

## Staatssteun en fiscaliteit

*Verslag van de algemene ledenvergadering van de Vereniging voor Belastingwetenschap over het thema 'Staatssteun en fiscaliteit', gehouden op 27 september 2017 te 's-Gravenhage*

dr. mr. C. Maas<sup>1</sup>

### **1.      Introductie**

Op 27 september 2017 werd in hotel Babylon te 's-Gravenhage – naast de semipermanente bouwput die ook wel bekend staat als het Koningin Julianaplein – een algemene ledenvergadering van de Vereniging voor Belastingwetenschap gehouden over het thema 'Staatssteun en fiscaliteit'.<sup>2</sup> Dat onderwerp mag zich heden ten dage in een warme belangstelling verheugen, hetgeen zowel in het aantal benodigde stoelen als in de temperatuur van de zaal tot uitdrukking kwam. De actualiteit van het thema was uiteraard ook Essers,<sup>3</sup> de voorzitter van de Vereniging, niet ontgaan. Hij begon het inhoudelijke deel van de vergadering dan ook met de constatering dat de staatssteunbeschikkingen van de Europese Commissie recentelijk nogal wat deining hebben veroorzaakt in de fiscale wereld. Doel van de bijeenkomst was volgens Essers om deze ontwikkelingen te duiden, de achterliggende gedachten beter te leren begrijpen en een wetenschappelijk perspectief daarop te ontwikkelen. Daarvoor werd zorggedragen door een viertal sprekers uit verschillende professionele bloedgroepen binnen de fiscaliteit, te weten de inleiders Koopman en Wattel, die van reплиek werden gediend door de debaters Smit en Korving. In dit verslag zal ik telkens beknopt de inhoud van de inleiding weergeven samen met die van het bijbehorende weerwoord (onderdelen 2 en 3). Daarna bespreek ik het vrije debat dat op de inleidingen volgde (onderdeel 4) en de afsluitende handelingen (onderdeel 5). Ten behoeve van de leesbaarheid heb ik de volgorde van de verschillende inleidingen, weerwoorden en discussiebijdragen enigszins herschikt, en aldus de chronologie ten dele opgeofferd voor de thematische samenhang.

### **2.      Inleiding Koopman en weerwoord Smit**

Koopman<sup>4</sup> opende zijn bijdrage met een algemene inleiding over het staatssteunbegrip van art. 107 VWEU als onderdeel van de Europese mededingingswetgeving en de kruisverbanden met het belastingrecht. Hij legde uit dat de divisie aan het hoofd waarvan hij staat in de jaren '60 is opgericht, en dat het fenomeen van de fiscale staatssteun al enige decennia een plaats heeft in de beschikkingen

---

<sup>1</sup> Verbonden aan het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad der Nederlanden en de afdeling belastingrecht van de Universiteit Leiden. Dit verslag is op persoonlijke titel geschreven.

<sup>2</sup> Fiscale staatssteun is overigens al eerder onderwerp geweest van bijeenkomsten die zijn verslagen in het *Weekblad*: zie O. Nijhuis, 'Verslag seminar Fiscale staatssteun', *WFR* 2002/809; D.S. Smit, 'Verslag van het EFS-seminar "Staatssteun en fiscaliteit"', *WFR* 2006/230.

<sup>3</sup> P.H.J. Essers is hoogleraar belastingrecht aan Tilburg University.

<sup>4</sup> G.J. Koopman is plaatsvervangend Directeur-Generaal van het DG Mededinging van de Europese Commissie.

van de Europese Commissie en in de jurisprudentie.<sup>5</sup> Het verschijnsel is dus van minder recente oorsprong dan soms wordt verondersteld. Voorts hechtte Koopman eraan te benadrukken dat fiscale staatssteun alleen kan worden toegelaten indien deze wordt aangemeld bij de Europese Commissie en dat de Commissie in gevallen van illegale en niet compatibele staatssteun geen beleidsvrijheid heeft: alsdan moet de steun (met rente) worden teruggevorderd. Dit moet niet worden gezien als straf of boete voor de ontvanger van de steun, maar als een herstel van de situatie voordat de steun verleend werd.

Na deze opmerkingen van algemene aard ging Koopman in op de recente activiteit van de Commissie met betrekking tot fiscale rulings. Deze is gestart in reactie op de wereldwijde aandacht voor *base erosion and profit shifting* (te denken valt aan de inspanningen van de G20, de OESO, de Amerikaanse Senaat en het Britse Lagerhuis en aan de LuxLeaks-onthullingen door het ICIJ). In 2013 heeft Koopman naar aanleiding daarvan een *task force* ingesteld om onderzoek te verrichten naar *aggressive tax planning*, met nadruk op individuele rulings. Eind 2014 ontving de *task force* uit alle lidstaten informatie over de rullingpraktijk en enige voorbeeldrulings. Op dat moment was het onderzoek naar de aan Apple, Starbucks en Fiat afgegeven rulings al formeel geopend. Het staatssteunonderzoek van de mededingingspoot van de Europese Commissie ging vergezeld van de introductie van voorstellen tot wetgeving door het Directoraat-Generaal Belastingen en Douane-unie (TAXUD). Dit tweesporenbeleid kan worden vergeleken met de aanpak van oneerlijke belastingconcurrentie in de jaren '90 via enerzijds de Code of Conduct-groep en anderzijds het staatssteuntoezicht.

