



COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

Brussel, 10.12.2007
COM(2007) 785 definitief

**MEDEDELING VAN DE COMMISSIE
AAN DE RAAD, HET EUROPEES PARLEMENT EN HET EUROPEES
ECONOMISCH EN SOCIAAL COMITÉ**

**Antimisbruikmaatregelen op het gebied van de directe belastingen – toepassing in de EU
en ten aanzien van derde landen**

1. INLEIDING

In haar mededeling over de coördinatie van de directebelastingstelsels van de lidstaten op de interne markt¹ heeft de Commissie beschreven hoe de lidstaten door middel van coördinatie en samenwerking hun fiscale beleidsdoelstellingen kunnen verwezenlijken en hun belastinggrondslag beschermen terwijl ze ook hun Verdragsverplichtingen nakomen en een einde maken aan dubbele belastingheffing. Op sommige gebieden is zulke coördinatie onontbeerlijk. Op andere gebieden zijn eenzijdige oplossingen mogelijk maar kan het streven naar gemeenschappelijke oplossingen toch de voorkeur verdienen, ook als op die gebieden de gevestigde belangen van de lidstaten op het eerste gezicht niet altijd gelijk lijken te lopen. Op de Commissie rust de wettelijke verplichting om ervoor te zorgen dat de lidstaten hun Verdragsverplichtingen nakomen, maar ook de politieke verantwoordelijkheid om constructieve oplossingen te zoeken en te bevorderen om dat doel te bereiken. Wat de toepassing van regels ter voorkoming van belastingontwijking betreft, is de Commissie, met name in het licht van enkele recente arresten van het Europese Hof van Justitie, van mening dat er dringend

- een juist evenwicht moet worden gevonden tussen het algemeen belang van misbruikbestrijding en de behoefte om te voorkomen dat grensoverschrijdende activiteiten in de EU disproportioneel worden beperkt, en
- een betere coördinatie moet komen van de toepassing van antimisbruikmaatregelen tegen derde landen om de belastinggrondslagen van de lidstaten te beschermen.

In dit licht analyseert deze mededeling de uit de relevante rechtspraak van het Hof voortvloeiende beginselen, teneinde een breder debat op gang te brengen om een passend antwoord te formuleren op de uitdagingen die de lidstaten op dit gebied het hoofd moeten bieden. Deze mededeling strekt er derhalve toe een kader te scheppen om samen met de lidstaten en andere belanghebbende partijen te onderzoeken in hoeverre gecoördineerde oplossingen op dit gebied mogelijk zijn.

Het begrip "antimisbruikregels" bestrijkt een breed scala aan regels, maatregelen en praktijken. Sommige lidstaten gebruiken een algemeen concept van misbruik dat op wetgeving is gebaseerd of in rechtspraak is ontwikkeld. Andere daarentegen hanteren specifieke antimisbruikbepalingen, zoals CFC- (Controlled Foreign Corporations) of *thin capitalisation*-regels, die de binnenlandse belastinggrondslag tegen bepaalde vormen van uitholling moeten beschermen. Andere specifieke antimisbruikbepalingen voorzien onder meer in de overschakeling van een vrijstellings- op een verrekeningsmethode in bepaalde grensoverschrijdende situaties (waarin buitenlandse inkomsten naar een laag of voorkeurstarief worden belast) of nemen passieve beleggingen in andere landen in het vizier. Vele lidstaten maken gebruik van een combinatie van algemene en specifieke antimisbruikregels. Ook de EG-richtlijnen betreffende de vennootschapsbelasting omvatten antimisbruikregels.

¹ COM(2006) 823 van 19.12.2006.

Wat de verenigbaarheid van nationale antimisbruikmaatregelen met het Gemeenschapsrecht betreft, moet een onderscheid worden gemaakt tussen de toepassing in de Gemeenschap (waar de vier fundamentele vrijheden gelden) en de toepassing ten aanzien van derde landen (waar alleen het vrije verkeer van kapitaal geldt)². De toepassing van antimisbruikregels ten aanzien van derde landen wordt daarom apart behandeld in hoofdstuk 4.

