



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De Europese Gedragscodegroep wordt steeds belangrijker in de strijd tegen belastingontwijking: meer openheid en transparantie is geboden

Nouwen, M.F.

Publication date

2016

Document Version

Author accepted manuscript

Published in

Weekblad voor Fiscaal Recht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Nouwen, M. F. (2016). De Europese Gedragscodegroep wordt steeds belangrijker in de strijd tegen belastingontwijking: meer openheid en transparantie is geboden. *Weekblad voor Fiscaal Recht*, 145(7167), 1407-1418. Article 221.
<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00CCA5AF&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

De Europese Gedragscodegroep wordt steeds belangrijker in de strijd tegen belastingontwijking

M.F. Nouwen



EY

Building a better
working world

De Gedragscodegroep wordt steeds belangrijker bij de aanpak van belastingontwijking. Dit komt door het feit dat zij zich de laatste jaren is gaan bezighouden met de vormgeving van gecoördineerd Europees belastingbeleid. Zij neemt vergaande besluiten op het gebied van het gemeenschappelijk rulingbeleid, hybride mismatches en openbaarmaking van belastingstructuren – om maar enkele recente onderwerpen te noemen. In wezen is sprake van “pseudowetgeving”. Door het grote gebrek aan openheid en transparantie is dit werk van de Groep voor parlementen, burgers en bedrijven onbekend terrein. Met dit artikel doet de auteur een poging om hier verandering in te brengen. Daartoe bespreekt hij actuele onderwerpen waar de Groep zich momenteel over buigt en verkent hij stappen die kunnen worden gezet om de openheid en transparantie te vergroten.

1 Inleiding

Internationale belastingontwijking en -ontduiking is de laatste jaren onderwerp geworden van brede maatschappelijke aandacht en debat. Waar in het maatschappelijk debat bij LuxLeaks veelal wordt gesproken over onwenselijk gedrag van multinationale ondernemingen, gaat het bij de Panama Papers om het gedrag van vermogende particulieren dat soms zelfs als strafbaar kan worden aan gemerkt. Met name op multinationale ondernemingen wordt in het debat veelal een moreel appel gedaan om een “fair share” aan belasting te betalen, maar dat verbloemt dat de primaire oplossing ligt bij betere wetten regelgeving.^[2]

Binnen de Europese Unie is het lange tijd moeilijk gebleken om gezamenlijke maatregelen te nemen tegen belastingontwijking. Mede debet hieraan is het feit dat binnen de Europese Unie de EU-lidstaten soeverein zijn en willen blijven op het gebied van de vennootschapsbelasting en unanimitéit een vereiste is voor het nemen van gezamenlijke maatregelen. Het recente akkoord over de anti-belastingontwijkingsrichtlijn kan dan ook als een mijlpaal worden beschouwd.^[3] Hoewel het pakket aan maatregelen tijdens de politieke onderhandelingen in Brussel op onderdelen aan slagkracht heeft ingeboet, is het voor het eerst dat de EU-lidstaten een dergelijke vergaande harmonisatie van de vennootschapsbelasting binnen de EU zijn overeengekomen.

Het akkoord over de anti-belastingontwijkingsrichtlijn betekent overigens allerméinst dat de strijd tegen belastingontwijking binnen de Europese Unie ten einde is. Integendeel, deze – sinds de start van het BEPS-project van de OESO (2013) geïnitieerde – strijd zal de komende tijd allerméinst afnemen. Uit recent werk van de Gedragscodegroep (“Groep”) blijkt namelijk dat het recente akkoord over de anti-belastingontwijkingsrichtlijn waarschijnlijk zal worden gevolgd door een breed scala aan aanvullende en mogelijk nog verdergaande anti-belastingontwijkingsmaatregelen.

Deze Europese politieke werkgroep – bestaande uit onder meer ambtenaren van de ministeries van Financiën van de EU-lidstaten^[4] – ziet toe op naleving van de Europese Gedragscode^[5] die schadelijke belastingconcurrentie^[6] (politiek) verbiedt en tevens een (politieke) grondslag biedt om belastingontwijking^[7] op een gecoördineerde wijze aan te pakken. Met name bij de bestrijding van belastingontwijking door multinationale ondernemingen wordt de Groep steeds

belangrijker. Met politieke afspraken (soft law) tracht zij onwenselijke fiscale beleidsconcurrentie en onwenselijke fiscale constructies aan te pakken. Zo neemt zij vergaande besluiten op het gebied van het gemeenschappelijk rulingbeleid, hybride mismatches en openbaarmaking van belastingstructuren – om maar enkele recente onderwerpen te noemen.

Door het grote gebrek aan openheid en transparantie is dit werk van de Groep, en de rol die (individuele) EU-lidstaten op deze beleidsterreinen vervullen, voor de buitenwacht echter veelal onbekend terrein. Met dit artikel doe ik een poging om hier verandering in te brengen. Daartoe bespreek ik in onderdeel 3 enkele actuele onderwerpen waar de Groep zich momenteel over buigt. Voorts verken ik in onderdeel 4 een aantal stappen die kunnen worden gezet om de openheid en transparantie rondom het werk van de Groep te vergroten. Maar eerst sta ik in onderdeel 2 stil bij recente berichtgeving over de Groep.

2 Recente berichtgeving Gedragscodegroep

Een voorbeeld van recente berichtgeving over de Groep is het openingsartikel van *het Financieele Dagblad* van 14 april 2016 met als titel 'Nederland notoire fiscale dwarsligger'.^[8] Hierin wordt onder meer gesteld dat Nederland het vinden van een oplossing voor mismatches tussen belastingstelsels in de Groep in het verleden zou hebben geblokkeerd.

De krant heeft zich gebaseerd op de informele notulen ("comptes rendus internes", "informal meeting minutes") van vergaderingen van de Groep, die zijn opgesteld door vertegenwoordigers van de Europese Commissie.^[9] Deze informele notulen zijn – na juridisch getouwtrek – uiteindelijk door de Europese Commissie (voor het overgrote deel) verstrekt aan onder andere de Universiteit van Amsterdam.^[10]

De vrijgegeven informele notulen zijn van grote waarde omdat het werk van de Groep bij haar oprichting door de EU-lidstaten vertrouwelijk is verklaard.^[11] Zij geven een exclusief kijkje in de keuken van de Groep en geven bovendien de posities weer van individuele EU-lidstaten ten aanzien van diverse belangrijke belastingontwijkingsvraagstukken en -oplossingen.^[12]

Naar aanleiding van de roep van de Tweede Kamer om een kabinetsreactie op de berichtgeving in *het Financieele Dagblad* heeft Minister Dijsselbloem aangegeven dat "*Nederland in het verleden wellicht in bepaalde gevallen van dwarsliggen kon worden beticht*".^[13] Dat Nederland overigens niet de enige zou zijn met een eigen agenda werd door Staatssecretaris Wiebes aangekaart tijdens het debat van 19 mei jl. Over de onderhandelingen in het kader van de anti-belastingontwijkingsrichtlijn merkte hij toen het volgende op:

"Tegelijkertijd zeg ik dat het voorzitterschap in zekere zin ontluisterend is. Wij gaan hier op af met een kundig ambtenarenapparaat, een buitengewoon krachtige maar ook zeer inventieve Permanente Vertegenwoordiging in Brussel en een zeer ingewerkte en keiharde voorzitter, maar wij zien ook dat de grootste voorvechters van de strijd tegen belastingontwijking, de landen die het altijd weer wagen om met name bijvoorbeeld Nederland te noemen, de lievelingsleerlingen van de juf, de vroomste leden van de Gemeenschap, de grootste stennis blijken te kunnen maken

binnenskamers als er van hen wordt verlangd ook maar een regel nationale wetgeving te veranderen. Dat is de achterkant hiervan. Het voorzitterschap is wat dat betreft ook leerzaam.”
[14]

Hoewel hier Kamerbreed om werd gevraagd, kon Staatssecretaris Wiebes in verband met de genoemde vertrouwelijkheid niet zeggen welke EU-lidstaten het hier betreft.