Bij de beoordeling of een rulling op verrekenprijzengebied staatssteun vormt trekt de Europese Commissie een vergelijking tussen de prijzen die worden gehanteerd in gelieerde verhoudingen enerzijds en ongelieerde verhoudingen anderzijds. Beide typen transacties worden immers betrokken in de heffing van winstbelasting, zodat het hanteren van onzakelijke prijzen in gelieerde situaties kan resulteren in een selectief belastingvoordeel voor ondernemingen die (grensoverschrijdende) intragroeptransacties verrichten tegen niet-marktconforme tarieven ten opzichte van ondernemingen die überhaupt geen intragroeptransacties verrichten of die daarbij marktprijzen in rekening brengen. Om staatssteun te voorkomen moet dus bij de vaststelling van verrekenprijzen “een methodiek die leidt tot een betrouwbare benadering van een marktconforme uitkomst” worden ingezet.<sup>6</sup> De Europese Commissie hanteert hierbij volgens Koopman geen autonoom zakelijkheidsbegrip. Het gaat erom dat geïntegreerde ondernemingen hun interne prijzen niet op andere wijze moeten vaststellen dan

---

<sup>5</sup> Gewezen werd onder meer op de zaak HvJ EG 2 juli 1974, nr. C-173/73 (*Italië/Commissie*), ECLI:EU:C:1974:71, NJ 1975/42, de mededeling van de Commissie van 11 november 1998 over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen (*PbEG* 1998, C 384/03) en de negatieve staatssteunbeschikkingen ten aanzien van de Belgische coördinatiecentra (eindbeschikking van de Commissie van 17 februari 2003, *PbEG* 2003, L 282/25) en het Nederlandse concernfinancieringsregime (eindbeschikking van de Commissie van 17 februari 2003, *PbEG* 2003, L 180/52).

<sup>6</sup> Eindbeschikking van de Commissie van 11 januari 2016 in zaak nr. SA.37667 (*Belgische rullingregeling overwinstbelasting*), *PbEU* 2016, L 260/61, punt 149. Zie over die beschikking ook de noot van A.F. Gunn in *NTRF* 2016/575.

onafhankelijke ondernemingen.<sup>7</sup> De Transfer Pricing Guidelines van de OESO vormen een nuttig empirisch handvat om te bepalen of een verrekenprijs als marktconform kan worden aangemerkt, zodat de kans op staatssteun klein is indien deze richtlijnen worden gerespecteerd.<sup>8</sup> Deze richtlijnen zijn voor het fiscale staatssteunrecht echter geen zelfstandige rechtsbron.

Voorts merkte Koopman op dat de Commissie zich primair richt op flagrante afwijkingen (*manifest errors*) van prijzen die in ongelieerde verhoudingen zouden zijn overeengekomen. Kennelijk is sprake van een marginale toetsing van de gehanteerde verrekenprijzen. Daarmee wordt mijns inziens recht gedaan aan het feit dat bij waarderingskwesaties dikwijls vele factoren een rol spelen. De onderlinge weging daarvan wordt tot op zekere hoogte subjectief bepaald en leidt daardoor zelden tot een onbetwistbare exacte waarde.<sup>9</sup> Omstandigheden die volgens Koopman op een ‘flagrante afwijking’ kunnen wijzen zijn bijvoorbeeld de afwezigheid van enigerlei documentatie of analyse ter onderbouwing van de gehanteerde verrekenprijzen, verwijzingen in het dossier naar een koppeling tussen het afgeven van de ruling en de werkgelegenheid die de belastingplichtige zal genereren of naar andere niet-fiscale overheidsdoelstellingen, en het gebruik van onnodig complexe methodes om verrekenprijzen vast te stellen (met name indien *direct comparables* voorhanden zijn).<sup>10</sup> Al deze factoren hebben betrekking op het totstandkomingsproces van de ruling en niet op de inhoud daarvan. Ze vormen daardoor slechts indirecte aanwijzingen omtrent de zakelijkheid van de verrekenprijzen, die de Commissie aanleiding kunnen geven om nader onderzoek te doen. Uiteraard werpen ze wel rechtstreeks licht op een eventuele bevoordelingsbedoeling van de lidstaat, maar een dergelijke intentie doet voor de staatssteunanalyse niet ter zake, zoals ook Koopman opmerkte.

Tijdens zijn bijdrage liet Koopman doorschemeren dat hij de zorgen in de sector begrijpt: er is een bewustzijn ontstaan dat rulings niet per definitie ‘staatssteunbestendig’ zijn. In die zin zijn rulings echter niet afwijkend van andere (wetgevende, uitvoerende of rechtsprekende) maatregelen van lidstaten. Verder stelde hij dat het afgeven van rulings op zichzelf beschouwd vanuit staatssteunoptiek niet problematisch is. Het is zelfs goed dat ze bestaan, omdat ze zekerheid vooraf verschaffen. Dat alles neemt uiteraard echter niet weg dat zij in sommige gevallen selectieve voordelen bevatten die niet door de staatssteunbeugel kunnen.<sup>11</sup> De Europese Commissie is overigens gaarne bereid om op informele

---

<sup>7</sup> Zie ook M.C. Cornelisse & D.M.de Haard, ‘Fiscale eenheid, dividendbelasting, staatssteun, ATAD en C(C)CTB; hoe nu verder?’, *WFR* 2017/200, par. 4.4.

