En dat zou als behoorlijk problematisch kunnen worden aangemerkt. Vooral omdat de lidstaten in dat geval effectief over slechts over één instrument zullen beschikken om op belastingontwijking te reageren: tariefmatiging. Om het scenario van een ‘race to the bottom 2.0’ bij voorbaat te voorkomen is het wellicht een idee de structuur van het verdeelmechanisme te heroverwegen. Mijn voorkeur zou uitgaan naar een benadering op basis waarvan heffingsgrondslag direct aan lidstaten wordt toegerekend op basis van kwantitatieve ‘factor presence tests’.

---

<sup>96</sup> Artt. 33 en 34 Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde.

<sup>97</sup> Zie Titel V – ‘plaats van de belastbare handelingen’, Richtlijn 2006/112/EG.

<sup>98</sup> Als gezegd, een vergelijkbare benadering zou kunnen worden gehanteerd onder de activafactor (nexus: ‘waarde activa EU-lidstaat A overstijgt bedrag € x’; toerekening: ‘activa functioneel aangewend in EU-lidstaat A’).