

WOORD VOORAF

Op 1 januari 2019 is de eerste EU-antibelastingontwijkingsrichtlijn, vaak kortweg ATAD1 genoemd, in werking getreden. Deze richtlijn heeft drie nieuwe regelingen in de Nederlandse belastingwetten geïntroduceerd, te weten: 1. een regeling in de VPB betreffende de zogenoemde *controlled foreign company*, kortweg CFC genoemd, 2. een algemene renteaftrekmaatregel in de VPB in de vorm van een *earningsstripping*-bepaling en 3. een nieuwe uitstelregeling in de Invorderingswet 1990 voor de exitheffing in de VPB. Met name de eerste twee regelingen zijn uniek in de Nederlandse VPB.

In dit boek bespreken wij de genoemde drie regelingen. Daarbij hebben wij op ruime schaal gebruikgemaakt van de parlementaire geschiedenis – soms geparafraseerd, soms letterlijk weergegeven – zodat een compleet beeld ontstaat van deze nieuwe regelingen. Op diverse plaatsen hebben wij de tekst verduidelijkt met concrete voorbeelden, al dan niet ontleend aan de wetsgeschiedenis.

De hoofdstukken zijn geschreven door de volgende auteurs:

Hoofdstuk 1 (Inleiding) – E.J.W. Heithuis;

Hoofdstuk 2 (CFC-regeling) – G.C. van der Burgt;

Hoofdstuk 3 (Earningsstripping) – L.S. Rijff en G.C. van der Burgt;

Hoofdstuk 4 (Exitheffing) – E.J.W. Heithuis.

Laatstgenoemde heeft ook de eindredactie voor zijn rekening genomen.

Wij hopen een voor de praktiserend fiscalist duidelijk en overzichtelijk boek te hebben geschreven. Suggesties voor verbeteringen zijn altijd welkom. Die kunnen worden gemaïld naar e.j.w.heithuis@uva.nl. De kopij is afgesloten per 1 januari 2019.

G.C. van der Burgt

E.J.W. Heithuis

L.S. Rijff

HOOFDSTUK 1

Inleiding

Op 12 juli 2016 is de eerste EU-richtlijn inzake antibelastingontwijking (Richtlijn (EU) 2016/1164) tot stand gekomen (ATAD1-richtlijn, hierna kortweg ATAD1 (*anti tax avoidance directive*)). Op 31 augustus 2016 en 30 juni 2017 zijn rectificaties van deze richtlijn gepubliceerd.¹ Deze richtlijn dient (op een enkele uitzondering na) uiterlijk op 31 december 2018 door lidstaten in nationale wetgeving te zijn omgezet, hetgeen in Nederland ook is gelukt. Het wetsvoorstel ter zake² is op 18 september 2018 bij de Tweede Kamer ingediend en heeft zonder al te veel kleerscheuren de eindstreep gehaald³, zodat het op 1 januari 2019 van kracht is geworden.

ATAD1 bevat een viertal maatregelen die allen zien op de vennootschapsbelasting, te weten:

1. *Earningsstripping*-maatregel (art. 4 ATAD1);
 2. Exitheffing (art. 5 ATAD1);
 3. Algemene anti-belastingontwijkingsregel (*general anti-abuse rule* (GAAR)) (art. 6 ATAD1);
 4. CFC-maatregel (waarbij CFC staat voor *controlled foreign company*) (art. 7 en 8 ATAD1).
- De richtlijn bevat nog een vijfde maatregel, gericht tegen zogenoemde hybride structuren (art. 9 ATAD1) – door middel van hybride entiteiten dan wel hybride financieringen – maar die maatregel is de facto uitgesteld tot de tweede EU-richtlijn inzake antibelastingontwijking (Richtlijn (EU) 2017/952) (ATAD2) die op 1 januari 2020 in nationale wetgeving geïmplementeerd moet zijn. Deze vijfde maatregel laten wij in dit boek daarom buiten bespreking.