<sup>8</sup> Daarmee zet Koopman een heel voorzichtige stap richting beantwoording van de vraag die is opgeworpen door P. Deré, A.F. Gunn & D. Matthijs, ‘Een tussenstand: de Starbucks-casus en de Belgische excess profit rulings’, *Tijdschrift voor Staatssteun* 2014/5, par. 6.

<sup>9</sup> Zie daarover ook de ‘Working Paper on State Aid and Tax Rulings’ van 3 juni 2016, *H&I* 2016/205, punt 23.

<sup>10</sup> Zie bijvoorbeeld de openingsbeschikking van de Commissie van 11 juni 2014 in zaak nr. SA.38373 (*Apple*), *PbEU* 2014, C 369/22, punten 36, 63 (belang van de werkgelegenheid), 41, 59 (ontbreken van documentatie), alsmede de eindbeschikking van de Commissie van 21 oktober 2015 in zaak nr. SA.38374 (*Starbucks*), *PbEU* 2017, L 83/38, punten 291-309 (negeren vergelijkbare vrijemarkttransacties). Zie over die laatste beschikking ook de noot van A.F. Gunn in *NFR* 2017/1124.

<sup>11</sup> Zie hierover ook A.F. Gunn & O.D. Heitling, ‘Tax rulings en de Europese staatssteunregels’, *Tijdschrift voor Staatssteun* 2013/3-4; A.F. Gunn & J. Luts, ‘Tax Rulings, APAs and State Aid: Legal Issues’, *EC Tax Review* 24 (2015), nr. 2, pp. 119-125; C.A.T. Peters, ‘Staatssteun en tax rulings: over competitie tussen staten en de

basis met individuele ondernemingen van gedachten te wisselen over de fiscale afspraken die zij maken, zo liet Koopman weten.

Tot slot merkte Koopman op dat het een misverstand is dat de Commissie met het staatssteuninstrument harmonisatie van de directe ondernemingsbelastingen zou proberen te bewerkstelligen. De Commissie is daartoe helemaal niet bevoegd. De quasi-judiciële functie van het staatssteuntoezicht binnen de Europese Unie is strikt gescheiden van de wetgevende functies met betrekking tot de harmonisatie van belastingen. Politiek gebruik van eerstgenoemde competentie zou leiden tot een verlies van legitimiteit. De Commissie is slechts erop uit, zo benadrukte Koopman, om gemaakte fouten te herstellen die de relaties tussen de lidstaten ernstig kunnen verstoren.

In zijn reactie op Koopmans uiteenzetting ging Smit<sup>12</sup> eerst in op de gedachte dat een Europees zakelijkheidsbeginsel zou bestaan. Dat idee is Smit een doorn in het oog: voor de vraag of een ruling staatssteun vormt, zal volgens Smit telkens gekeken moeten worden naar de nationale wettelijke bepalingen omtrent de winsttoerekening.<sup>13</sup> Pas bij afwijking van dat juridische referentiekader kan sprake zijn van staatssteun. Door een hogere Europese norm aan te leggen gaat de Commissie op de stoel van de wetgever zitten en creëert zij rechtsonzekerheid, aldus Smit. Het is namelijk onduidelijk hoe die hogere norm eruit ziet. Vereist die bijvoorbeeld *corresponding adjustments*? De Commissie lijkt dat soms wel te suggereren. Ook kan de vraag worden opgeworpen of in art. 107 VWEU nog andere Europeesrechtelijke beginselen ‘verstopt’ zitten die op onverwachte momenten kunnen opduiken.<sup>14</sup>

Vervolgens filosofeerde Smit over hoe ver de effecten van de staatssteunregels op fiscaal gebied kunnen reiken. Hij had de indruk dat het referentiekader dat moet worden gekozen om vast te stellen of in een bepaald geval sprake is van selectieve bevoordeling over het algemeen vrij breed wordt getrokken en in beginsel door de gehele heffingswet wordt gevormd, zodat alle onderworpen ondernemingen in principe vergelijkbaar zijn.<sup>15</sup> Je komt dan al snel aan selectiviteit, namelijk indien sprake is van een vrijstelling of vermindering die niet openstaat voor alle onderworpen ondernemingen. Dat zou betekenen dat je bijvoorbeeld voor de Nederlandse deelnemingsvrijstelling, fiscale eenheid en innovatiebox op zoek moet gaan naar een rechtvaardiging, en moet bepalen of de regeling proportioneel is vormgegeven.<sup>16</sup> In zijn algemeenheid brengt dat mee dat fiscale faciliteiten die geen specifieke fiscaal-

---

doodlopende weg van het recht’, *WFR* 2017/87; S. Seme, ‘Fiscale rulings onder de staatssteunloep van de Europese Commissie’, *FTV* 2017/28.

<sup>12</sup> D.S. Smit is hoogleraar aan Tilburg University en tevens verbonden aan EY.

<sup>13</sup> Zie ook D.S. Smit, ‘BEPS en het Europese arm’s-lengthbeginsel’, *WFR* 2016/162; D.S. Smit, ‘International Income Allocation Under EU Tax Law: Tinker, Tailor, Soldier, Sailor’, *EC Tax Review* 26 (2017), nr. 2, pp. 67-74, par. 5.