Deze mededeling is uitsluitend gericht op de directe belastingen. Er mag echter niet worden vergeten dat de Commissie ook ten aanzien van belastingontwijking op het gebied van de indirecte belastingen en met name de btw een actief beleid voert. Een doorslaggevende rol daarbij spelen de grotere harmonisatie op het gebied van de indirecte belastingen en het feit dat Richtlijn 2006/112/EG³ specifieke regels en procedures omvat uit hoofde waarvan de lidstaten belastingontwijking kunnen bestrijden en maatregelen tegen belastingfraude kunnen nemen. In dat verband is er een nauwe samenwerking tussen de lidstaten en de Commissie, die via speciale werkgroepen een proactieve rol is gaan spelen bij de bestrijding van misbruiken.

2. DEFINITIES EN HOOFDBEGINSELEN VAN DE RECHTSPRAAK VAN HET HOF

Ontwijking en misbruik

Volgens het Hof kan een persoon die anderszins onder het Gemeenschapsrecht zou vallen, de rechten die hij eraan ontleent, verliezen wanneer hij misbruik van die rechten wil maken. Het gaat hier om uitzonderlijke gevallen: er is slechts sprake van misbruik wanneer, ondanks de formele naleving van de in de toepasselijke communautaire regeling opgelegde voorwaarden, het door deze regeling beoogde doel niet werd bereikt én er een voornemen bestond om een voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder dit voordeel ontstaat⁴. Het Hof heeft dit leerstuk met name toegepast op de communautaire wetgeving betreffende uitvoerrestituties en de btw.

Voorts heeft het Hof in zijn rechtspraak over de directe belastingen geoordeeld dat de noodzaak om belastingontwijking of misbruik te voorkomen een dwingende reden van algemeen belang kan zijn die een beperking van de fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen⁵. Het begrip "belastingontwijking" ziet evenwel uitsluitend op "volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving van de betrokken lidstaat te ontwijken". Nationale belastingregels zijn pas rechtsgeldig als zij proportioneel zijn en specifiek ertoe strekken om *volstrekt kunstmatige constructies* te voorkomen.

Volstrekt kunstmatige constructies

In reactie op door de lidstaten aangevoerde argumenten heeft het Hof verschillende elementen geïdentificeerd, die *op zich* niet volstaan om te kunnen spreken van fraudeleuze, dat wil zeggen volstrekt kunstmatige constructies. Het Hof heeft bijvoorbeeld geoordeeld dat het loutere feit dat een dochteronderneming in een andere lidstaat is gevestigd, op zich niet kan

² Er zij op gewezen dat de toepassing van sommige antimisbruikbepalingen in belastingverdragen met derde landen indirect ook gevolgen kan hebben voor de vrijheid van vestiging van vennootschappen die in andere lidstaten zijn gevestigd.

³ PB L 347 van 11.12.2006, blz. 1-118.

⁴ *Emsland-Stärke*, C-110/99, punten 52-53; *Halifax*, C-255/02, punten 74-75.

⁵ Bijvoorbeeld *Lankhorst*, C-324/00, punt 37.

worden aangemerkt als een element dat aanleiding geeft tot belastingontwijking⁶, of ook nog dat het feit dat de activiteiten die door een secundaire vestiging in een andere lidstaat worden verricht, even goed hadden kunnen worden uitgeoefend door de vennootschap vanop het grondgebied van de lidstaat waar zij zelf is gevestigd, niet de conclusie wettigt dat het gaat om een volstrekt kunstmatige constructie⁷. Het Hof heeft ook uitdrukkelijk bevestigd dat het helemaal niet onwettig is dat fiscale overwegingen een rol spelen bij de keuze van de vestigingsplaats van een dochteronderneming⁸. Het streven naar een minimale belastingdruk is een zakelijke overweging die op zich volstaat, mits de opgezette constructie niet tot kunstmatige winstverschuivingen leidt. Voor zover belastingplichtigen geen frauduleuze praktijken verrichten, kunnen de lidstaten zich er niet tegen verzetten dat zij hun recht van vrij verkeer uitoefenen met als enige doel in aanmerking te komen voor lagere belastingtarieven in andere lidstaten⁹ of ook zelfs specifieke gunstige belastingregelingen¹⁰. Verstoringen die betrekking hebben op de plaats van vestiging van bedrijfsactiviteiten en die het gevolg zijn van met het EG-Verdrag onverenigbare staatssteun of schadelijke belastingconcurrentie, geven lidstaten niet het recht om eenzijdige maatregelen te treffen ter bestrijding van de gevolgen ervan, waarbij inbreuk wordt gemaakt op het vrije verkeer¹¹. Integendeel, zulke verstoringen moeten via de daartoe geëigende juridische of politieke procedures aan de basis worden aangepakt. Uiteraard moeten antimisbruikmaatregelen zelf ook in overeenstemming zijn met de Verdragsrechtelijke staatssteunbepalingen¹². De Commissie zal blijven toezien op de toepassing van de Verdragsrechtelijke staatssteunregels en verdere ondersteuning geven aan de door de Groep gedragscode verrichte werkzaamheden in de Raad.