3 Werk Gedragscodegroep in vogelvlucht

3.1 Inleiding

Door het gebrek aan transparantie rondom het werk van de Groep is haar werkgebied lastig af te bakenen. Voor zover ik er zicht op heb gekregen, heb ik het werkterrein gecategoriseerd in de volgende drie aandachtsgebieden: één-landproblematiek; twee-landenproblematiek; en derde-landenproblematiek. Hieronder bespreek ik enkele actuele onderwerpen waar de Groep zich momenteel over buigt.^[15]

3.2 Eén-landproblematiek: “pseudorechtspraak”

Het meest bekende werkterrein van de Groep is één-landproblematiek. Hiermee doel ik op het beoordelen van nationale belastingmaatregelen op hun schadelijke karakter. Deze handavingspilaar duidt Staatssecretaris Wiebes aan als “pseudorechtspraak”^[16]. Op dit gebied heeft de Groep zich aardig van haar taak gekweten. In totaal zijn meer dan vijfhonderd nationale belastingmaatregelen onderzocht, waarvan er meer dan honderd het predicaat “schadelijk” hebben gekregen en zijn ontmanteld (reeds bestaande maatregelen) of niet zijn ingevoerd (bij voorgenomen maatregelen).

Ook thans worden nog tal van belastingmaatregelen onderzocht. Zo wordt op dit moment bekeken of er nader onderzoek moet worden gedaan naar de omvorming van het Imputation Payment Company (IPC)-regime van Aruba.^[17] Verder zullen de patent- en innovatieboxen van de EU-lidstaten binnenkort getoetst worden aan de Gedragscode en zal tevens blijken in hoeverre deze in lijn zijn met de – in OESO-BEPS-verband overeengekomen – nexusbenadering.^[18] Tot voor kort werd ook gesproken over de problematiek en eventuele beleidsantwoorden betreffende schadelijke belastingplanning met speciale maatregelen voor beleggingsfondsen, maar dit onderwerp is – om mij onbekende redenen – van de agenda verdwenen.^[19]

Verder is de Groep richtsnoeren aan het ontwikkelen voor belastingmaatregelen op het gebied van rente, royalty, houdstermaatschappijen en belastingvrije zones. Het betreft hier het inzichtelijk maken van bestaande pseudorechtspraak (afgesloten beoordelingen van nationale maatregelen door de Groep) op de vier genoemde gebieden alsmede het verduidelijken van de toepassing van de beginselen en criteria uit de Gedragscode op deze gebieden. Ik juich deze ontwikkeling toe omdat hiermee voor de buitenwacht inzichtelijk wordt welke maatregelen wel en niet zijn toegestaan vanuit een Gedragscode-perspectief.

3.3 Twee-landenproblematiek: “pseudowetgeving”

3.3.1 Inleiding

Dat de Groep steeds belangrijker wordt, komt voort uit het feit, dat zij zich de laatste jaren in toenemende mate bezighoudt met twee-landenproblematiek. Daarvoor zijn gemeenschappelijke oplossingen in de vorm van gecoördineerd belastingbeleid nodig en bestaat de oplossing niet uit het nemen van een beslissing over een maatregel van één individuele EU-lidstaat (zoals bij één-landproblematiek). Door Staatssecretaris Wiebes wordt dit gecoördineerde belastingbeleid aangeduid als “pseudowetgeving”.^[20] De ontwikkeling van pseudowetgeving binnen de Groep strekt zich uit tot verschillende belangrijke thema's, waaronder:

- gemeenschappelijk rulingbeleid;
- informatie-uitwisseling rulings;
- EU-inbound profit transfers;
- EU-outbound profit transfers;
- hybride mismatches;
- openbaarmaking belastingstructuren; en
- transfer pricing.

De impact van pseudowetgeving dient niet te worden onderschat. Zo is de pseudowetgeving op bijvoorbeeld het gebied van uitwisseling van informatie over belasting rulings en hybride mismatches (hybride leningen) recent omgezet in een “hard law” oplossing. In die zin fungeert het werk van de Groep op dit terrein als een “voorportaal-functie” voor juridische bindende maatregelen.

3.3.2 Gemeenschappelijk rulingbeleid

Op dit moment worden richtsnoeren ontwikkeld die voorwaarden en regels stellen voor het afgeven van grensoverschrijdende belastingrulings door EU-lidstaten. Dit gemeenschappelijke rulingbeleid bestrijkt onder meer onderwerpen als (i) de procedure voor het verstrekken van zekerheid vooraf, (ii) de looptijd van de afspraak/toezegging, (iii) de monitoring van de uitvoering van de afspraak en (iv) de publicatie van en uitwisseling van informatie over de afspraak.^[21] Helaas is niet bekend hoe aan dit rulingbeleid meer inhoudelijk gestalte zal worden gegeven.^[22] Al helemaal is niet duidelijk in hoeverre deze mogelijke nieuwe pseudowetgeving het huidige Nederlandse rulingsbeleid zal raken.

3.3.3 Informatie-uitwisseling rulings

Op dit moment beoordeelt de Groep in hoeverre de EU-lidstaten zich aan de afspraak hebben gehouden om bepaalde informatie over rulings spontaan uit te wisselen aan de hand van de in 2014 overeengekomen handleiding (“model instruction”). Achttien van de 28 EU-lidstaten, waaronder Nederland, zouden schriftelijk hebben bevestigd de handleiding ondertussen te

hebben geïmplementeerd.^[23] Helaas ontbreken details over (i) de wijze waarop de implementatie heeft plaatsgevonden, (ii) hoe vaak daadwerkelijk informatie over rulings is uitgewisseld (ontvangen en verstrekt) en (iii) ten aanzien van welk type rulings deze informatie-uitwisseling heeft plaatsgevonden. Verder is onduidelijk waarom diverse EU-lidstaten (waaronder: Cyprus, Duitsland, Estland, Letland, Polen, Portugal en Roemenië) de afspraak in het geheel nog niet hebben nageleefd, terwijl de implementatiedeadline ruim is verstreken. Saillant detail is dat deze pseudowetgeving recent is omgezet in een “hard law” oplossing. Op basis van een wijziging van de Administratieve samenwerkingsrichtlijn zijn de EU-lidstaten per 1 januari 2017 juridisch verplicht om bepaalde informatie over grensoverschrijdende rulings automatisch uit te wisselen. De Groep heeft aangekondigd nauwlettend in de gaten te zullen houden in hoeverre de EU-lidstaten deze afspraak daadwerkelijk nakomen (*monitoring*).

3.3.4 EU-Inbound profit transfers

Dit onderwerp – binnen de Groep bekend als het “gatekeeper” probleem – betreft kort gezegd de deelnemingsvrijstelling voor betalingen (dividenden) ontvangen door een EU-vennootschap van een laagbelaste niet-EU-vennootschap. Het door de Groep geïdentificeerde probleem is dat de EU-lidstaat met de ruimste deelnemingsvrijstelling wordt gebruikt voor het doorsluizen van niet-EU-dividenden naar andere EU-lidstaten.

Binnen de EU kunnen dividenden belastingvrij van dochters naar moeders stromen op grond van de zogenoemde Moeder-dochterrichtlijn. Het is voor een multinationale onderneming dus zaak om groepsdividenden van buiten de EU dáár de EU binnen te laten komen waar de transfer van buiten naar binnen de EU de minste belasting kost. In 2010 zijn richtsnoeren overeengekomen die ervoor zorgdragen dat EU-lidstaten hun wetgeving voorzien van effectieve antimisbruikmaatregelen – met name switch-over-bepalingen (geen vrijstelling van belasting bij de dividendontvanger, maar verrekening van de door de dochter in haar land betaalde vennootschapsbelasting) en CFC-regels (laagbelaste buitenlandse beleggingsdochters worden geacht hun winst te hebben uitgekeerd ook al doen zij dat in werkelijkheid niet juist om bijheffing te voorkomen) – bij de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Op dit moment beoordeelt de Groep in hoeverre de EU-lidstaten zich aan de pseudowetgeving hebben gehouden^[24] (*monitoring*). Of de Nederlandse deelnemingsvrijstelling de toets der kritiek heeft doorstaan is niet bekendgemaakt. Zelfs is niet bekend of deze toets voor Nederland reeds is uitgevoerd.^[25] Hoewel de voorgestelde switch-over-bepaling uit de anti-belastingontwijkingsrichtlijn de eindstreep niet heeft gehaald, is deze nog steeds onderwerp van gesprek in de Groep. Daarnaast is de bepaling teruggekeerd in het nieuwe voorstel voor een Europese vennootschapsbelasting dat de Europese Commissie recent heeft gepubliceerd.^[26]

3.3.5 EU-Outbound profit transfers

Bij dit onderwerp – binnen de Groep bekend als het “reversed gate-keeper probleem” – gaat het om betalingen (dividenden) door een EU-vennootschap naar een niet-EU-vennootschap. Het door de Groep geïdentificeerde probleem is dat een groepsvennootschap in een bepaalde EU-lidstaat wordt tussengeschoven zodat dividend onbelast – op grond van de Moeder-

dochterrichtlijn en belastingverdragen – de EU kan uitvloeien waar het bij rechtstreekse betaling belast zou zijn geweest met een bronheffing in de EU-bronstaat.