<sup>14</sup> Smit ontleende deze gedachte aan P. Rossi-Maccanico, ‘Fiscal Aid, Tax Competition, and BEPS’, *Tax Notes International* 8 september 2014, pp. 857-868.

<sup>15</sup> Deze impressie is onder meer gebaseerd op de mededeling van de Commissie van 19 juli 2016 betreffende het begrip staatssteun, *PbEU* 2016, C 262/1, punt 134 en HvJ EU 27 juni 2017, nr. C-74/16 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania/Ayuntamiento de Getafe*), ECLI:EU:C:2017:496, V-N 2017/37.28, punten 67-68.

<sup>16</sup> Wat betreft de deelnemingsvrijstelling kan in dit verband worden gewezen op J. Vleggeert, ‘Is de vrijstelling van rente op een hybride lening een onrechtmatige steunmaatregel?’, *WFR* 2014/1325 en de reactie daarop door R.H.C. Luja, ‘Een vrijstelling voor hybride rente: dispariteit of steunmaatregel?’, *WFR* 2014/1589.

intrinsieke achtergrond hebben sneller verboden staatssteun zullen vormen dan regelingen die wel een dergelijke achtergrond hebben. Die zijn immers gemakkelijker te rechtvaardigen.

Ten slotte wijdde Smit enige woorden aan de zaak *McDonald's*.<sup>17</sup> Hij beschouwde deze zaak in het licht van het recente arrest *Duitsland/Oostenrijk*.<sup>18</sup> In laatstgenoemde zaak moest het Hof van Justitie het belastingverdrag tussen beide landen uitleggen en beslissen of *Genussscheine* naar Duits recht konden worden aangemerkt als een 'schuldvordering met winstdeelneming' in de zin van het verdrag. Bij die interpretatie schoof het Hof van Justitie de uitlegregel van art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag terzijde en werd de verdragsbepaling autonoom geïnterpreteerd. Dat is interessant, want in het OESO-commentaar wordt de opvatting gehuldigd dat de woonstaat bij kwalificatieconflicten de bronstaat moet volgen (wederzijdse erkenning).<sup>19</sup> Het Hof van Justitie hangt die doctrine kennelijk niet aan. Mag daaraan voor de zaak *McDonald's* de conclusie worden verbonden dat Luxemburg vanuit staatssteunperspectief niet verplicht is om gevolgen te verbinden aan het feit dat de Verenigde Staten een Luxemburgse vaste inrichting van de fastfoodketen erkennen en daarvoor een vrijstelling verlenen?

### 3. Inleiding Wattel en weerwoord Korving

Wattel<sup>20</sup> besprak in zijn bijdrage de rol van het staatssteunverbod als beleidscompetitie-breekijzer. Net als Koopman zag hij in de bevoegdheden van de Europese Commissie bij de handhaving van het staatssteunverbod een aanvullend wapen tegen oneerlijke belastingconcurrentie en dubbele non-heffing in situaties waarin harmonisatie van wetgeving en handhaving van de fundamentele vrijheden niet tot een bevredigend resultaat leiden. Om de problematiek van belastingconcurrentie en *mismatches* aan te pakken met behulp van het staatssteunverbod is echter niet slechts een ongelijke behandeling vereist, maar ook een Unierechtelijke *benchmark* om te kunnen vaststellen of er een 'voordeel' wordt verstrekt, met name als het nationale recht geen duidelijke *benchmark* biedt, zoals in het geval van *Apple*: Ierland had immers géén *transfer pricing*-wetgeving. De Commissie heeft die nu gevonden in de vorm van het *arm's length principle*. Deze gedachte vindt enige steun in het WTO-recht, waarin afwijkingen van het *arm's length principle* worden beschouwd als potentiële exportsubsidies.<sup>21</sup> Wel vroeg Wattel zich af of dit uitgangspunt niet beter als het *market equality principle* had kunnen worden aangeduid,<sup>22</sup> omdat daarmee duidelijker wordt uitgedrukt dat het erom gaat dat alle ondernemingen op de binnenlandse markt van een lidstaat dezelfde fiscale behandeling krijgen en niet alle *transfer pricing*-specialisten

---

<sup>17</sup> Openingsbeschikking van de Commissie van 3 december 2015 in zaak nr. SA 38945 (*McDonald's*), *PbEU* 2016, C 258/11.

<sup>18</sup> HvJ EU 12 september 2017, nr. C-648/15 (*Oostenrijk/Duitsland*), ECLI:EU:C:2017:664, V-N 2017/44.9.

<sup>19</sup> Zie par. 32.1-32.7 van het commentaar bij artt. 23A en 23B OESO-Modelverdrag.

<sup>20</sup> P.J. Wattel is advocaat-generaal bij de Hoge Raad en hoogleraar aan het Amsterdam Centre for Tax Law van de Universiteit van Amsterdam.

<sup>21</sup> Zie de WTO-overeenkomst inzake subsidies en compenserende maatregelen, bijlage I, voetnoot 59.