Antimisbruikregels zijn pas gerechtvaardigd als zij beperkt blijven tot situaties waarin nog een ander element van misbruik aanwezig is. In zijn recente rechtspraak heeft het Hof nadere richtsnoeren gegeven voor de criteria waarmee kan worden beoordeeld of er sprake is van frauduleuze praktijken, dat wil zeggen volstrekt kunstmatige constructies. In *Cadbury* oordeelde het Hof dat een vestiging als echt moet worden aangemerkt wanneer op basis van een evaluatie van objectieve en door derden controleerbare elementen, met name bewijsmiddelen van het fysieke bestaan in termen van lokalen, personeel en uitrusting, blijkt dat zij een economische realiteit vormt, dat wil zeggen een concrete vestiging is die daadwerkelijke economische activiteiten verricht, en niet louter een „brievenbusmaatschappij” of een „schijnvennootschap” is¹³. In *Thin Cap*¹⁴ was niet in geding of de betrokken vestiging van de belastingplichtige echt was, maar of de betrokken lidstaat fiscale beperkingen mocht opleggen aan financiële afspraken tussen verbonden ondernemingen. Wanneer de voorwaarden van financiële transacties tussen verbonden ondernemingen die in verschillende lidstaten zijn gevestigd, afwijken van die welke zouden zijn overeengekomen tussen niet-verbonden partijen, is dit volgens het Hof een objectief en door derden controleerbaar element waarmee kan worden beoordeeld of de betrokken transactie geheel of ten dele een louter kunstmatige constructie vormt. Wetgeving die hierop gebaseerd is, is voor het Hof in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel op voorwaarde dat de

⁶ *ICI*, C-264/96, punt 26.

⁷ C-196/04, punt 69.

⁸ *Cadbury*, punt 37.

⁹ *Eurowings*, C-294/97, punt 44.

¹⁰ *Cadbury*, punten 36-38.

¹¹ Bv. advocaat-generaal Léger in *Cadbury*, punten 55-60.

¹² Zie de mededeling van de Commissie van 11 november 1998, PB C 384 van 10.12.1998, met name punt 13.

¹³ Punten 67-68.

¹⁴ C-524/04.

belastingplichtige de mogelijkheid krijgt om het bewijs van de zakelijke grondslag van de door hem opgezette constructie te leveren.

Om te bepalen of er sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie, moet dus voorrang worden gegeven aan de economische realiteit boven de juridische vorm (*substance over form*). De in het kader van de Verdragsvrijheden en de vennootschapsbelastingsrichtlijnen te verrichten toetsingen vereisen dat de daarin neergelegde doelstellingen worden vergeleken met de onderliggende doelstellingen van de door belastingplichtigen opgezette constructies (waaruit dezen voordeel willen verkrijgen). Wat de vestigingsplaats van ondernemingen betreft, is het altijd moeilijk om de economische en commerciële realiteit van een constructie te beoordelen. Objectieve elementen om te beoordelen of er voldoende "massa" is, zijn onder meer controleerbare factoren zoals de plaats van werkelijke leiding, de tastbare aanwezigheid van de vestiging en het reële commerciële risico dat zij draagt. Het is evenwel niet volledig duidelijk hoe deze criteria kunnen worden toegepast op bijvoorbeeld financiële diensten binnen een concern en holdingmaatschappijen, waarvan de activiteiten doorgaans geen grote fysieke aanwezigheid vereisen.