In dit boek bespreken wij drie maatregelen uit ATAD1, te weten de CFC-regeling (art. 13ab Wet VPB 1969, zie hoofdstuk 2), de *earningsstripping*-regeling (art. 15b Wet VPB 1969, zie hoofdstuk 3) en de exitheffing (art. 25b IW 1990, zie hoofdstuk 4). De Algemene anti-belastingontwijkingsregel (GAAR) bespreken wij niet, aangezien die maatregel niet expliciet is geïmplementeerd in de nationale wetgeving. De Nederlandse wetgever vond dat niet nodig, getuige de volgende passage uit de memorie van toelichting:⁴

“De GAAR uit ATAD1 leidt tot het voor de berekening van de verschuldigde vennootschapsbelasting buiten toepassing laten van een constructie of reeks van constructies als aan drie voorwaarden is voldaan. De eerste voorwaarde vereist dat een constructie of reeks van constructies is opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen (het motiefvereiste). De tweede voorwaarde vereist dat een constructie of reeks

1 Op 29 mei 2017 is de ATAD2-richtlijn gepubliceerd. Feitelijk is dit een aanpassing van ATAD1. Zie V-N 2017/36.2 voor een doorlopende tekst van ATAD1 en ATAD2.

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

3 Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking, *Stb.* 2018, 508.

4 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 14-15. Deze passage is min of meer herhaald in *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 24-26.

van constructies het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht ondermijnt (het normvereiste). De derde voorwaarde vereist dat een constructie of reeks van constructies, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, kunstmatig is (het kunstmatigheidsvereiste). Een constructie of een reeks van constructies wordt als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. De reikwijdte van de GAAR in ATAD1 is niet beperkt tot intra-EU-situaties, maar strekt zich uit tot binnenlandse, intra-EU- en derdelandensituaties. In de Nederlandse jurisprudentie is het leerstuk van *fraus legis* ontwikkeld. Dit leerstuk functioneert in feite als een vangnet ingeval er sprake is van een vorm van misbruik die niet met gerichte antimisbruikmaatregelen kan worden bestreden. Voor de toepassing van *fraus legis* zijn twee elementen van belang. Het eerste element vereist dat de handelingen als doorslaggevend oogmerk het verijdelen van belasting hebben (het motiefvereiste). Het tweede element vereist dat deze belastingverijdeling in strijd komt met doel en strekking van de wet (het normvereiste). *Fraus legis* kent in tegenstelling tot de maatregel in ATAD1 geen afzonderlijk kunstmatigheidsvereiste, maar de zakelijke redenen die in de in ATAD1 opgenomen GAAR relevant zijn voor de vaststelling van kunstmatigheid zijn eveneens relevant bij de beoordeling van het motief bij de toepassing van *fraus legis*.

EU-lidstaten zijn vrij de vorm en middelen te kiezen voor de implementatie van de bepalingen uit een richtlijn. Een algemeen rechtskader dat in overeenstemming is met de richtlijnbeoordeling, kan voor de omzetting van die bepaling volstaan, zo blijkt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU).⁵ Voor de omzetting van een richtlijn in het nationale recht is het derhalve niet altijd noodzakelijk dat de wetgever de bepalingen uit een richtlijn overneemt in een nationale wettelijke bepaling. *Fraus legis* is een algemeen rechtskader waarmee, zoals hiervoor is toegelicht, het met de GAAR uit ATAD1 beoogde doel wordt bereikt. Het kabinet is daarom van mening dat met het leerstuk van *fraus legis* de GAAR uit ATAD1 reeds in het Nederlandse belastingrecht is geïmplementeerd.

De Moeder-dochterrichtlijn (MDR)⁶ bevat sinds 2015 door middel van een wijzigingsrichtlijn (wijzigingsrichtlijn MDR)⁷ een antimisbruikbepaling die qua bewoordingen grote gelijkenissen vertoont met de GAAR uit ATAD1. De reikwijdte is echter verschillend. De GAAR uit ATAD1 richt zich op de gehele vennootschapsbelasting en vervult een misbruikvangnetfunctie.⁸ De antimisbruikbepaling uit de MDR strekt ertoe misbruik van de MDR te bestrijden en is beperkt tot de door de MDR geboden voordelen.⁹ Deze bepaling is dus gericht op specifieke situaties en kan – ondanks de gangbare benaming – eerder worden gecategoriseerd als ‘targeted anti-abuse rule’ (TAAR) dan als GAAR. Daarbij is het zo dat deze antimisbruikbepaling in de MDR de toepassing van een algemeen antimisbruikleerstuk, zoals *fraus legis*, niet in de weg staat.¹⁰

Bij de implementatie van ATAD1 heeft het kabinet ervoor gekozen de GAAR niet om te zetten in nationale wetgeving, omdat het leerstuk van *fraus legis* goed aansluit bij het algemene karakter en de misbruikvangnetfunctie van de GAAR uit ATAD1. Omdat de GAAR uit ATAD1 een ander karakter heeft dan de TAAR uit de MDR is voor de implementatie van ATAD1 naar het oordeel van het kabinet niet van belang welke keuze is gemaakt bij de TAAR uit de MDR.”