<sup>22</sup> Het *market equality principle* is primair afkomstig uit de sfeer van de fundamentele vrijheden: zie bijvoorbeeld B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Fiscale handboeken nr. 10, tweede druk, Deventer: Kluwer 2012, par. 3.2.1.1.

meteen in opstand zouden zijn gekomen. In die zin vormen het staatssteunverbod en het discriminatieverbod twee zijden van dezelfde medaille.<sup>23</sup> Wattel observeerde dat indien het Hof van Justitie uiteindelijk de redenering van de Commissie zal volgen, dit wel degelijk – bedoeld of onbedoeld – een minimumharmonisatie tot gevolg zal hebben. Het *arm's length principle* zal dan immers gaan fungeren als verdeelsleutel van de winst van multinationals over de lidstaten, die deze winst vervolgens ook moeten belasten (anders zou in beginsel sprake zijn van verboden staatssteun).<sup>24</sup> Dat zou volgens Wattel een zegen kunnen zijn, omdat de ‘*transfer pricing buffs*’ dan niet langer in hun eigen asymmetrische fiscale fantasieën met betrekking tot de winsttoerekening kunnen geloven.

Vervolgens besteedde Wattel aandacht aan de *Apple*-zaak.<sup>25</sup> Die zaak kan vanuit verschillende perspectieven worden bekeken. Vanuit technische optiek kan men zich enerzijds richten op de toerekening van concernwinst aan de Ierse vaste inrichting, waarvan verondersteld wordt dat ze alleen routinematige activiteiten verricht. Anderzijds kan – vanuit de boeken van de afzonderlijke vennootschappen gedacht – worden gekeken naar de verdeling van winst tussen het (praktisch non-existente) hoofdhuis en de Ierse vaste inrichting. Meer vanuit de onderbuik geredeneerd kan men vaststellen dat de winst van de tech-gigant nergens belast wordt en dat aan weerszijden van de Atlantische Oceaan inconsistente verhalen aan de fiscale autoriteiten worden verteld. De resulterende allocatie van winst aan ‘Atlantis’ kan toch niet de bedoeling zijn, zo is dan de gedachte. Ten slotte kan men de zaak zien als een uitvloeisel van Amerikaanse staatssteun. Het *check-the-box*-systeem is volgens Wattel bewuste oneerlijke belastingconcurrentie en de Amerikaanse CFC-wetgeving is zo lek als een mandje. Bovendien accepteren de Verenigde Staten het gebruik van een onzakelijke *cost sharing agreement*.<sup>26</sup> In combinatie is materieel gezien sprake van een kapitaalexportsubsidie die vergelijkbaar is met vroegere Amerikaanse regelingen als de *domestic international sales corporation (DISC)*, de

---

<sup>23</sup> Wattel verwees in dit opzicht onder meer naar de conclusie van A-G Kokott van 2 juli 2009, nr. C-169/08 (*Regione Sardegna*), EU:C:2009:420, punt 134, de conclusie van A-G Kokott van 16 april 2015, nr. C-66/14 (*Finanzamt Linz*), ECLI:EU:C:2015:242, V-N 2015/22.19.1, punt 103 en het arrest HvJ EU 21 december 2016, nrs. C-20/15 P en C-21/15 P (*World Duty Free*), ECLI:EU:C:2016:981, V-N 2017/14.25, punten 54 en 71. In die laatste zaak wordt ‘discriminatietaal’ gebruikt in een staatssteunzaak. Zie voorts de noot van A.F. Gunn in *NTFR* 2016/2223 over de conclusie van A-G Wathelet voor dat arrest, alsmede J.J.A.M. Korving, ‘Spaanse goodwill-arresten: kerstcadeau uit Luxemburg?’, *NTFR-B* 2017/11, par. 4 en P.C. van der Vegt, ‘Conceptuele dilemma’s ten aanzien van het begrip “selectieve belastingvoordelen”’, *WFR* 2017/3, par. 3. Zie in dit verband ook Hof Den Bosch 12 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4323, *FutD* 2017/2523.

<sup>24</sup> Zie ook S.C.W. Douma, ‘Op weg naar Europees transfer pricing-recht’, *NTFR* 2015/2940.

<sup>25</sup> Zie ook uitgebreider P.J. Wattel, ‘Stateless Income, State Aid and the (Which?) Arm’s Length Principle’, *Intertax* 44 (2016), nr. 11, pp. 791-801; P.J. Wattel, ‘Staatssteun en het armslengtebeginsel’, in: C. Maas & L.J.A. Pieterse (red.), *Systeem en symmetrie. Bavinck-bundel. Opstellen aangeboden aan mr. C.B. Bavinck, creatief denker, bevlogen fiscalist, begenadigd rechter, ter gelegenheid van zijn afscheid als raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden op 21 september 2016*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, pp. 319-326; P.J. Wattel, ‘Footing the bill?’, *NJB* 2016/196; P.J. Wattel, ‘Apple: staatloos inkomen’, *NJB* 2016/1707; P.J. Wattel, ‘Staatssteun of exportsubsidie?’, *NJB* 2017/1796. Verder kan worden gewezen op S.C.W. Douma, ‘Apple’tje-eitje’, *NTFR* 2016/2189.