Het Hof heeft de toegestane reikwijdte van bepaalde soorten regels ter voorkoming van belastingontwijking verduidelijkt en een reeks criteria voor de beoordeling van de echtheid van de vestiging en de commerciële realiteit van de door belastingplichtigen opgezette constructies vastgesteld. Ofschoon de toepassing van de uit de rechtspraak voortvloeiende beginselen uiteindelijk van de feitelijke omstandigheden van een specifiek geval zal afhangen, acht de Commissie het toch zinvol om te onderzoeken hoe deze beginselen in de praktijk toepassing kunnen vinden op verschillende vormen van bedrijfsactiviteiten en –structuren¹⁵. Zij stelt voor om dit samen met de lidstaten te doen en hoopt dat ook het bedrijfsleven hieraan wil bijdragen.

Evenredigheid

Uit *Cadbury* en *Thin Cap* vloeit voort dat om te beoordelen of een transactie een volstrekt kunstmatige constructie vormt, nationale antimisbruikregels "safe harbour"-criteria mogen bevatten om de situaties waarin de waarschijnlijkheid van misbruik het grootst is, af te dekken. De Commissie sluit zich aan bij advocaat-generaal Geelhoed, die zich in *Thin Cap* op het standpunt plaatste dat de vaststelling van redelijke waarschijnlijkheidscriteria bijdraagt tot een evenwichtige toepassing van nationale antimisbruikmaatregelen, omdat dit zowel de rechtszekerheid van belastingplichtigen als de werkbaarheid voor fiscale autoriteiten dient¹⁶.

Om te voorkomen dat echte vestigingen en transacties ten onrechte worden bestraft, is het evenwel zaak dat een belastingplichtige, wanneer het bestaan van een volstrekt kunstmatige constructie wordt vermoed, de mogelijkheid krijgt om te bewijzen dat die constructie een zakelijke grondslag heeft, zonder dat hij daarvoor aan overdreven administratieve eisen moet voldoen. Er kan slechts geval per geval worden bepaald in welke mate de lasten om aan te tonen dat transacties *bonafide* bedrijfsdoeleinden dienden, voor rekening van de belasting-

¹⁵ In dit verband kan het ook zinvol zijn om na te gaan in hoeverre het mogelijk is om een niet-uitputtende lijst op te stellen van feitelijke patronen die doorgaans wijzen op het bestaan van een kunstmatige constructie - bijvoorbeeld de oprichting van een secundaire vestiging die tot doel heeft goederen of diensten uit een ander rechtsgebied te betrekken zonder dat zij daar reële "massa" heeft of fysiek actief is, of meer in het algemeen, constructies die geen zakelijke doeleinden hebben (of zelfs tegen algemene bedrijfsbelangen kunnen indruisen, ware het niet dat zij zijn opgezet om belastingen te ontwijken).

¹⁶ Punt 66.

plichtige mogen komen. In dit verband meent de Commissie dat de bewijslast niet alleen bij de belastingplichtige mag liggen, maar dat ook rekening moet worden gehouden met diens nalevingscapaciteit in het algemeen en het soort constructie. Voor de inachtneming van het evenredigheidsbeginsel is het eveneens van wezenlijk belang dat het resultaat van de door de belastingautoriteiten verrichte evaluatie in een onafhankelijke juridische procedure kan worden getoetst. Wanneer de belastbare inkomsten in toepassing van antimisbruikregels worden gewijzigd, zou dit ook beperkt moeten blijven tot het gedeelte van de inkomsten dat aan de volstrekt kunstmatige constructie kan worden toegerekend. Voor transacties binnen een concern betekent dit dat het zakelijkheidsbeginsel (arm's length) in acht moet worden genomen, dat wil zeggen dat dezelfde zakelijke voorwaarden moeten gelden als die welke tussen niet-verbonden partijen zouden zijn overeengekomen. Dit mag de lidstaten volgens de Commissie evenwel niet beletten om belastingplichtigen die frauduleuze constructies hebben opgezet om belastingen te ontwijken, te bestraffen.

3. TOEPASSING VAN ANTIMISBRUIKREGELS IN DE EU/EER

Algemeen

De lidstaten moeten hun belastingstelsel doeltreffend kunnen organiseren en kunnen voorkomen dat hun belastinggrondslag door onbedoelde niet-heffing en misbruik wordt uitgehold. Tegelijkertijd moet worden gegarandeerd dat particulieren en bedrijven hun rechten uit hoofde van het Gemeenschapsrecht zonder onnodige belemmeringen kunnen uitoefenen. Antimisbruikmaatregelen moeten daarom doelgericht worden ingezet tegen volstrekt kunstmatige constructies die zijn opgezet om nationale wetgeving (of communautaire regels die in nationale wetgeving zijn omgezet) te omzeilen. Dit geldt ook voor de toepassing van antimisbruikregels ten aanzien van EER-landen (behalve in gevallen waarin er onvoldoende informatie-uitwisseling is met het betrokken EER-land). Om te voorkomen dat dergelijke regels verder gaan dan wat nodig is om hun doel te bereiken, namelijk misbruik tegengaan en rechtszekerheid scheppen, moet worden voorzien in de nodige garanties zodat belastingplichtigen de mogelijkheid hebben om het bewijs van de zakelijke grondslag van de door hen opgezette constructie te leveren.