Op dit moment is de Groep beleidsantwoorden voor deze problematiek aan het verkennen, hetgeen zou kunnen leiden tot pseudowetgeving.^[27] Aangekondigd is dat hierbij ook betrokken wordt de problematiek inzake het vermijden van bronheffingen op rente- en royaltybetalingen door het tussenschuiven van een EU-lidstaat.^[28]

3.3.6 Hybride mismatches

De afgelopen jaren zijn richtsnoeren overeengekomen voor internationale fiscale hybride mismatches op het gebied van hybride leningen, hybride entiteiten, en hybride vaste inrichtingen. Het werk op dit terrein is indrukwekkend te noemen. Het betreft zowel oplossingen voor intra-EU-situaties als in relatie tot derde-landen^[29], waaronder CV-BV-structuren in relatie tot de Verenigde Staten. Het is opmerkelijk te noemen dat de richtsnoeren tot op heden weinig publieke aandacht hebben gekregen en het lijkt er alleszins op dat de EU-lidstaten hen niet hebben geïmplementeerd. De Raad (Ecofin) heeft recent deze zorg erkend en de Groep verzocht erop toe te zien dat de afspraken daadwerkelijk worden nageleefd (*monitoring*).^[30] Op zijn verzoek heeft de Europese Commissie recent een “hard law” oplossing gepubliceerd om hybride mismatches in relatie tot derdelanden aan te pakken.^[31]

3.3.7 Openbaarmaking belastingstructuren

De Groep heeft het voornemen richtsnoeren te ontwikkelen voor de openbaarmaking van belastingstructuren. De richtsnoeren zullen worden gebaseerd op de aanbevelingen van de OESO in het kader van het BEPS-project.^[32] Dergelijke pseudowetgeving zou ook gevolgen kunnen hebben voor intermediairs. Het Slowaakse voorzitterschap heeft aangegeven dat het werk van de Groep op dit terrein kan dienen als “voorportaal-functie” voor een mogelijke “hard law” oplossing.^[33]

3.3.8 Transfer-pricing

Het voornemen bestaat richtsnoeren te ontwikkelen op het gebied van transfer-pricing, waaronder het in lijn brengen van de verrekenprijzen met werkelijke waardecreatie en voorschriften voor verrekenprijsdocumentatie. Ook deze richtsnoeren zullen worden gebaseerd op de aanbevelingen van de OESO in het kader van het BEPS-project.^[34]

3.4 Derde-landenproblematiek: “dialogo derde-landen”

Een laatste werkterrein van de Groep is de derde-landenproblematiek. Hiermee doel ik op de dialoog tussen de EU en derde landen over de (mogelijke) toepassing van de beginselen en criteria van de Gedragscode in deze derde-landen. Deze dialoog lijkt zijn vruchten af te werpen. Zo zijn recent met Zwitserland afspraken gemaakt over de afschaffing van bepaalde Zwitserse belastingregimes. Met Liechtenstein vinden op dit moment besprekingen plaats.

Ook de relatie met het Verenigd Koninkrijk zou na uittrekking uit de Europese Unie onder deze pilaar kunnen gaan vallen. Dit geldt te meer voor zijn overzeese gebieden – waaronder: Gibraltar, Jersey, Guernsey en Isle of Man – waarvan de Groep recent verschillende belastingmaatregelen als schadelijk heeft aangemerkt.

Ten slotte houdt de Groep zich bezig met het uitwerken van de nieuwe Europese externe strategie voor effectieve belastingheffing. Hiertoe zal een zwarte lijst worden opgesteld van non-EU-landen die zich niet (voldoende) willen committeren aan de Europese standaarden; ook zullen gemeenschappelijke tegenmaatregelen worden overeengekomen jegens landen op deze zwarte lijst.

4 Een transparantere Gedragscodegroep

4.1 Inleiding: van vertrouwelijkheid naar meer transparantie

Inmiddels erkennen de meeste EU-lidstaten het belang van een transparantere Groep. Dit is sinds kort ook één van de speerpunten van het Nederlandse kabinetsbeleid. Zo merkte Minister van Buitenlandse Zaken Koenders in zijn recente notitie over de “Staat van de Europese Unie 2015”^[35] op dat Nederland “(...) voorop [wil] lopen bij het vergroten van transparantie als wapen tegen belastingontwijking” en “(...) van mening is dat de bestaande afspraak binnen de Gedragscodegroep inzake vertrouwelijkheid aan herziening toe is ten behoeve van meer inzichtelijke besluitvorming”.^[36] In het verlengde hiervan merkte Staatssecretaris Wiebes op dat het belang van meer transparantie intussen EU-breed wordt onderschreven: “De Gedragscodegroep bestaat dus al enige tijd, maar kent een brede was van schimmigheid op allerlei terreinen. Men heeft ook de opvattingen over transparantie van twintig jaar geleden nog aan zich hangen. Inmiddels is er een vrij breed besef dat het afgelopen moet zijn met die schimmigheid. In de richting van Merkies zeg ik dat ik geen evidente tegenstanders zie van meer transparantie.”^[37]

Onder leiding van Minister van Financiën Dijsselbloem hebben de EU-lidstaten het afgelopen jaar afspraken gemaakt om de transparantie te vergroten.^[38] Hiermee wordt tegemoetgekomen aan het breed ervaren probleem dat bij de Groep thans sprake is van een ondoorzichtig diplomatiek besluitvormingsproces.^[39] Van oudsher geldt hier een “diplomatieke benadering” waarbij vertrouwelijkheid van documenten de regel is. De achtergrond hiervan is dat naar de overtuiging van veel EU-lidstaten de Groep niet kan functioneren als vertrouwelijkheid niet gegarandeerd zou zijn.^[40] Bij de besprekingen over de verenigbaarheid van elkaars nationale belastingaangelegenheden met de Gedragscode zijn de EU-lidstaten – op basis van een oude politieke afspraak – steeds van deze vertrouwelijkheid uitgegaan.^[41] Doordat de besprekingen strikt vertrouwelijk zijn, is tot op heden weinig bekend over de wijze waarop EU-lidstaten schadelijke belastingconcurrentie tussen elkaar en belastingontwijking door multinationale ondernemingen beoordelen. Met de nieuwe afspraken voor een transparantere Groep beogen de EU-lidstaten hier verandering in te brengen. Ik juich deze ontwikkeling toe. Zo zou een grotere transparantie gecombineerd met onder meer (wetenschappelijk) onderzoek en journalistieke aandacht als een vliegwiel kunnen werken bij de totstandkoming van effectievere oplossingen in

de strijd tegen belastingontwijking binnen de Europese Unie en daarbuiten.

Hieronder beoordeel ik in hoeverre de recent overeengekomen afspraken voor meer transparantie zullen zorgen. Hierbij maak ik onderscheid tussen maatregelen op het gebied van actieve transparantie (onderdeel 4.4) en werkafspraken op het gebied van passieve transparantie (onderdeel 4.5).