<sup>26</sup> De bewuste acceptatie van deze mazen in de wet wordt beschreven door A. Ting, ‘iTax: Apple’s International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue’, *British Tax Review* 2014, nr. 1, pp. 40-71. Zie ook O. van den Donk, ‘Welcome to Atlantis: The US Tax Haven Driving EU Base Erosion’, blog van 29 februari 2016, te raadplegen op: <https://artikel104.nl/atlantis/>

*foreign sales corporation (FSC)* en de *extraterritorial income exclusion (ETI)* die eerder door de WTO als *trading-exportsubsidies* zijn veroordeeld.<sup>27</sup>

Gelet op het veelvoud aan perspectieven hoeft het niet te verbazen dat verschillende argumenten die in de zaak worden gebezigd niet immuun zijn voor kritiek. Dat geldt bijvoorbeeld voor het belangrijkste precedent waar de Europese Commissie op steunt, namelijk *Forum 187*.<sup>28</sup> De kernoverweging uit dat arrest luidt: “Om na te gaan of de vaststelling van de belastbare inkomsten als voorzien in de regeling voor coördinatiecentra, deze een voordeel verschaft, moet de genoemde regeling [...] worden vergeleken met de algemene regeling, die is gebaseerd op het verschil tussen lasten en baten van een onderneming die haar bedrijf uitoefent in een omgeving waarin vrije mededinging heerst.”<sup>29</sup> Dat biedt zeker aanknopingspunten voor de benadering van de Europese Commissie, maar is misschien onvoldoende specifiek om te concluderen dat het *arm's length principle* integraal deel uitmaakt van het Europese staatssteunrecht. Wattel bekritiseerde verder een standpunt dat de Commissie heeft ingenomen in haar persbericht over de negatieve beschikking in de zaak *Apple*.<sup>30</sup> Zij stelt daarin dat als het concern zijn winsten had aangegeven in andere landen dan Ierland, dit het terug te vorderen bedrag had beïnvloed. Die redenering is enigszins inconsequent, omdat daarmee de eerdere stellingname dat de winst aan Ierland moet worden toegerekend wordt ondermijnd. Een ander probleem is dat de Commissie Ierland aan het *arm's length principle* houdt terwijl het land dat beginsel naar nationaal recht niet kent. Wattel tekende daar overigens bij aan dat die omstandigheid voor Ierland wel de lastige vraag oproept wat dan de basis vormt voor zijn rulings over winsttoerekening; de constatering van intransparante discretionaire winstvaststelling ligt dan op de loer en dat is bijna per definitie staatssteun.

In reactie op Wattel trok Korving<sup>31</sup> diens argumenten nog iets verder door, en betoogde dat de Commissie het staatssteuninstrument oneigenlijk gebruikt door daarmee aan te sturen op harmonisatie van de fiscale grondslag voor de directe ondernemingsbelastingen. Het gaat hier om dispariteiten tussen de wetgeving van fiscaal soevereine staten, die alleen met instemming van de lidstaten kunnen worden weggenomen, zoals bijvoorbeeld is gebeurd in de ATAD 2-richtlijn. Kwalificatieverschillen zoals die zich voordeden in de zaak *McDonald's* of in de CV-BV-structuren kunnen – ook al zijn ze onwenselijk – niet worden aangepakt met het staatssteuninstrument, zo hield Korving het publiek voor.<sup>32</sup> Ten slotte

---

<sup>27</sup> Zie daarover R.H.C. Luja, ‘WTO Agreements versus the EC Fiscal Aid Regime: Impact on Direct Taxation’, *Intertax* 27 (1999), nr. 6/7, pp. 207-225, par. 3; W. Schön, ‘World Trade Organization Law and Tax Law’, *Bulletin for International Taxation* 58 (2004), nr. 7, pp. 283-296, par. 7.3.1.

<sup>28</sup> HvJ EG 22 juni 2006, nrs. C-182/03 en C-217/03 (*België en Forum 187/Commissie*), ECLI:EU:C:2006:416, V-N 2006/40.3.

<sup>29</sup> V-N 2006/40.3, punt 95.

<sup>30</sup> ‘Staatssteun: Ierland kende Apple tot 13 miljard EUR verboden belastingvoordelen toe’, persbericht van de Europese Commissie van 30 augustus 2016, nr. IP/16/2923, te raadplegen op: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2923\\_nl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_nl.htm) Zie ook de noot van A.F. Gunn in *NTR* 2016/2225.

<sup>31</sup> J.J.A.M. Korving is docent aan Maastricht University en tevens verbonden aan Deloitte Belastingadviseurs.

<sup>32</sup> Zie ook J.J.A.M. Korving, ‘Spaanse goodwill-arresten: kerstcadeau uit Luxemburg?’, *NTR-B* 2017/11, onderdeel 3.5. Hierover wordt ook wel anders gedacht. Zie bijvoorbeeld J. Vleggeert, ‘What about CV-BV structures and state aid?’, *Leiden Law Blog* 20 april 2015, te raadplegen op: <http://leidenlawblog.nl/articles/what-about-cv-bv-structures-and-state-aid>

besprak Korving nog een meer gedetailleerde kwestie, namelijk de inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties waarvoor tegelijkertijd met het Belastingplan 2018 een wetsvoorstel is ingediend. Hoewel dit voorstel is bedoeld om een staatssteundiscussie te stoppen,<sup>33</sup> was Korving de opvatting toegedaan dat nog steeds een risico bestaat voor die coöperaties die ook onder de voorgestelde wetgeving geen dividendbelasting hoeven in te houden (omdat ze geen houdstercoöperatie zijn), maar die ook niet voldoen aan de voorwaarden voor een reële coöperatie zoals die zijn gedefinieerd door het Hof van Justitie<sup>34</sup> (en daarom eigenlijk wel belastingplichtig zouden moeten zijn). De vrijstelling voor coöperaties in dit grijze gebied zou naar de mening van Korving mogelijk als selectief voordeel kunnen worden aangemerkt.