5 Zie onder meer de arresten HvJ EU 5 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:408, r.o. 41 t/m 45 en HvJ EU 16 juni 2005, ECLI:EU:C:2005:388, r.o. 51.

6 Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (*PbEU* 2011, L 345).

7 Richtlijn 2015/121/EU van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (*PbEU* 2015, L 21).

8 Overweging 11 considerans ATAD1.

9 Overweging 6 considerans wijzigingsrichtlijn MDR.

10 Overweging 9 considerans wijzigingsrichtlijn MDR en *Kamerstukken II* 2015/16, 34 306, nr. 3, p. 3.

Hoewel de GAAR uit ATAD1 dus niet is geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving en met de toepassing van *fraus legis* zal worden volstaan, zal het nationale leerstuk van *fraus legis* hiervan wel degelijk invloed kunnen (gaan) ondervinden. Het HvJ EU is immers de hoogste rechterlijke instantie met betrekking tot de uitleg van het EU-recht. Dit betekent dat de nationale rechter zich voortaan, bij de verdere uitleg en ontwikkeling van dit leerstuk, mede zal moeten richten naar de jurisprudentie van dit Hof op dit punt. In zoverre zal het EU-recht dus wel degelijk zijn invloed kunnen hebben op de toepassing en interpretatie van het nationale leerstuk van *fraus legis*. De Staatssecretaris van Financiën onderkent dit ook, want hij merkt in de wetsgeschiedenis naar aanleiding van een vraag van de VVD-fractie ter zake expliciet op dat het aan de nationale rechter – en daarmee in laatste instantie aan de Nederlandse Hoge Raad – is of deze voor de invulling van dit leerstuk relevante prejudiciële vragen over de uitleg van het EU-recht zou willen voorleggen aan het HvJ EU.¹¹

In de volgende hoofdstukken bespreken wij de drie genoemde regelingen. Wij sluiten dit boek af met de tekst van ATAD1 (bijlage 1) en de transponeringstabel (bijlage 2).

11 *Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 24.*

HOOFDSTUK 2

CFC-regeling

2.1 Inleiding

ATAD1¹ bevat de – voor Nederland volledig nieuwe – regeling voor de zogenoemde *controlled foreign company*, kortweg CFC. ATAD1 geeft EU-lidstaten daarbij de keuze tussen twee varianten voor het bepalen van de tot de winst van de belastingplichtige te rekenen voordelen van een CFC, te weten model A en model B. Bij model A worden categorieën van voordelen (dividend, rente, royalty's, etc.), wanneer zij door een CFC zijn genoten, tot de winst van de belastingplichtige in Nederland gerekend. Bij model B wordt geconstateerd dat voordelen onterecht bij een CFC tot uitdrukking komen, omdat die voordelen niet voortkomen uit activiteiten (functies) van de CFC, maar van de Nederlandse belastingplichtige. Volgens het kabinet past Nederland model B al toe met het *arm's-length* beginsel. Nederland hoeft strikt genomen dan ook geen aanvullende maatregelen te treffen. Toch heeft het kabinet ervoor gekozen een (aanvullende) regeling te introduceren die is gebaseerd op model A. Hoewel het kabinet de ruimte had om model A op een soepele manier te implementeren, is van die ruimte geen gebruik gemaakt. De CFC-regeling heeft de functie van een stopbord. Het is de bedoeling dat structuren met een CFC zich niet (meer) via Nederland voordoen.

De CFC-maatregel is gericht tegen het verschuiven van winsten naar buitenlandse laagbelastende entiteiten in de vorm van bepaalde gecontroleerde lichamen of vaste inrichtingen. Het gaat daarbij om winsten die samenhangen met mobiele activa, zoals financiële activa en immateriële activa. Door dergelijke activa naar een laagbelastende jurisdictie te verplaatsen, slaat de daarmee samenhangende winst neer in die jurisdictie. Op die manier zou belastingheffing kunnen worden vermeden of uitgesteld en dat wil de wetgever tegengaan.