De Commissie zou het betreuren indien lidstaten, om niet van discriminatie te worden beschuldigd, antimisbruikmaatregelen die zijn opgezet om grensoverschrijdende belastingontwijking tegen te gaan, ook zouden toepassen op louter binnenlandse situaties waar het risico van misbruik onbestaande is. Zulke eenzijdige oplossingen ondergraven alleen maar het concurrentievermogen van de economieën van de lidstaten en zijn niet in het belang van de interne markt. Zoals ook advocaat-generaal Geelhoed in *Thin Cap*¹⁷ opmerkte, is een dergelijke uitbreiding "... volstrekt zinloos en heeft [zij] een *averechts effect op de economische efficiency*". Het blijft trouwens discutabel of het mogelijk is om met dergelijke uitbreidingen alle beperkende maatregelen in overeenstemming te brengen met de Verdragsrechtelijke verplichtingen die op de lidstaten rusten.

Doordat er tussen de belastingstelsels van de lidstaten geen gecoördineerde wisselwerking bestaat, kan belastingheffing onbedoeld achterwege blijven en de deur voor misbruik worden opengezet, waardoor de billijkheid en het evenwicht van deze stelsels wordt ondergraven. Er kunnen zich bijvoorbeeld incongruenties voordoen in de wijze waarop eigen en vreemd

¹⁷ Punt 68.

vermogen worden gedefinieerd. Zo kan de ene lidstaat een transactie als een inbreng van eigen vermogen kwalificeren en de daaruit voortvloeiende inkomsten (als winstuitkering) vrijstellen, terwijl een andere lidstaat dezelfde transactie als een lening kan kwalificeren en voor de daaropvolgende betalingen (als rente) belastingaftrek kan toestaan. Dit kan resulteren in aftrek in de ene lidstaat zonder overeenkomstige heffing in de andere. Hetzelfde geldt voor hybride lichamen, dat wil zeggen lichamen die door sommige lidstaten als een vennootschap worden beschouwd en door andere als transparant. Deze verschillende kwalificatie kan tot een dubbele vrijstelling of een dubbele aftrek leiden. Dergelijke problemen worden het best aan de bron aangepakt, door ervoor te zorgen dat er minder incongruenties optreden. Als dat niet mogelijk zou zijn, is het wenselijk dat de administratieve samenwerking wordt verbeterd om in kaart te brengen in welke gevallen misbruik wordt gemaakt van dergelijke incongruenties. De Commissie stelt voor om deze punten nader met de lidstaten te bespreken, teneinde na te gaan in hoeverre gecoördineerde oplossingen op dit gebied tot de mogelijkheden behoren.

Administratieve samenwerking in de strijd tegen fraudeleuze belastingconstructies en specifieke gevallen van misbruik kan de doeltreffendheid van antimisbruikmaatregelen sterk beïnvloeden. Fiscale ontwijkingsconstructies zijn vaak zeer complex en kunnen uit een samenstel van transacties in veel verschillende lidstaten en derde landen bestaan, waardoor het voor lidstaten alleen steeds moeilijker wordt om zulke constructies op te sporen en te bestrijden. Tevens is bij gerichte antimisbruikmaatregelen de bewijslast voor de belastingautoriteiten groot, waardoor onderlinge samenwerking des te belangrijker wordt. Het is ook zinvol dat de lidstaten *beste werkwijzen* die op nationaal niveau zijn ontwikkeld, *uitwisselen*.