Met actieve transparantie doel ik op het uit eigen beweging door Europese instellingen openbaar maken van informatie en (achtergrond)documenten over de werkzaamheden van de Groep. Daarentegen gaat het bij passieve transparantie over het door Europese instellingen reageren op door burgers – op grond van Europese transparantieregels (de “EU-Wob”) – ingediende verzoeken tot openbaarmaking van documenten. Voorts doe ik aanbevelingen om de transparantie verder te vergroten welke passend zijn binnen de door de EU-lidstaten breed onderschreven ambities voor meer transparantie. Daarbij is van belang dat het uiteindelijk gaat om een zekere balans tussen enerzijds de wens voor meer transparantie en anderzijds het belang van een zekere mate van vertrouwelijkheid ten behoeve van het effectief functioneren van de Groep. Die balans kan anders uitpakken al naar het gelang het werkterrein van de Groep, te weten pseudorechtspraak (onderdeel 4.2) en pseudowetgeving (onderdeel 4.3).

4.2 Actieve transparantie bij pseudorechtspraak

Op het gebied van pseudorechtspraak verdient het mijns inziens aanbeveling de transparantie te vergroten door uiteindelijk openbaar te maken waarom een door de Groep ter tafel besproken nationale belastingmaatregel van een EU-lidstaat al dan niet schadelijk is bevonden. Deze openbaarmaking dient te geschieden zodra de Groep een finaal oordeel heeft uitgesproken dat door de Raad (Ecofin) is bekrachtigd. Op deze wijze is vertrouwelijkheid gegarandeerd tijdens lopende beoordelingen van nationale belastingmaatregelen van EU-lidstaten. De balans slaat dus door naar vertrouwelijkheid zolang een nationale belastingmaatregel voorwerp van discussie is in de Groep.

De door mij genoemde openbaarmaking heeft betrekking op de fiscaaltechnische analyse – uitgevoerd door de Europese Commissie – waarin wordt getoetst in hoeverre een maatregel in strijd is met de beginselen en criteria van de Gedragscode, en op de doorslaggevende, veelal meer politieke beweegredenen, van (individuele) EU-lidstaten om aan een maatregel uiteindelijk al dan niet het predicaat “schadelijk” toe te kennen. Op deze wijze wordt inzichtelijk of een beperkt aantal EU-lidstaten (1, 2 of 3) de beoordeling van een schadelijke belastingpraktijk heeft geblokkeerd. Bovendien verdient herziening van de procedureregels aanbeveling om misbruik van vetorecht door enkele EU-lidstaten te voorkomen.

Verder is actieve transparantie van belang wanneer EU-lidstaten dit beoordelingsproces op enigerlei wijze frustreren, bijvoorbeeld door tegen de meerderheid van de wens van andere EU-lidstaten in niet akkoord te gaan met überhaupt de beoordeling van een maatregel of niet tijdig de noodzakelijke informatie aan de Groep te overleggen. Ditzelfde geldt wanneer een EU-lidstaat zich niet aan de politieke afspraak houdt om een schadelijk bevonden maatregel (tijdig) terug te draaien.

4.3 Actieve transparantie bij pseudowetgeving

Op het gebied van pseudowetgeving mag een nog grotere actieve transparantie worden verwacht omdat het hier immers gaat om gemeenschappelijke belastingontwijkingso oplossingen in de vorm van gecoördineerd Europees belastingbeleid.

Tijdens het debat van 3 maart 2016 merkte Staatssecretaris Wiebes hier het volgende over op:

“Maar is het pseudowetgeving, dan komt het toch gevaarlijk dicht bij openbaarheid en mag je er ook meer openbaarheid van verlangen.” ^[42]

De recent in de Tweede Kamer aan de orde gestelde vraag of de in de anti-belastingontwijkingrichtlijn voorgestelde switch-over-bepaling “uit de lucht komt vallen” illustreert dat het aan bovenstaande tot nu toe heeft geschort. Tijdens het debat over deze kwestie bleek de Tweede Kamer niet op de hoogte te zijn van het bestaan van pseudowetgeving op het terrein van EU-inbound profit transfers (onderdeel 3.3.4), laat staan bekend te zijn met het feit dat door de Groep momenteel wordt beoordeeld in hoeverre de Nederlandse deelnemingsvrijstelling hieraan voldoet. ^[43]

Door dit gebrek aan transparantie is de noodzakelijke democratische controle thans hoogstens achteraf. Dit zorgt op haar beurt voor onzekerheid bij burgers en bedrijven die mogen vertrouwen op duidelijke en (voor het publiek) toegankelijke (pseudo)wetgeving. Zo heerst er op dit moment bijvoorbeeld onzekerheid over de vraag in hoeverre de door de Groep recent overeengekomen pseudowetgeving met oplossingen voor hybride mismatches in relatie tot derde-landen door EU-lidstaten dient te worden opgevolgd en toegepast. Zoals gezegd vallen hieronder in principe ook de CV-BV-structuren in relatie tot onder meer de Verenigde Staten (onderdeel 3.3.6). ^[44]

Om de democratische controle bij de vormgeving van pseudowetgeving te waarborgen verdient het mijns inziens aanbeveling de informatievoorziening aan de Tweede Kamer te verbeteren, waarbij ik de volgende vier fasen onderscheid:

- *Totstandkomingsfase*. De Tweede Kamer dient inspraak te hebben in de totstandkoming van pseudowetgeving.
- *Publicatiefase*. De Tweede Kamer dient te worden geïnformeerd welke pseudowetgeving wanneer is overeengekomen.
- *Implementatiefase*. De Tweede Kamer dient in kennis te worden gesteld wanneer en op welke wijze de pseudowetgeving door EU-lidstaten (in nationale wetgeving) dient te worden geïmplementeerd, opgevolgd en toegepast.
- *Monitoringsfase*. De Tweede Kamer dient de mogelijkheid te worden geboden na te gaan in hoeverre de pseudowetgeving door EU-lidstaten wordt nageleefd, met inbegrip van de beoordeling welke EU-lidstaten zich niet aan de afspraken houden.

Naast aanvullingen op de recent door de EU-lidstaten overeengekomen afspraken voor een transparantere Groep (zie hiervoor onderdeel 4.4), zou overwogen kunnen worden de informatievoorziening te verbeteren door het Nederlandse kabinet BNC-fiches op te laten stellen over in elk geval pseudowetgevingsvoorstellen (totstandkomingsfase). Dergelijke fiches zouden onder andere kunnen bevatten: een omschrijving en de essentie van de voorstellen, een inschatting van de financiële gevolgen (voor de EU-begroting, de Nederlandse overheid, het bedrijfsleven en burgers, enz.), de juridische implicaties (waaronder consequenties voor Nederlandse wet- en regelgeving), en de Nederlandse positie (waaronder de Nederlandse belangen en een eerste standpunt) alsmede de (algemene) standpunten van andere EU-lidstaten. Daarnaast zou overwogen kunnen worden om fiches op te stellen over de implementatie en monitoring van pseudowetgeving. Met deze BNC-fiches zou de Tweede Kamer mijns inziens op een passende wijze kunnen worden geïnformeerd over de inzet en positie van Nederland in de Groep. Op basis van deze fiches kan zij bovendien haar controlerende taak beter uitoefenen.

4.4 Beoordeling Europese maatregelen vergroten actieve transparantie

Eén van de afspraken van de ministers van Financiën van de EU-lidstaten die de actieve transparantie beoogt te vergroten betreft het substantiëler (omvangrijker) maken van de halfjaarlijkse rapportages.^[45] Hierbij dient het meer “aangeklede” rapport van de Groep van 13 juni 2016 als eerste voorbeeld.^[46] Hoewel in tegenstelling tot eerdere rapportages nu in meer detail uitleg wordt gegeven over enkele discussie- en aandachtspunten, schiet de rapportage mijns inziens nog steeds te kort. In dit kader wijs ik op het – door mij eerder aangehaalde – gebrek aan details over bijvoorbeeld:

- de vormgeving van een gemeenschappelijk Europees rullingbeleid (onderdeel 3.3.2);
- de naleving van de afspraak om spontaan rulings uit te wisselen (onderdeel 3.3.3);
- de naleving van de afspraak om nationale wetgeving te voorzien van effectieve antimisbruikbepalingen (met name switch-over-bepalingen en CFC-regels) voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling (onderdeel 3.3.4); en
- de implementatie en monitoring van pseudowetgeving op het gebied van hybride mismatches voor intra-EU situaties alsmede in relatie tot derde-landen (onderdeel 3.3.6).