De kern van de CFC-maatregel is neergelegd in art. 13ab en 15e lid 10 Wet VPB 1969. Deze bepalingen gelden met ingang van boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2019. In dit hoofdstuk bespreken wij deze regeling.² Het is hierbij goed om te beseffen dat de CFC-maatregel tot gevolg kan hebben dat buitenlands inkomen in de Nederlandse heffingsgrondslag wordt betrokken, welk inkomen op grond van het *arm's-length* beginsel niet toerekenbaar is aan Nederland. Dat 'altijd-ergens' winstbelasting wordt geheven, is in het huidige tijdsgewricht kennelijk belangrijker dan de meer fundamentele vraag of dit plaatsvindt door het juiste land alsmede of in een effectieve wijze van vermindering van dubbele belastingheffing is voorzien.

1 Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016, *PbEU* 2016, L 193/1. Zie ook de rectificatie in *PbEU* 2016, L 234/26.

2 Dit hoofdstuk is mede gebaseerd op G.C. van der Burgt & A.W. Hofman, 'De per 1 januari 2019 ingevoerde CFC-maatregel: voorkomen is beter dan genezen!', *TFO* 2019/2019/161.1.

2.2 Stappenplan

Om te beoordelen of de CFC-maatregel in een concrete situatie van toepassing is, en om vervolgens te bepalen wat de invloed daarvan is op de winst van de belastingplichtige³ (houder van het belang), moet het volgende driestappenplan worden doorlopen:

1. Kwalificeert het belang (gecontroleerd lichaam of vaste inrichting) als een CFC? (par. 2.3)
2. Is een uitzondering van toepassing? (par. 2.4)
3. Moeten bij de belastingplichtige voordelen uit hoofde van de CFC in aanmerking worden genomen? (par. 2.5)

In par. 2.3 t/m 2.5 worden deze stappen afzonderlijk besproken. In par. 2.6 wordt, tot slot, kort ingegaan op enkele flankerende maatregelen. Het is goed voor ogen te houden dat dit stappenplan per gecontroleerd lichaam of vaste inrichting moet worden doorlopen.

2.3 Definitie CFC (stap 1)

Zowel een lichaam als een vaste inrichting kan een CFC zijn. In het geval van een lichaam als CFC geldt een dubbele toets: een jurisdictietoets en een controlerend belangtoets. Bij een vaste inrichting als CFC geldt uitsluitend de jurisdictietoets. In het feit dat de belastingplichtige een buitenlandse onderneming drijft in de vorm van een vaste inrichting, ligt de aanwezigheid van controle immers besloten.⁴

2.3.1 Jurisdictietoets

Een gecontroleerd lichaam of een vaste inrichting kwalificeert pas als een CFC als deze is gevestigd respectievelijk is gelegen in een *aangewezen staat* (jurisdictietoets). Dat is een staat⁵ die:

1. lichamen niet of naar een statutair tarief van minder dan 9% onderwerpt aan een belasting naar de winst; een zogenoemde laagbelastende staat (Nederlandse lijst), zie art. 13ab lid 3 onderdeel d Wet VPB 1969; of
2. is opgenomen op de EU-lijst van niet-coöperatieve jurisdicties (EU-lijst), zie art. 13ab lid 3 onderdeel e Wet VPB 1969.

Een gecontroleerd lichaam voldoet in beginsel aan de jurisdictietoets als het lichaam volgens de fiscale of andere regelgeving van een aangewezen staat aldaar is gevestigd. Door uit te gaan van de *fiscale en andere regelgeving* van de betreffende staat, wordt aangesloten bij alle mogelijke aangrijpingspunten voor belastingheffing als inwoner die staten kunnen hanteren (feitelijke leiding, oprichting en statutaire zetel). Als één van deze

3 Met 'de belastingplichtige' bedoelen wij de houder van het gecontroleerde belang of de vaste inrichting.

4 Een in Nederland gelegen vaste inrichting van een buitenlands lichaam valt niet onder het bereik van de CFC-maatregel. Het buitenlands lichaam kan uiteraard zelf wel een CFC zijn. Zie *Kamerstukken II 2018/19*, 35 030, nr. 7, p. 36.