Gangbare vormen van antimisbruikregels in de belastingwetgevingen van de lidstaten

CFC-regels. Deze regels moeten voornamelijk voorkomen dat ingezeten vennootschappen binnenlandse belastingen ontwijken door inkomsten te verschuiven naar dochterondernemingen in laagbelastende landen; zoals het Hof heeft erkend, bereiken zij doorgaans ook hun doel. De reikwijdte van CFC-regels wordt gewoonlijk vastgesteld met behulp van criteria zoals zeggenschap, werkelijk belastingniveau, bedrijvigheid en soort inkomsten van de CFC; er is ook stevast een bepaling dat de winsten van een CFC aan haar moedermaatschappij kunnen worden toegerekend en aan de op haar toepasselijke belasting kunnen worden onderworpen. Door de toepassing van CFC-regels krijgen de winsten van een dochteronderneming een verschillende fiscale behandeling uitsluitend omdat zij in een andere lidstaat is gevestigd. Dit verschil in behandeling vormt discriminatie, tenzij het wordt gerechtvaardigd door een objectief en relevant verschil in situatie. Ook de toevoeging van de winsten van een buitenlandse dochteronderneming aan de belastbare winsten van de ingezeten moedermaatschappij vormt voor laatstgenoemde een belemmering om in andere lidstaten actief te worden via dochterondernemingen.

Tenzij de CFC-regels volledig worden afgeschaft of in de EU/EER niet worden toegepast, moet dus worden gegarandeerd dat zij alleen op volstrekt kunstmatige constructies gericht zijn. Hun reikwijdte kan worden beperkt met diverse uitsluitingscriteria, zoals een acceptabel uitkeringsbeleid, vrijgestelde (echte industriële of commerciële) activiteiten, publieke notering enz., maar het belangrijkste is dat belastingplichtigen de mogelijkheid krijgen om bij een juridische toetsing aan te tonen dat hun transacties *bonafide* bedrijfsdoeleinden dienden.

De beperkingen inzake de toegestane reikwijdte van CFC-achtige regels doen geen afbreuk aan de toepassing van verrekenprijsregels, die meer algemeen kunnen worden gebruikt om niet-zakelijke prijsafspraken tussen verbonden ondernemingen tegen te gaan. CFC-regels

kunnen derhalve een nuttige rol blijven spelen als aanvulling op regels inzake de vestigingsplaats van vennootschappen en inzake verrekenprijzen, in die zin dat zij een instrument vormen om op te treden tegen de meer kunstmatige vormen van belastingplanning, dat wil zeggen het verschuiven van winsten (op papier) naar gecontroleerde vennootschappen die niet echt in een andere lidstaat of een EER-land zijn gevestigd. De lidstaten moeten er evenwel zorg voor dragen dat dergelijke maatregelen niet worden toegepast op secundaire vestigingen in andere lidstaten en EER-landen die echte bedrijfsactiviteiten verrichten, en dat zij niet verder gaan dan wat nodig is om het beoogde doel te verwezenlijken, namelijk kunstmatige winstverschuivingen te bestrijden.

Thin capitalisation-regels. De opzet van thin cap-regels is zeer divers en weerspiegelt de verschillende standpunten en rechtstradities in de lidstaten. De achtergrond van al deze regels is evenwel vergelijkbaar. De fiscale gevolgen van financiering met eigen of met vreemd vermogen zijn niet dezelfde. De financiering van een vennootschap met eigen vermogen resulteert gewoonlijk in een winstuitkering aan de aandeelhouders in de vorm van een dividend, maar pas nadat deze winst op het niveau van de dochteronderneming is belast. De financiering met vreemd vermogen resulteert in een rentebetaling aan de kredietverstrekkers (die ook aandeelhouder kunnen zijn), maar deze betalingen verlagen doorgaans de belastbare winst bij de dochteronderneming. Dividenden en rente kunnen ook verschillende gevolgen hebben wat belasting aan de bron betreft. Door het verschil in behandeling tussen financiering met eigen en financiering met vreemd vermogen in het kader van de nationale belastingwetgeving (en op bilateraal niveau), waarbij de bronstaat doorgaans een beperktere heffingsbevoegdheid heeft ter zake van rente dan ter zake van dividenden, wordt financiering met vreemd vermogen aanzienlijk interessanter in een grensoverschrijdende context, wat kan leiden tot uitholling van de belastinggrondslag in het land van de dochteronderneming.