De rapportage is wat mij betreft aldus nog steeds ontoereikend. Het verdient aanbeveling deze wezenlijk substantiëler te maken zodat de Tweede Kamer beter geïnformeerd wordt tijdens de totstandkomingsfase, publicatiefase, implementatiefase en monitoringsfase van pseudowetgeving. Zo dient bijvoorbeeld duidelijkheid te worden verschaft over de achtergrond van pseudowetgeving, met inbegrip van de politieke beweegredenen van (individuele) EU-lidstaten om al dan niet met pseudowetgeving in te stemmen. Alleen dan wordt inzichtelijk welke EU-lidstaten de totstandkoming van pseudowetgeving blokkeren en zou tevens misbruik van vetorecht door deze EU-lidstaten kunnen worden voorkomen (zie hierover mijn opmerkingen over herziening procedureregels in onderdeel 4.2).

Verder is actieve transparantie aan te bevelen wanneer EU-lidstaten het implementatie- en monitoringsproces op enigerlei wijze frustreren, met name door niet de noodzakelijke informatie te verschaffen op basis waarvan gestaafd kan worden of de EU-lidstaten zich aan de pseudowetgeving hebben gehouden. Bij het substantiëler maken van de rapportage kan overigens veel geleerd worden van de wijze waarop de Europese Commissie in haar informele notulen (“comptes rendus internes”, “informal meeting minutes”) zelf verslag doet van de belangrijkste discussiepunten alsmede posities van individuele EU-lidstaten duidt.

Een andere maatregel die de transparantie beoogt te vergroten betreft het voornemen om de toegang tot documenten actief te verbeteren. Het idee van de ministers van Financiën van de EU-lidstaten hiertoe is om een speciale website door de Raad van de Europese Unie in het leven te roepen, waar enkele achtergronddocumenten van de Groep die verband houden met algemene richtsnoeren en definitieve besluiten over individuele maatregelen zouden kunnen worden opgenomen.^[47] Ik juich deze ontwikkeling toe, maar ik vrees dat de thans zeer abstracte voornemens de transparantie rondom de vormgeving van pseudowetgeving nauwelijks zullen doen verbeteren. Zo laten de uitermate cryptisch geformuleerde voornemens in het midden of de publicatie zich louter beperkt tot documenten over reeds overeengekomen pseudowetgeving.^[48] Indien dit laatste het geval is dan lijkt de kans groot dat parlementariërs nog steeds geen adequate voorlichting en mogelijkheid tot bijsturing zullen krijgen bij de totstandkoming van pseudowetgeving (totstandkomingsfase) alsmede niet op een passende wijze in de gelegenheid worden gesteld te controleren in hoeverre de pseudowetgeving door EU-lidstaten is geïmplementeerd (implementatiefase) en wordt opgevolgd (monitoringfase).

Het is van groot belang dat de Tweede Kamer het komend jaar op dit punt de vinger aan de pols houdt. Om de democratische controle bij pseudowetgeving tijdens de totstandkomingsfase, implementatiefase en monitoringsfase te waarborgen is het aan te bevelen dat zij erop toeziet dat cruciale achtergronddocumenten van de Groep bij voorkeur actief openbaar worden gemaakt, maar in ieder geval worden gedeeld met de parlementen van de EU-lidstaten en het Europees Parlement. Daartoe zou een lijst met categorieën van achtergronddocumenten – die in het kader van de werkzaamheden van de Groep worden geproduceerd en verspreid – kunnen worden opgesteld die in beginsel openbaar gemaakt moeten worden.^[49] Mijns inziens behoren hiertoe in ieder geval de door de Europese Commissie opgestelde zittingsdocumenten (“room documents”) over de totstandkoming, implementatie en monitoring van pseudowetgeving.^[50] Hierbij gaat het om algemene beleidsdocumenten die – op verzoek van de Groep door de Europese Commissie – voor de vergadering van de Groep worden verspreid ter voorbereiding en vergemakkelijking van de besprekingen over een bepaald agendapunt.^[51]

De balans zou kunnen doorslaan naar vertrouwelijkheid daar waar het zittingsdocumenten van een EU-lidstaat betreft en specifieke standpunten bevat. Voor deze gevallen zou overwogen kunnen worden dat openbaarmaking pas aan de orde is na afsluiting van het halfjaarlijkse Raadsvoorzitterschap dan wel het 18-maandenprogramma van de Groep. Ook zou overwogen kunnen worden de zéér informatieve door de Europese Commissie opgestelde informele notulen (“comptes rendus internes”, “informal meeting minutes”) op dat moment vrij te geven. Evenzeer zou de openbaarmaking van de door Nederland zelf opgestelde informele notulen

(“terugkoppelingsverslagen”) de openheid en transparantie kunnen vergroten.^[52]

Ten slotte zou een transparantere Groep kunnen worden bewerkstelligd door het aanwijzen van een politiek zichtbare voorzitter (met politieke ervaring opgedaan in een lidstaat of een Europese instelling), net zoals bijvoorbeeld Dijsselbloem dat is voor de Eurogroep.^[53] Mijns inziens verdient het dossier “belastingontwijking” deze zichtbaarheid bij het publiek. Voorts is het van belang dat alle EU-lidstaten, waaronder Nederland, op hoog ambtelijk niveau in de Groep worden vertegenwoordigd. Dan loopt de besluitvorming minder snel onnodig vertraging op.

4.5 Beoordeling Europese werkafspraken vergoten passieve transparantie

Samen met de Europese instellingen hebben de EU-lidstaten begin dit jaar werkafspraken gemaakt over passieve transparantie. Zoals gezegd doel ik hiermee op het door Europese instellingen reageren op verzoeken van burgers tot openbaarmaking van documenten. Op grond van Europese transparantiewetgeving (de “Euro-Wob”) dient aan burgers een zo vergaand mogelijke toegang tot documenten te worden verstrekt.^[54] Als onderdeel van de werkafpraak is bijvoorbeeld afgesproken welke categorieën (achtergrond)documenten van de Groep in beginsel wel en niet voor openbaarmaking in aanmerking komen.^[55] Hierdoor zouden verzoeken van burgers voor toegang tot documenten over het werk van de Groep spoediger en op een meer gelijke wijze behandeld dienen te worden.

De tijd zal moeten uitwijzen of de werkafspraken de passieve transparantie zullen doen vergroten. Uit door de Universiteit van Amsterdam opgedane ervaringen blijkt evenwel dat het recht op toegang tot documenten van de Groep door burgers in de praktijk lastig kan worden geëffectueerd. Zo is een groot aantal informatieverzoeken door de Europese Commissie (initieel) behandeld zonder identificatie van alle gevraagde documenten, zonder (adequate) motivering om documenten niet te hoeven te verschaffen en zonder een overigens zorgvuldige behandeling van de verzoeken.^[56] Uit de opgedane ervaringen blijkt dat een bezwaarprocedure veelal meer succes kan opleveren. Dit traject is evenwel een zeer tijdrovende en administratief bewerkelijke aangelegenheid. Burgers, nationale parlementariërs, Europarlementariërs, journalisten, onderzoekers, enz. zouden hier niet afhankelijk van mogen zijn.

5 Afsluiting

In deze bijdrage heb ik aandacht besteed aan het werk van de Gedragscodegroep bij de bestrijding van belastingontwijking door multinationale ondernemingen en de facilitering daarvan door schadelijke belastingconcurrentie door EU-lidstaten. De Groep wordt op dit gebied steeds belangrijker. Dit komt door het feit dat zij zich de laatste jaren met name is gaan bezighouden met de vormgeving van gecoördineerd Europees belastingbeleid. Hoewel dit beleid als “soft law” moet worden gekenschetst, is de reikwijdte en impact ervan snel toegenomen. In wezen is sprake van “pseudowetgeving”. Het geconstateerde probleem van deze pseudowetgeving is dat het goeddeels is onttrokken aan zowel de wetgevende als de controlerende taak van de nationale parlementen en het Europees Parlement. Nationale parlementen en het Europees Parlement worden niet of maar zeer beperkt geïnformeerd.