5 Onder een staat wordt mede begrepen een mogendheid en een daarmee gelijk te stellen bestuurlijk eenheid. Dit betekent dat de CFC-maatregel ook van toepassing is op bestuurlijke eenheden die volkenrechtelijk niet als mogendheid gelden maar die feitelijk wel heffingsbevoegdheid uitoefenen, zoals Curaçao, Aruba en Sint Maarten. Zie *Kamerstukken II 2018/19*, 35 030, nr. 3, p. 31.

aangrijpingspunten leidt tot vestiging van het gecontroleerde lichaam in een aangewezen staat, is de CFC-maatregel als hoofdregel van toepassing. De CFC-maatregel kan door de vormgeving van de jurisdictietoets ook gelden als een dual-resident vennootschap is opgericht in een aangewezen staat, maar daar niet langer (feitelijk of statutair) is gevestigd.

Vervolgens geldt een uitzondering als het gecontroleerde lichaam volgens de *fiscale regelgeving* van een niet-aangewezen staat aldaar als inwoner is onderworpen aan een winstbelasting (art. 13ab lid 3 laatste zinsdeel Wet VPB 1969).⁶ In dat geval wordt immers, ondanks het feit dat er een band is tussen het gecontroleerde lichaam en een aangewezen staat, alsnog (voldoende) winstbelasting geheven van het gecontroleerde belang door een niet-aangewezen staat. De CFC-maatregel is dan niet van toepassing. De vraag kan worden gesteld of de uitzondering voldoende ruim is. De wettekst vereist dat het gecontroleerde lichaam als inwoner in een niet-aangewezen staat is onderworpen. De uitzondering geldt dus niet als het gecontroleerde lichaam een vaste inrichting heeft in een niet aangewezen-staat. Voor zover de besmette voordelen toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting, kan zich (economische) dubbele heffing voordoen.⁷

Ad 1 Nederlandse lijst

Bij ministeriële regeling wordt jaarlijks een geactualiseerde lijst gepubliceerd van laagbelastende staten met als peildatum 1 oktober van dat jaar. Deze lijst is volgens de wetgever uitputtend en bindend. Deze lijst geldt vervolgens voor boekjaren die in het daaropvolgende kalenderjaar aanvangen.⁸ Mutaties in het boekjaar doen zich zodoende niet voor, dus ook niet als een land in het boekjaar het winstbelastingtarief wijzigt. Op deze lijst wordt uitgegaan van het algemeen geldende *statutaire* belastingtarief over ondernemingswinsten. Een staat is laagbelastend als het statutaire tarief lager is dan 9%.⁹ Het is niet van belang of het effectieve tarief lager is dan 9%, doordat bijvoorbeeld de buitenlandse grondslag waarover de belasting wordt geheven afwijkt van de grondslag naar Nederlandse maatstaven.¹⁰ Dit betekent bijvoorbeeld dat een lager effectief tarief als gevolg van zogenoemde territoriale

6 Dit laatste kan in beginsel worden aangetoond door het overleggen van een belastingaanslag van de buitenlandse fiscus. Tevens kunnen andere door de buitenlandse fiscus gewaarmerkte bescheiden waaruit blijkt dat het lichaam in de betreffende staat als inwoner is onderworpen aan een belasting naar de winst dienen als bewijs. Zie *Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 39.*

7 Zie ook V.T.P. van der Lans & M. Knops, 'De (aanvullende) CFC-maatregel van art. 13ab Wet VPB 1969', *MBB 2018/11.27*, onderdeel 4.2.4.

8 Er geldt géén overgangstermijn voor verdragslanden. Staat een land op de Nederlandse lijst die in jaar t-1 wordt gepubliceerd, dan kwalificeert dat land dus direct als laagbelastende staat in jaar t. Zie *Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 16.*

9 Aanvankelijk was sprake van een laagbelastende staat bij een statutair tarief van minder dan 7%. Als gevolg van een aangenomen amendement is het percentage van 7 verhoogd naar 9. Zie *Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 10, p. 1.*

10 Voor deze benadering is gekozen (i) om uitvoeringstechnische redenen en (ii) omdat de EU in het kader van de EU-lijst van niet coöperatieve jurisdicties (zie Ad 2) preferentiële belastingregimes wereldwijd beoordeelt. Langs deze weg vallen staten met zo'n preferentieel belastingregime dat schadelijk is onder het bereik van de CFC-maatregel. Zie *Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 33-34.*

elementen of preferentiële belastingregimes in dit kader niet relevant is.¹¹ Verder is het volgende van belang:¹²