Door de thin cap-regels volledig af te schaffen of afspraken met kredietverstrekkers die in een andere lidstaat of een EER-land zijn gevestigd, van die regels uit te sluiten, zou een einde worden gemaakt aan het verschil in behandeling tussen ingezetene dochterondernemingen naar gelang van de plaats waar hun moedermaatschappij in de EU/EER is gevestigd. De Commissie is van mening dat de lidstaten evenwel de mogelijkheid moeten hebben om hun belastinggrondslag te beschermen tegen kunstmatige uitholling door georganiseerde financiering met vreemd vermogen, ook in de EU/EER. In reactie op *Lankhorst* hebben enkele lidstaten geprobeerd om de beschuldiging van discriminatie te voorkomen door hun thin cap-regels ook van toepassing te verklaren op louter nationale verhoudingen. Zoals hierboven werd uiteengezet, is dit geen wenselijke ontwikkeling.

In *Thin Cap* heeft het Hof bevestigd dat maatregelen ter voorkoming van thin capitalisation niet per definitie ongeoorloofd zijn. De toepassing ervan moet evenwel worden beperkt tot volstrekt kunstmatige constructies. Dit kan worden bereikt door ervoor te zorgen dat financieringsovereenkomsten met vreemd vermogen tussen verbonden ondernemingen geen voorwaarden omvatten die verder gaan dan wat niet-verbonden partijen zouden zijn overeengekomen, of dat deze voorwaarden anderszins op een geldige zakelijke grondslag zijn gevestigd. De Commissie is van mening dat de door het Hof vastgestelde beginselen in verband met de thin cap-regels ook gelden voor de verrekenprijzeregels, die van essentieel belang zijn voor het voortbestaan van de afzonderlijke nationale belastingstelsels. De lidstaten kunnen hun belastingstelsel pas doeltreffend organiseren wanneer zij kunnen garanderen dat hun belastinggrondslag niet wordt uitgehold door niet-zakelijke afspraken tussen verbonden ondernemingen.

4. TOEPASSING VAN ANTIMISBRUIKREGELS TEN AANZIEN VAN DERDE LANDEN

CFC-regels bepalen hoe de winsten van een buitenlandse vennootschap die onder zeggenschap van een ingezeten vennootschap staat, fiscaal worden behandeld. Aangezien deze regels gericht zijn op en dus alleen gevolgen hebben voor ingezeten aandeelhouders met een onmiskenbare invloed op een buitenlandse vennootschap (doorgaans een moedermaatschappij in een concern), grijpen zij hoofdzakelijk in op het vermogen van vennootschappen (en in voorkomend geval particulieren) om zich met behulp van dochterondernemingen in andere landen te vestigen. Op dezelfde wijze zijn de thin cap-regels van de lidstaten uitsluitend gericht op financieringen met vreemd vermogen binnen groepen, dat wil zeggen dat zij alleen worden toegepast wanneer buitenlandse aandeelhouders een aanzienlijke deelneming in de ingezeten dochteronderneming houden. Ook de thin cap-regels grijpen dus hoofdzakelijk in op de vrijheid van vestiging en net als bij de CFC-regels moet de toepassing ervan bijgevolg uitsluitend worden bekeken in het licht van artikel 43 van het EG-Verdrag¹⁸.

Aangezien de lidstaten volgens het Gemeenschapsrecht niet verplicht zijn om discriminatie te vermijden ten aanzien van de vestiging van hun onderdanen buiten de Gemeenschap, of de vestiging van onderdanen van derde landen in een lidstaat¹⁹, doet het probleem van discriminatie zich niet voor in het geval van gecontroleerde vennootschappen of kredietverstrekkers/aandeelhouders die in een derde land zijn gevestigd. Het mag de lidstaten derhalve niet worden verhinderd om CFC- en thin cap-regels toe te passen ten aanzien van derde landen. Het Gemeenschapsrecht legt geen specifieke vereisten op aan de rechtmatigheid van de toepassing van dergelijke wetgeving op transacties buiten de EU²⁰.

Als de toepassing van deze regels evenwel niet beperkt blijft tot situaties en transacties tussen groepsondernemingen (of anderszins verbonden partijen waarbij de ene onmiskenbaar invloed heeft op de andere), moeten zij, in de mate dat ze ruimer worden toegepast, in overeenstemming zijn met artikel 56 van het EG-Verdrag en mogen zij, ook ten aanzien van derde landen, alleen op volstrekt kunstmatige constructies worden toegepast (met uitzondering van situaties waarin er onvoldoende informatie-uitwisseling is met het betrokken derde land).