Democratische controle is hoogstens achteraf mogelijk. Ook ontstaat rechtsonzekerheid bij burgers en bedrijven die moeten kunnen vertrouwen op duidelijke en toegankelijke besluitvorming en (pseudo)wetgeving. De conclusie is dat ook de recent op Europees niveau overeengekomen maatregelen de transparantie rondom de vormgeving van pseudowetgeving nauwelijks zal doen verbeteren.

Ik heb daarom in deze bijdrage een aantal stappen verkend die kunnen worden gezet om (i) de transparantie, (ii) de democratische legitimatie en (iii) de informatievoorziening over het werk van de Groep aan de parlementen en aan burgers en bedrijven, te herstellen. Zo verdient het aanbeveling de rapportage over het werk van de Groep wezenlijk substantiëler te maken en de informatievoorziening te vervroegen naar een moment waarop parlementen nog invloed kunnen uitoefenen. In dit kader kan het Nederlandse kabinet BNC-fiches opstellen over de totstandkoming van deze pseudowetgeving. Ook is het wenselijk dat achtergronddocumenten van de Groep actief openbaar worden gemaakt en in elk geval worden gedeeld met de nationale parlementen en het Europees Parlement. De door de Commissie opgestelde zittingsdocumenten ("room documents") dienen te worden vrijgegeven. Verder verdient het aanbeveling de door de Commissie opgestelde informele notulen ("comptes rendus internes", "informal meeting minutes") van de Groep actief aan de parlementen te sturen, dan wel de door Nederland zelf opgestelde informele notulen ("terugkoppelingsverslagen") te verstrekken. Transparantere besluitvorming kan ook worden bevorderd door het aanwijzen van een politiek zichtbare voorzitter, zoals Minister Dijsselbloem dat is voor de Eurogroep. Ten slotte is het van belang dat alle EU-lidstaten, waaronder Nederland, op hoog ambtelijk niveau in de Groep worden vertegenwoordigd.

Voetnoten

[1]

Onderzoeker aan de Universiteit van Amsterdam. Daarnaast verbonden aan Bureau Vaktechniek van EY te Rotterdam. Deze bijdrage is gebaseerd op de position paper die ik heb geschreven ten behoeve van de expertmeeting fiscale constructies met de Tweede Kamer der Staten-Generaal op 12 september 2016 (voor het woordelijke verslag van de hoorzitting als mede de position papers van de deskundigen zie: www.tweedekamer.nl/vergaderingen/commissievergaderingen/details?id=2016A02393).

[2]

Bovendien is een "fair share" bij gebrek aan duidelijke wetgeving niet te kwantificeren.

[3]

In eerder op Europees niveau tot stand gekomen belastingwetgeving, waaronder de Moeder-dochterrichtlijn, Rente- en Royaltyrichtlijn en de Fusierichtlijn, zijn slechts enkele belastingontwijkingsmaatregelen opgenomen.

[4]

Zij worden veelal bijgestaan door de permanente vertegenwoordiging in Brussel. Daarnaast neemt ook de Europese Commissie actief deel aan de vergaderingen. Verder is ook het Secretariaat-Generaal van de Raad van de Europese Unie aanwezig, waaronder de juridische dienst en de afdeling verantwoordelijk voor het Europese belastingbeleid. Al met al gaat het dus om een omvangrijke groep.

[5]

Dit betreft een politieke verbintenis – een politieke inspanningsverplichting in plaats van een juridisch bindende maatregel – tussen EU-lidstaten om schadelijke belastingconcurrentie in de Europese Unie tegen te gaan. Door in 1997 in te stemmen met de Gedragscode hebben EU-lidstaten erkend dat unilaterale en bilaterale tegenmaatregelen slechts voor een deel schadelijke belastingconcurrentie kunnen tegengaan en een op EU-niveau gecoördineerde actie, noodzakelijk is. Zie: Conclusies van de Raad (ECOFIN) van 1 december 1997 inzake het belastingbeleid, *PbEG* 1998 C 2/1-6.

[6]

Hierbij gaat het om vermeend onwenselijk gedrag van EU-lidstaten leidende tot “fiscale degradatie”: over mobiel kapitaal wordt steeds minder belasting betaald omdat het kan inspelen op de fiscale concurrentie tussen de EU-lidstaten, die daardoor de keuze hebben tussen ofwel de publieke uitgaven verlagen ofwel de belasting op immobiele arbeid te verhogen.

[7]

Hierbij gaat het om vermeend onwenselijk gedrag van multinationale ondernemingen.

[8]

Diezelfde dag besteedde het NOS journaal van acht uur aandacht aan de berichtgeving. Zie ook: <http://nos.nl/artikel/2099141-nederland-ficale-dwarsligger-verhalen-uit-de-oude-doos.html> .

[9]

Eerder zijn de door Duitsland opgestelde terugkoppelingsverslagen van vergaderingen van de Groep in de media uitgebreid belicht en hebben voor veel opschudding gezorgd (zie onder meer: www.spiegel.de/international/europe/eu-documents-reveal-how-benlux-blocked-tax-haven-laws-a-1061526.html). In Nederland heeft Trouw hieraan aandacht besteed (zie: Trouw, ‘Nederland blokkeerde belastingherzieningen’, 9 november 2015), welk krantenbericht samen met de berichtgeving in Der Spiegel aanleiding gaf tot Kamervragen (zie *Kamerstukken II* 2015/16, nr. 2015Z21690, p. 1-2).

[10]

Recent (16 augustus 2016) heeft de Transparantieafdeling (DG Transparantie) van de Europese Commissie besloten de door de Universiteit van Amsterdam gevraagde ruimere toegang tot de informele notulen te verlenen en daarmee de eerdere beslissingen van haar Belastingafdeling (DG Taxud) verworpen (zie: Beslissing van de Secretaris-Generaal van de Europese Commissie van 16 augustus 2016, C(2016) 5389 final). Ik benadruk dat het hier dus niet gaat om “gelekte” stukken, zoals wel het geval is bij LuxLeaks en de Panama Papers, maar om op grond van Europese transparantieregels (de “Euro-Wob”) door de Europese Commissie vrijgegeven documenten. De informele notulen zijn ook deels vrijgegeven aan twee Europarlementariërs; zie de (afdoening van) de verzoeken van Europarlementariërs Giegold (www.asktheeu.org/en/user/sven_giegold) en Masi (www.asktheeu.org/en/user/fabio_de_masi).

[11]

Door de onafhankelijke rol van de Europese Commissie – zij verleent de Groep slechts technische ondersteuning en heeft zelf geen stem(recht) – heeft zij niet zozeer een eigen agenda, hetgeen de evenwichtigheid van haar informele notulen ten goede komt.

[12]

Een blik op de informele notulen van de vergadering van de Groep van 11 april 2011 wijst uit dat Nederland over internationale financiële hybride mismatches bijvoorbeeld het standpunt zou hebben ingenomen dat dit geen kwestie is van schadelijke belastingconcurrentie die binnen de opdracht van de Groep valt, maar van (soevereine) beleidskeuzen ter zake van de kwalificatie van geldverstrekkingen als eigen of als vreemd vermogen. De relevante passage luidt als volgt: “NL again stated that disparities are not in the Code mandate and that the work program only refers to anti-abuse (not mismatches). Not all hybrid loans are abusive per se. NL considers removal of double non-taxation caused by mismatches a policy issue, not harmful tax competition.” Verder zou Nederland – volgens

dezelfde informele notulen – hebben betoogd dat hybride mismatches niet per se hand in hand gaan met belastingontwijking door multinationale ondernemingen. De relevante passage luidt als volgt: “NL specifically addressed UK, DE and FR asking why they consider mismatches covered under the Code. DK responded that mismatches and NL are used in international tax planning and that this needs to be discussed in the Code Group. The UK recalled that mismatches lead to tax avoidance and the Code is also about fighting tax avoidance. NL reminded that not all situations of mismatches are intended/planned and therefore the existence of a mismatch is not necessarily tax avoidance.” Dit is in theorie juist, maar dit neemt niet weg dat in de praktijk hybride mismatches door belastingplichtigen veelal zullen worden opgezocht. Om deze reden wordt in de OESO-BEPS-oplossingen om hybride mismatches aan te pakken geen onderscheid gemaakt of de hybride mismatch het gevolg is van “tax planning”. Ditzelfde geldt voor de aanpassing van de Moederdochterraichtlijn en de Nederlandse implementatie daarvan in art. 13 lid 17 Wet VPB 1969.