#### 4. Debat

Na de bijdragen van de inleiders en debaters volgde een vrije discussie waarin ook de zaal zich kon roeren. Zo vroeg Jansen<sup>35</sup> aan Korving of hij een voorbeeld kon geven van situaties waarin de afwezigheid van inhoudingsplicht voor de dividendbelasting bij een coöperatie staatssteun op zou leveren. Korving had niet onmiddellijk een concreet voorbeeld paraat, maar had zich met name gericht op de juridische mogelijkheid van een situatie in het ‘grijze gebied’ tussen de houdstercoöperatie en de reële coöperatie. Koopman voegde daar aan toe dat de voorgestelde wetgeving wel is voorgelegd aan de Europese Commissie en hij zag eigenlijk niet direct voorbeelden in het ‘grijze gebied’. Van der Voort Maarschalk<sup>36</sup> wilde van Smit weten hoe groot in de praktijk de verschillen zijn tussen de nationale zakelijkheidsbeginselen onderling en het Europese zakelijkheidsbeginsel. Smit gaf aan dat de verschillen tussen de afzonderlijke zakelijkheidsconcepties moeilijk in hun algemeenheid zijn te benoemen. In de praktijk hangt veel af van de doelstelling van het desbetreffende zakelijkheidsbeginsel: voorkoming van dubbele belasting, het voorkomen van grondslaguitholling of de verdeling van heffingsbevoegdheid. Winst naar beneden bijstellen zonder dat sprake is van dubbele belasting kan naar zijn mening staatssteun vormen onder een regeling die bedoeld is ter voorkoming van dubbele heffing.

Koopman gaf toe dat de suggestie van Wattel dat het *arm's length principle* in de context van de fiscale staatssteun beter het *market equality principle* genoemd had kunnen worden hem een glimlach op het gezicht had getoverd, omdat hij intern de naamgeving van het beginsel heeft bediscussieerd. Uiteindelijk vond hij dit een wat semantische discussie. Het gaat wat hem betreft om een algemeen anti-discriminatiebeginsel dat niet moet worden gedifferentieerd op basis van factoren die in het systeem niet

---

<sup>33</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 2.

<sup>34</sup> Gedoeld werd op het arrest HvJ EU 8 september 2011, nr. C-78/08 tot en met C-80/08 (*Paint Graphos*), ECLI:EU:C:2011:550.

<sup>35</sup> J.J.M. Jansen is staatsraad in de afdeling advisering van de Raad van State.

<sup>36</sup> A.E.H. van der Voort Maarschalk is fiscaal advocaat bij Houthoff Buruma, Amsterdam.



ertoe doen. Naar zijn mening was daarmee meteen de vraag van Bobeldijk<sup>37</sup> beantwoord, die geïnteresseerd was in transfer-pricingverschillen binnen één land, waarbij hij vooral dacht aan de ZORA-structuren uit de zaak *Engie*.<sup>38</sup> Bobeldijk vroeg zich af in hoeverre verschillen in classificatie door de accountant kunnen worden aangepakt met het staatssteuninstrument. Verder verhelderde Koopman dat het bij *manifest errors* niet gaat om afwijkingen van tientallen, maar veeleer van honderden of zelfs duizenden procenten. Een blind paard moet kunnen zien dat het fout zit, zou ik haast zeggen.<sup>39</sup>

Kavelaars<sup>40</sup> wierp de vraag op wat de rol van de Code of Conduct in dezen is. Wattel ging kort daarop in. Het gaat om *soft law* om excessieve beleidsconcurrentie tegen te gaan waar integratie niet werkt, maar er is een duidelijke overlap met staatssteun.<sup>41</sup> Verder merkte Wattel naar aanleiding van het betoog van Korving op dat het arrest *Paint Graphos* naar zijn mening niet zonder meer maatgevend is voor de dividendbelasting, omdat het over transparantie voor de *winst*belasting van coöperaties ging. Voorts verwachtte Wattel dat naarmate het staatssteunverbod door de Commissie vaker wordt toegepast in het belastingrecht, er in de toekomst meer rechtvaardigingsgronden op basis van ‘aard en opzet van het belastingstelsel’ geaccepteerd zullen worden in de jurisprudentie. In de stellingname van Smit dat *advance pricing agreements* alleen moeten worden getoetst aan het nationale recht zag hij niet veel, want dan zouden lidstaten vrij spel hebben, bijvoorbeeld door, zoals Ierland, géén *transfer pricing*-wetgeving te hebben. Er zal dus een andere standaard nodig zijn, zoals het *arm's length principle* c.q. *market equality principle*. De zaak *McDonald's* zal volgens Wattel wel falen voor de Commissie, omdat (verdrags)kwalificatieverschillen ook zijns inziens niet als zodanig met het staatssteuninstrument kunnen worden bestreden. Als lidstaten echter eenzijdige maatregelen treffen om het effect van die kwalificatieverschillen uit te vergroten, kan wel opgetreden worden, zoals ook gebeurd is bij de Belgische coördinatiecentra.