De vennootschapsbelastingsrichtlijnen zijn alleen van toepassing op in de lidstaten gevestigde vennootschappen en hebben in het algemeen tot doel om *in de Gemeenschap* soortgelijke voorwaarden als op een binnenlandse markt te scheppen door fiscale belemmeringen voor grensoverschrijdende reorganisaties en voor betalingen van dividenden, rente en royalty's weg te nemen. Het valt derhalve niet binnen het bestek van deze richtlijnen om bijvoorbeeld constructies te bemoeilijken die tot doel hebben bronbelasting op betalingen aan niet-Europese lichamen te ontwijken, wanneer die constructies een zakelijke grondslag ontberen. In dit verband zij erop gewezen dat een uniforme, of ten minste een goed gecoördineerde toepassing van antimisbruikmaatregelen dergelijke ontwijkingsconstructies het best kan tegengaan.

¹⁸ *Lasertec*, C-492/04, punt 20.

¹⁹ Het Hof schreef in *ICI*: "Wanneer het aan de nationale rechter voorgelegde geschil betrekking heeft op een situatie die niet onder de werkingssfeer van het Gemeenschapsrecht valt, verplicht het Gemeenschapsrecht de nationale rechter [...] niet zijn wetgeving in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht uit te leggen of buiten toepassing te laten.", punt 34.

²⁰ In het toepasselijke dubbelbelastingverdrag kan evenwel een verbod op de toepassing van deze regels zijn opgenomen.

De Commissie is van mening dat de lidstaten, met name als het gaat om de toepassing van hun regels ter voorkoming van belastingontwijking op internationale belastingontwijkingsconstructies, moeten streven naar een betere coördinatie van de antimisbruikmaatregelen ten aanzien van derde landen, als zij hun belastinggrondslag willen beschermen. Dergelijke coördinatie kan op zinvolle wijze worden ingevuld door administratieve samenwerking (bv. uitwisseling van informatie en beste praktijken). De Commissie wil de lidstaten ook aanmoedigen om, waar passend, de administratieve samenwerking met hun niet-EU-partners te versterken.

5. CONCLUSIES

Het Hof heeft op dit gebied een aantal belangrijke arresten gewezen, waarin het heeft verduidelijkt aan welke beperkingen een rechtmatig gebruik van regels ter voorkoming van belastingontwijking is onderworpen. Deze arresten zullen ongetwijfeld een grote invloed hebben op de bestaande regels, die niet zijn opgesteld met deze beperkingen in gedachten. Het is met name duidelijk dat regels niet te ruim mogen worden geformuleerd maar moeten worden gericht op situaties waar er geen sprake is van een echte vestiging of meer in het algemeen waar er geen zakelijke onderbouwing bestaat.

De lidstaten moeten derhalve hun regels ter voorkoming van belastingontwijking algemeen herzien. De Commissie is bereid om hen hierbij steun en bijstand te verlenen. Het Hof heeft weliswaar duidelijke criteria vastgesteld die op individuele situaties moeten worden toegepast, maar volgens de Commissie bestaat er ruimte om na te gaan in hoeverre deze beginselen in de praktijk een ruimere toepassing kunnen krijgen dan waarvoor zij specifiek zijn opgesteld. Daarom verzoekt de Commissie de lidstaten en andere belanghebbende partijen om samen te werken aan een beter begrip van de gevolgen voor de belastingstelsels van de lidstaten. Voorts wil de Commissie in nauwe samenwerking met de lidstaten nader onderzoeken welke ruimte er is voor specifieke gecoördineerde oplossingen, teneinde:

- gemeenschappelijke definities van misbruik en van volstrekt kunstmatige constructies vast te stellen (als richtsnoer voor de toepassing van deze begrippen op het gebied van de directe belastingen);
- de administratieve samenwerking te verbeteren met het oog op een effectievere opsporing en bestrijding van misbruik en belastingfraude;
- beste praktijken uit te wisselen die verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht, met name om te garanderen dat antimisbruikmaatregelen het evenredigheidsbeginsel inachtnemen;
- mogelijke incongruenties die tot onbedoelde niet-heffing leiden, te beperken; en
- een betere coördinatie van antimisbruikmaatregelen ten aanzien van derde landen tot stand te brengen.

De Commissie verzoekt de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité hun standpunt over deze mededeling kenbaar te maken.