[13]

Zie de Geannoteerde Agenda ten behoeve van de Eurogroep en de Ecofinraad en jaarvergadering van het ESM van 16 en 17 juni te Luxemburg (*Kamerstukken II 2015/16, 21 501-7, nr. 137, p. 21*).

[14]

Zie Kamerstukken II 2015/16, 24 418, nr. 15, p. 21.

[15]

Bij het schrijven van dit onderdeel heb ik mij gebaseerd op de documenten die door de Europese instellingen uit eigen beweging openbaar zijn gemaakt. De lezer die geïnteresseerd is in een meer uitgebreide bespreking van de door mij in dit onderdeel genoemde actuele onderwerpen wijs ik graag op mijn bijdrage die binnenkort in Intertax zal worden gepubliceerd. Hierin kleur ik de actuele onderwerpen waar de Groep zich thans over buigt nader in aan de hand van de door mij op grond van Europese transparantieregels verkregen documenten, waaronder recente zittingsdocumenten (“room documents”) en informele notulen (“comptes rendus internes”, “informal meeting minutes”) van de Groep.

[16]

Zie onder andere: *Kamerstukken II 2015/16, 21 501-07, nr. 1348, p. 42*.

[17]

Zie de voortgangsrapportage van de Groep van 13 juni 2016, nr. 9912/16, par. 15-16.

[18]

Deze nexusbenadering dient te garanderen dat innovatie- en patentboxen niet worden misbruikt voor belastingontwijking. Het vereist daartoe een sterke band tussen de kosten die in een land worden gemaakt en de winsten waarop de innovatiebox kan worden toegepast.

[19]

Mocht dit onderwerp op de agenda van de Groep terugkeren, dan zou het gebruik van de Nederlandse vrijgestelde beleggingsinstelling (vbi) en fiscale beleggingsinstelling (fbi) in dit onderzoek kunnen worden betrokken.

[20]

Zie onder andere: *Kamerstukken II 2015/16, 21 501-07, nr. 1348, p. 42*.

[21]

Zie de voortgangsrapportage van de Groep van 13 juni 2016, nr. 9912/16, par. 34-36. Zie ook de EU-BEPS Roadmap van 14 juli 2016, nr. 11071/16, par. 35, p. 9.

[22]

Dit is iets anders dan het uitwisselen van informatie over belastingrulings. Zie hierover onderdeel 3.3.3.

[23]

Zie de voortgangsrapportage van de Groep van 13 juni 2016, nr. 9912/16, par. 32-33.

[24]

De in de antibelastingontwikingsrichtlijn opgenomen CFC-regeling poogt de problematiek inzake inbound profit transfers mede tegen te gaan. Dit geldt evenzeer voor de oorspronkelijk voorgestelde switch-over-bepaling uit de antibelastingontwikingsrichtlijn. Voor de discussie in de Tweede Kamer in hoeverre de switch-over "uit de lucht is komen vallen" zie onderdeel 4.3.

[25]

Zie de voortgangsrapportage van de Groep van 13 juni 2016, nr. 9912/16, par. 37-40.

[26]

Zie proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base, COM(2016) 685 final.

[27]

Deze problematiek is recent weer terug op de agenda geplaatst (zie: voortgangsrapportage van de Groep van 13 juni 2016, nr. 9912/16, par. 41-42). Eerder (2010) lukte het de Groep niet om tot gemeenschappelijke oplossingen te komen.

[28]

Deze problematiek is thans met name onderwerp van gesprek bij besprekingen over de herziening van de Rente- en Royaltyrichtlijn. Momenteel wordt daar gekeken naar de wenselijkheid om een bepaling inzake een minimale effectieve belasting ("MEB"-bepaling) in de richtlijn op te nemen. Op grond van een dergelijke bepaling zou het recht om bronbelasting te heffen op een rente- of royaltybetaling bij de bronstaat blijven, indien bij de ontvanger sprake is van een effectieve belastingheffing die lager is dan een minimumtarief, hetgeen zou neerkomen op weigering van de voordelen die de richtlijn toekent. Zie nader: het verslag van de Raad (Ecofin) van 23 juni 2016, nr. 10502/16, par. 22-29 en de EU-BEPS Roadmap van 14 juli 2016, nr. 11071/16, par. 31, p. 8.

[29]

Zo is de Groep in juni nog pseudowetgeving overeengekomen over hybride vaste inrichtingen in relatie tot derde-landen. Zie de voortgangsrapportage van de Groep van 13 juni 2016, nr. 9912/16, par. 28-30.

[30]

Zie: Conclusies van de Raad over de toekomst van de Gedragscode van 8 december 2015, nr. 15148/15, par. 8-11 en Conclusies van de Raad over vennootschapsbelasting – grondslaguitholling en winstverschuiving van 8 december 2015, nr. 15150/15, par. 22.

[31]

Zie proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries, COM(2016) 687 final.

[32]

Zie: Conclusies van de Raad over vennootschapsbelasting – grondslaguitholling en winstverschuiving van 8 december 2015, nr. 15150/15, par. 25.

[33]

Zie in dit kader de EU-BEPS Roadmap van 14 juli 2016, nr. 11071/16, par. 34, p. 9, waarin wordt opgemerkt dat: "the EU Council could reflect [...] on the possibility to exchange best practices and adopt guidance in the Code of Conduct Group on mandatory disclosure rules targeting specific offshore tax evasion schemes, in preparation for possible future EU legislative initiatives."

[34]

Zie: Conclusies van de Raad over vennootschapsbelasting – grondslaguitholling en winstverschuiving van 8 december 2015, nr. 15150/15, par. 24.

[35]

In deze notitie schetst het kabinet haar beleid voor grotere en actieve transparantie van het Europese besluitvormingsproces. Met haar beleid wil het kabinet bijdragen aan het vergroten van het draagvlak voor de EU. De inzet van dit beleid laat zich verdelen in verschillende initiatieven, waaronder een transparante Groep. Zie de brief van Minister van Buitenlandse Zaken Koenders over de "Staat van de Europese Unie 2015", Kamerstukken II, 2015-2016, 34 166, nr. 44 . De inzet van de Nederlandse onderhandelaars in Brussel is verder uitgewerkt in het door Nederland samen met Denemarken, Estland, Finland, Slovenië en Zweden opgestelde non-paper van april 2015 "Enhancing transparency in the EU", Bijlage bij *Kamerstukken II 2015/16*, 21 501-02 nr. 1512.

[36]

Zie de brief van Minister van Buitenlandse Zaken Koenders over de Staat van de Europese Unie 2015, Kamerstukken II 2015/16, 34 166, nr. 44 , p. 4.

[37]

Zie: *Kamerstukken II 2015/16*, 21 501-07, nr. 1348, p. 42.

[38]

Zie: Conclusies van de Raad over de toekomst van de gedragscode (belastingregeling ondernemingen) van 8 maart 2016, nr. 6674/16.

[39]

Voor uitlatingen van maatschappelijke zorg over het ondoorzichtige diplomatieke besluitvormingsproces, zie onder meer de conclusies en aanbevelingen van het Europees Parlement in haar resolutie van 6 juli 2016 over fiscale rulings en andere maatregelen van vergelijkbare aard of met vergelijkbaar effect (2016/2038(INI)), par. 47 en 49. Voor uitingen van maatschappelijke zorg in de Nederlandse politiek, zie bijvoorbeeld: (i) de kritische vragen van CDA-Kamerlid Omtzigt over de betrouwbaarheid van enkele documenten van de Groep over belastingafspraken ("rulings") (zie: Kamerstukken II 2014/15, 25 087, nr. 111), en (ii) de door SP-Kamerlid Merkies en Groenlinks-Kamerlid Grashoff ingediende – maar niet aangenomen – motie over om de betrouwbaarheid van de Groep op te heffen (zie: *Kamerstukken II 2015/16*, 21 501-07, nr. 1363).