Koopman was de mening toegedaan dat het staatssteuninstrument niet oneigenlijk wordt gebruikt door de Commissie, waarbij Wattel aantekende dat deze competentie naar zijn mening wel degelijk wordt ingezet om harmonisatie te stimuleren, doch dat hij dat – anders dan Korving – niet ziet als oneigenlijk gebruik. Met betrekking tot de zaak *McDonald's* benadrukte Koopman dat deze wat hem betreft niet in algemene zin over kwalificatieverschillen gaat. Het springende punt is voor hem dat Luxemburg aanvankelijk geen vrijstelling wilde verlenen omdat ook in de Verenigde Staten niet

---

<sup>37</sup> A.C.P. Bobeldijk is verbonden aan Loyens & Loeff, hoogleraar vennootschapsbelasting aan de Nyenrode Business Universiteit en lid van het Nyenrode Corporate Governance Instituut.

<sup>38</sup> Zie de openingsbeschikking van de Commissie van 19 september 2016 in zaak nr. SA.44888 (*GDF Suez*), *PbEU* 2017, C 36/13 en de noot van A.F. Gunn in *NTFR* 2016/2433.

<sup>39</sup> Zie in dit verband ook de noot van A.F. Gunn in *NTFR* 2014/2737, waar ook de nuance wordt aangebracht dat zonder diepgaande kennis van transfer pricing vaak moeilijk valt te bepalen of sprake is van een flagrante afwijking.

<sup>40</sup> P. Kavelaars is hoogleraar fiscale economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, buitengewoon hoogleraar aan de University of Curaçao en directeur van het Wetenschappelijk Bureau van Deloitte Belastingadviseurs.

<sup>41</sup> Zie over de rol van de Code of Conduct-groep ook M.F. Nouwen, ‘De Europese Gedragscodegroep wordt steeds belangrijker in de strijd tegen belastingontwijking: meer openheid en transparantie is geboden’, *WFR* 2016/221.

geheven werd, maar dat standpunt later herzag. Koopman vond dat als een verdragsland weet dat in het andere verdragsland geen heffing plaatsvindt, op dat land een bijzondere onderzoeksplicht rust bij het afgeven van een ruling. Neve<sup>42</sup> vroeg zich of dat betekent dat je geen vrijstelling af mag geven als het andere land dat reeds doet. Dat was echter wat Koopman betreft niet het punt: het gaat erom welke actie je onderneemt als je eenmaal over die kennis beschikt. Vervolgens ontstond een discussie over de vraag of dan het Duitse systeem, waarin *treaty override* mogelijk is bij het ontbreken van heffing in de andere verdragsstaat, wenselijk zou zijn en in hoeverre het ontbreken van onderworpenheidstoetsen in de verdragen vanuit staatssteunoptiek een probleem is. Wat Koopman betreft is dat laatste niet aan de orde; een bepaling in een verdrag op grond waarvan verondersteld wordt dat in het andere land belasting betaald wordt zou voor hem wel potentieel problematisch zijn. Voorts uitte Koopman zijn tevredenheid over de nieuwe wetgeving rondom de coöperatie, hoewel problemen uiteraard nooit volledig kunnen worden uitgesloten. Ook was hij het eens met de stelling van Korving dat extrinsieke rechtvaardigingen voor belastingvoordelen eerder een staatssteunprobleem zullen opleveren dan intrinsieke. Koopman gaf ten slotte aan dat hij het arrest in de zaak *Duitsland/Oostenrijk* zo opvat dat indien een verdragsbegrip wordt gevolgd door een opsomming van illustratieve voorbeelden, geen ruimte meer bestaat voor een interpretatie van dat begrip op grond van het nationale recht.<sup>43</sup> Aldus bezien is het arrest niet relevant voor de zaak *McDonald's*.

## 5. Afsluiting

Daarmee kwam het inhoudelijke deel van de bijeenkomst tot een einde. Alvorens de sprekers en aanwezigen te bedanken en de borrel in te luiden wierp Essers nog een blik in de toekomst. Hij voorzag dat deze bijeenkomst zeker niet het einde van het debat over staatssteun en fiscaliteit zou betekenen en dat het onderwerp ons nog lang zou bezighouden. Zijn toehoorders zijn vooralsnog niet bedrogen uitgekomen. Op de kop af een week later werden zij getraakteerd op een negatieve beschikking van de Europese Commissie in de zaak *Amazon*, op grond waarvan Luxemburg ongeveer € 250 miljoen staatssteun moet terugvorderen van het Amerikaanse e-commercebedrijf.<sup>44</sup> Het bouwwerk van het fiscale staatssteunrecht zal nog wel enige tijd in aanbouw blijven.

---

<sup>42</sup> L.E.C. Neve is zelfstandig belastingadviseur te Rotterdam en als buitenpromovendus verbonden aan de sectie belastingrecht van Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

<sup>43</sup> Een vergelijkbare neiging tot autonome verdragsinterpretatie is overigens zichtbaar in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zie daarover in meer detail mijn noot in *FED* 2017/20.

<sup>44</sup> 'Staatssteun: Commissie oordeelt dat Luxemburg aan Amazon voor ongeveer 250 miljoen EUR illegale belastingvoordelen toegekend heeft', persbericht van de Europese Commissie van 4 oktober 2017, nr. IP/17/3701, te raadplegen op: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-3701\\_nl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3701_nl.htm)