- Bij de toetsing of sprake is van een laag statutair tarief wordt niet alleen rekening gehouden met winstbelastingen die door het rijk worden geheven, maar ook met winstbelastingen die door een lagere overheid wordt geheven.
- Een registratiebelasting, overdrachtsbelasting of kapitaalsbelasting kwalificeert niet.
- Als een staat een direct belasting heft waarbij een statutair tarief wordt geheven over omzet, wordt dat aan de hand van beschikbare statistieken overwinstmarges herleid naar een tarief over de winst.¹³
- Bij de beoordeling worden tariefopstapjes (of tariefafstapjes) buiten beschouwing gelaten, mits die vanwege de hoogte van het tarief of de lengte van de schijf geen betekenisvolle invloed hebben.
- Afzonderlijke tarieven voor het mkb blijven buiten beschouwing.
- Getoetst wordt of materieel de winstbelasting op elk lichaam van toepassing is of dat deze slechts van toepassing is op een beperkte groep.
- Is een winstbelasting slechts van toepassing op specifieke activiteiten, sectoren of een specifieke industrie (bijvoorbeeld exploratie van natuurlijke rijkdommen of de financiële sector), dan is deze niet algemeen geldend en kan daarmee niet worden voldaan aan de tarieftoets.
- Als een staat een algemeen geldend keuzeregime kent tussen verschillende systemen van winstbelasting, waarbij de keuze voor een systeem toepassing van het andere systeem uitsluit, moeten beide systemen voldoen aan de tarieftoets.

Ad 2 EU-lijst

Wat betreft de EU-lijst is het doel aan te sluiten bij de meest recente lijst die geldt in het kalenderjaar dat voorafgaat aan het kalenderjaar waarin het boekjaar van de belastingplichtige aanvangt. Dit geldt voor zover tijdige publicatie in de *Staatscourant*, vóór 1 januari van het volgende kalenderjaar, nog mogelijk is.

Beide lijsten worden geïntegreerd. Voor het jaar 2019 staan in totaal 21 landen op de lijst. Vijf daarvan staan op de zwarte lijst van de EU. Dit zijn Amerikaans Samoa, Amerikaanse Maagdeneilanden, Guam, Samoa en Trinidad en Tobago. In aanvulling hierop heeft Nederland zelf nog eens zestien landen aangewezen als laagbelastend. Het gaat om de landen Anguilla, Bahama's, Bahrein, Belize, Bermuda, Britse Maagdeneilanden, Guernsey, Isle of Man, Jersey, Kaaimaneilanden, Koeweit, Qatar, Saudi-Arabië, Turks- en Caicoseilanden,

11 In *Kamerstukken II 2018/19*, 35 030, nr. 7, p. 10, is hierop nader ingegaan. Als voorbeelden van territoriale elementen worden genoemd: (i) een belastingvrijstelling voor winst van een buitenlandse vaste inrichting, en (ii) een land met een belastingstelsel dat slechts heft over inkomsten die verband houdt met bronnen of activiteiten in dat land. Een voorbeeld van een preferentieel belastingregime is een regeling vergelijkbaar met het Nederlandse innovatieboxregime. Zo'n preferentieel belastingregime kan overigens wel tot gevolg hebben dat de CFC-maatregel van toepassing is, namelijk als het gaat om een *schadelijk* preferentieel belastingregime dat tot gevolg heeft dat een land op de EU-lijst terechtkomt. Het kabinet wijst erop dat het huidige Nederlandse innovatieboxregime in Europa niet als schadelijk is beoordeeld.

12 Zie *Kamerstukken II 2018/19*, 35 030, nr. 3, p. 33 en *Kamerstukken I 2018/19*, 35 030, C, p. 3

13 In *Kamerstukken II 2018/19*, 35 030, nr. 3, p. 33, voetnoot 34, wordt verwezen naar diverse bronnen.

Vanuatu en de Verenigde Arabische Emiraten. Dit zijn staten zonder winstbelasting of met een tarief van minder dan 9%.¹⁴

2.3.2 Controlerend belangtoets

Een lichaam is alleen een CFC als de belastingplichtige daarin een 'gecontroleerd belang' houdt. Daarbij worden belangen van een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam of gelieerde natuurlijk persoon meegeteld (art. 13ab lid 3 Wet VPB 1969). Van zo'n gecontroleerd belang is sprake bij een belang:

- a) van meer dan 50% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal;
- b) dat meer dan 50% van de statutaire stemrechten vertegenwoordigt; of
- c) dat recht geeft op meer dan 50% van de winst.