[40]

Uit door de Universiteit van Amsterdam opgedane ervaringen (met de afhandeling door Europese instellingen van een groot aantal door haar ingediende verzoeken tot toegang tot documenten van de Groep) blijkt dat bij EU-lidstaten de vrees bestaat dat vrijgave van informatie over hun nationale belastingaangelegenheden onvermijdelijk zal leiden tot terughoudendheid bij EU-lidstaten om deze informatie nog langer met de Groep te delen, hetgeen een negatieve invloed zou hebben op het werk van de Groep.

[41]

Zo heeft de Raad (Ecofin) sinds de oprichting van de Groep herhaaldelijk aangegeven dat het essentieel is dat de besprekingen binnen de Groep vertrouwelijk blijven. Zo bijvoorbeeld: de Conclusies van de Raad (Ecofin) van 9 maart 1998 betreffende oprichting van de Groep (*PbEG 1998 C99/01*) en de Conclusies van de Raad van 8 december 2015 (doc. nr. 15148/15). Tevens is dit beginsel herhaald in het Rapport van de Fiscal Counselors/Attachés van 28 januari 2016 (doc. nr. 5643/16). Ook Staatssecretaris Wiebes heeft het belang van vertrouwelijkheid voor het functioneren van de Groep meerdere malen in de Tweede Kamer benadrukt. Zie onder meer zijn: (i) schriftelijke antwoord van 3 september 2015 (zie: Kamerstukken II 2014/15, 25 087, nr. 111) (ii) mondelinge antwoord van 3 maart 2016 (*Kamerstukken II 2015/16*, 21 501-07, nr. 1348, p. 42-43) en (iii) mondelinge antwoord van 20 maart 2016 (*Kamerstukken II 2015/16*, 21 501-07, nr. 1372).

[42]

Zie: *Kamerstukken II 2015/16, 21 501-07, nr. 1348, p. 42.*

[43]

Zie onder meer: (i) de vragen van ChistenUnie-Kamerlid Schouten over de achtergrond van de switch-over-bepaling en het antwoord van Staatssecretaris Wiebes (zie: *Kamerstukken II 2015/16, 22 112, nr. 2108, p. 41-42*) en (ii) de kritische vragen van SP-Kamerlid Merkies over het kennelijke bestaan van pseudowetgeving op dit gebied alsmede het antwoord van Staatssecretaris Wiebes (zie: *Kamerstukken II 2015/16, 21 501, nr. 3172*).

[44]

Dit klemmt des te meer daar de Europese Commissie op dit moment werkt aan een richtlijnvoorstel voor de neutralisatie van hybride mismatches in relatie tot derde-landen, met het oog op het bereiken van een politiek akkoord hierover eind-2016. Het is goed mogelijk dat de Europese Commissie bij het opstellen van dit voorstel inspiratie zal putten uit de pseudowetgeving van de Groep.

[45]

Zie: Conclusies van de Raad over de toekomst van de gedragscode (belastingregeling ondernemingen) van 8 maart 2016, nr. 6674/16, par. 16, p. 4. Daarnaast hebben de ministers van Financiën van de EU-lidstaten de Groep verzocht te onderzoeken welke initiatieven ontplooid zouden kunnen worden om het publiek nader te informeren over de uitkomsten van haar bijeenkomsten. Hiervoor heeft de Groep meer dan een jaar de tijd (tot juni 2017) voor gekregen. De tijd zal moeten uitwijzen of uit deze verkenningsronde daadwerkelijk concrete maatregelen zullen voortkomen die de transparantie zullen doen vergroten. Zie: Conclusies van de Raad over de toekomst van de gedragscode (belastingregeling ondernemingen) van 8 maart 2016, nr. 6674/16, par. 17, p. 4.

[46]

Voortgangsrapportage van de Groep van 13 juni 2016, nr. 9912/16.

[47]

Zie: Conclusies van de Raad over de toekomst van de gedragscode (belastingregeling ondernemingen) van 8 maart 2016, nr. 6674/16, par. 19, p. 4.

[48]

Ik benadruk dat in de toezeggingen wordt gesproken over vrijgave van documenten "voor zover mogelijk". Met deze formulering lijken de EU-lidstaten bovendien een slag om de arm te houden. Zie: Conclusies van de Raad over de toekomst van de gedragscode (belastingregeling ondernemingen) van 8 maart 2016, nr. 6674/16, par. 19, p. 4.

[49]

Documenten die in beginsel niet openbaar gemaakt worden, dienen evenwel in een transparantieregister opgenomen te worden. In dit kader zou de Raad verzocht kunnen worden verplicht een openbaar register bij te houden van alle documenten die bij haar berusten.

[50]

In Duitsland bestaat de mogelijkheid voor Parlementsleden om deze stukken in te zien.

[51]

Andere categorieën achtergronddocumenten die in het kader van de werkzaamheden van de Groep worden geproduceerd en verspreid betreffen: (i) zittingsdocumenten ("room documents") uitgebracht door anderen dan de Europese Commissie zoals bijvoorbeeld door het voorzitterschap, door de voorzitter van de Groep of door individuele EU-lidstaten, (ii) standaarddocumenten ("standard documents"; "ST" documents) van de Raad, (iii) vergaderstukken ("meeting documents"; "MD" documents) uitgebracht door een of meer delegaties en (iv) andere niet-officiële documenten zonder datum, exact(e) referentie of nummer (deze documenten zijn veelal afkomstig van de Europese Commissie en aan de Raad toegezonden als ontwerp- of informeel document, waaronder bijvoorbeeld "aide-memoires" en "non-papers").

[52]
Deze zouden in ieder geval vertrouwelijk aan de Tweede Kamer ter beschikking gesteld dienen te worden.

[53]
Een dergelijke (zichtbare) voorzitter zou bijvoorbeeld als aanspreekpunt kunnen fungeren voor vragen van onder meer de parlementen van de EU-lidstaten en het Europees Parlement over de werkzaamheden van de Groep. Hierdoor zouden zij beter grip kunnen krijgen op de totstandkoming van Europese antibelastingontwijkingsmaatregelen in de Groep.

[54]
Transparantieverordening nr. 1049/2001. De uitzonderingen op de hoofdregel dat zo vergaand mogelijke toegang tot documenten dient te worden verstrekt, moeten volgens vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie zeer restrictief worden uitgelegd.

[55]
De werkafspraken zijn gemaakt tijdens twee vergaderingen van de Fiscal Counselors/Attachés op 13 en 19 januari 2016. Voor de uitkomsten van deze vergaderingen en de overeengekomen werkafspraken zie het rapport van de Fiscal Counselors/Attachés van 28 januari 2016, doc. nr. 5643/16.

[56]
Een vergelijkbaar lot zijn de informatieverzoeken ten deel gevallen die zijn gedaan door twee Europarlementariërs. Zie voor de (afdoening van) de verzoeken van Europarlementariër Giegold (www.asktheeu.org/en/user/sven_giegold) en de Masi (www.asktheeu.org/en/user/fabio_de_masi).

Martijn Nouwen

is verbonden aan
Ernst & Young Belastingadviseurs LLP

Tel: 088-4071157
E-mail: martijn.nouwen@nl.ey.com

Verschenen in:
Weekblad voor Fiscaal Recht (WFR) 2016
nr. 7167 (10 november),
een uitgave van
Wolters Kluwer te Deventer



Ernst & Young LLP
Accountancy | Belastingen |
Transacties | Advies

Over Ernst & Young

Ernst & Young is wereldwijd toonaangevend op het gebied van accountancy, belastingen, transacties en advies. Onze 135.000 mensen delen wereldwijd dezelfde waarden en staan voor kwaliteit. Wij maken het verschil door onze mensen, onze cliënten en de samenleving te helpen hun mogelijkheden optimaal te benutten.

Voor meer informatie: www.ey.nl

Disclaimer

Dit bericht is met grote zorgvuldigheid samengesteld. Voor mogelijke onjuistheid en/of onvolledigheid van de hierin verstrekte informatie aanvaardt Ernst & Young geen aansprakelijkheid, evenmin kunnen aan de inhoud van dit bericht rechten worden ontleend.

© Ernst & Young 2016