Het toepassingsbereik van de regeling wordt voor een belangrijk deel bepaald door de passage 'al dan niet tezamen met een aan hem gelieerd lichaam of gelieerde natuurlijk persoon'. Volgens art. 13ab lid 8 Wet VPB 1969 is een *gelieerd lichaam*: (i) een lichaam waarin de belastingplichtige een belang heeft (een (klein)dochtervennootschap), en (ii) een lichaam dat een belang heeft in de belastingplichtige (een (groot)moedervernootschap). Een *gelieerde natuurlijk persoon* is volgens dezelfde bepaling een natuurlijke persoon die een belang heeft in de belastingplichtige. Indien een natuurlijk persoon of een lichaam een belang heeft in de belastingplichtige én in een of meer andere lichamen, wordt elk van die lichamen aangemerkt als een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam, zie art. 13ab lid 9 Wet VPB 1969 (een zustervernootschap van de belastingplichtige). Het voorgaande maakt duidelijk dat essentieel is wat in deze context onder 'een belang' moet worden verstaan. Volgens art. 13ab lid 10 Wet VPB 1969 is dat een belang dat:

- ten minste 25% bedraagt van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van het lichaam;
- ten minste 25% vertegenwoordigt van de statutaire stemrechten in het lichaam; of
- recht geeft op ten minste 25% van de winst van het lichaam.

Het begrip 'gelieerd lichaam' respectievelijk 'gelieerde natuurlijk persoon' wijkt dus af van het begrip 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' in art. 10a lid 4 respectievelijk lid 5 Wet VPB 1969. Van verbondenheid is immers pas sprake bij een belang van ten minste 33,33%. Van gelieerdheid in de zin van art. 13ab Wet VPB 1969 is al sprake bij een belang van ten minste 25%.

In de CFC-maatregel komt diverse keren het begrip 'lichaam' terug. Het begrip 'lichaam' in art. 13ab Wet VPB 1969 is volgens de Staatssecretaris van Financiën niet 'zonder meer' beperkt tot naar Nederlandse maatstaven niet-transparante lichamen, maar het is tijdens de Kamerbehandeling helaas niet duidelijk geworden waarop de staatssecretaris precies doelt.¹⁵ Het lijkt er derhalve op dat de staatssecretaris dit bewust vaag heeft gehouden.

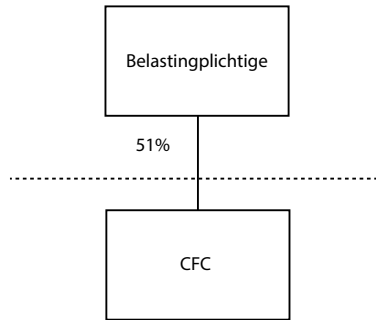
¹⁴ De lijst is gepubliceerd in *Stcrt.* 2018, 72064.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 7, p. 38.

Hierna wordt de controlerend belangtoets geïllustreerd aan de hand van vier voorbeelden. Het gaat daarbij uitsluitend over de vraag of de belastingplichtige beschikt over een controlerend belang (stap 1). Op voorhand merken wij daarbij op dat voor de vraag in welke mate de 'voordelen uit hoofde van een gecontroleerd lichaam' bij de belastingplichtige worden belast, wel het feitelijke directe en indirecte belang doorslaggevend is. Zie daarover par. 2.5.

Voorbeeld 1

De belastingplichtige heeft een rechtstreeks belang van 51% in een lichaam dat is gevestigd in een laagbelastende jurisdictie.¹⁶



Laagbelastende jurisdictie

In dit voorbeeld is duidelijk dat de belastingplichtige 'controle' heeft over de CFC. Aan de controlerend belangtoets is dan ook voldaan.¹⁷

Voorbeeld 2¹⁸

De belastingplichtige houdt rechtstreeks een 20%-belang in een lichaam dat is gevestigd in een laagbelastende jurisdictie (CFC). Daarnaast houdt de belastingplichtige een 40%-belang in B, terwijl B een belang van 80% heeft in de CFC.

¹⁶ Het gaat dus over een belang dat 51% vertegenwoordigt van het nominaal gestorte kapitaal of de statutaire stemrechten dan wel recht geeft op 51% van de winst.

¹⁷ De besmette voordelen van de CFC worden in beginsel voor 51% bij de belastingplichtige in de heffing van vennootschapsbelasting betrokken; zie par. 2.5.

¹⁸ Ontleend aan *Kamerstukken II 2018/19*, 35 030, nr. 3, p. 31-32.