

Livestream woensdag 3 juni – WFR Fiscaal Café

‘Starbuckszaak: begin van het einde of redding van transfer pricing?’

14.00 – 15.30 uur

De discussie staat onder leiding van prof. dr. Peter Essers

Sprekers

- **drs. Marlies de Ruiter**
EY Tax Partner | Global International Tax Policy Leader
- **drs. Harry Roodbeen**
directeur Algemene Fiscale Politiek en plv Directeur generaal Fiscale Zaken, Ministerie van Financiën
- **prof. Mr. Peter Wattel**
Hoogleraar Europees belastingrecht Universiteit van A'dam en advocaat-generaal Hoge Raad, Staatsraad i.b.d.

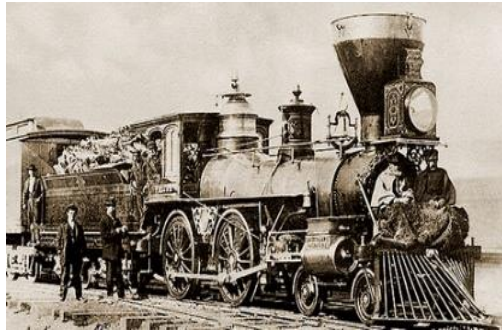
Panel

- **drs. Theo Elshof**
Quantera Global, voormalig hoofd APA team Rotterdam
- **dr. Cees Peters**
Docent en onderzoeker verbonden aan Tilburg University

Inleiding door drs. Marlies de Ruiter
EY Tax Partner | Global International Tax
Policy Leader

Verleden, heden en toekomst

De rol van transfer pricing in de internationale belastingomgeving



• Na WOII: internationale organisaties richten zich op wereldwijde economische groei via het wegnemen van handelsbarrières (inclusief dubbele belasting)

Globalisering en Digitalisering



Opbouw en stabilisatie internationale belastingomgeving

Onduidelijkheid en onzekerheid over de rol van de TP Richtlijnen

• League of Nations: de ontwikkeling van een modelverdrag

OESO Modelverdrag:
TP Rapport (1979)
TP Richtlijnen (1995)

Belastingsoevereiniteit
Art 9 OESO Model beperkt heffingsrechten landen
Interpretatie en administratie is lokaal

TP en belastingontwijking : OESO/G20 BEPS project

- Multilateraal perspectief
- Grensoverschrijdende transparantie
- Identificeren daadwerkelijke transactie

Ontwikkelingen na BEPS project:

- TP : meer (rest)winst naar marktlanden
- Schuivende interpretatie interactie art 9 OESO Model en nationale wetgeving



Nieuw OESO/G20/Inclusive Framework project:
Addressing the tax challenges arising from the digitalisation of the economy

Complicaties

TP interpretatie na het BEPS project: landen gaan over tot een 'dynamische' interpretatie voor nog openstaande jaren

Staatssteun: terugkijken naar oude jaren vanuit het perspectief van na (de start van) het OESO BEPS project?

Risico's voor bedrijven: betekent het wijzigen van je structuur in reactie op het BEPS project dat je een controle- of staatssteunrisico loopt over het verleden?

De OESO heeft er baat bij dat de nieuwe open TP normen worden geïmplementeerd op een wijze die de ongewenste winstverschuivingen tegengaan. Zo niet, dan.....

Stelling:

Het is belangrijker dat bedrijven zich voor de toekomst volledig conformeren aan de gedurende het BEPS project ontwikkelde TP normen, dan dat zij worden bestraft over de jaren voor 2014:

- a. Volledig mee eens
- b. Dat is afhankelijk van de feiten en omstandigheden, vooral van de hoogte van de winsten die zijn verschoven
- c. Mee oneens

Inleiding door drs. Harry Roodbeen
directeur Algemene Fiscale Politiek en plv
Directeur generaal Fiscale Zaken, Ministerie
van Financiën

Belastingontwikking

NL dominant aanwezig in het debat passief en actief

Transparant: Uitleg van het systeem, meewerken

Gevolg debat: publieke opinie, draagvlak belastingheffing MNO

Oplossingsgericht: successievelijk Internationaal, wetgeving, regelgeving, uitvoering, moraal

Internationale Taxplanning is verleden tijd

- 1. Nee, bedrijven zullen altijd binnen wettelijke mogelijkheden naar belastingbesparing zoeken
- 2. Ja, bedrijven willen daar niet mee geïdentificeerd worden
- 3. Ja de bestaande internationale en wettelijke kaders laten geen ruimte meer voor taxplanning

Inleiding door prof. Mr. Peter Wattel
Hoogleraar Europees belastingrecht
Universiteit van A'dam en advocaat-generaal
Hoge Raad, Staatsraad i.b.d.

Arm's Length Pricing en EU Staatssteunrecht

P.J. Wattel
ACTL, UvA

Achtergronden

- Het staatssteunrecht in directe-belastingzaken is nu ongeveer waar de EU-verkeersvrijheden 20 jaar geleden waren in de directe belastingen. Dat is even wennen en EU *creeping competence* past niet in de tijdgeest
- Maar ALP is niets nieuws in het mededingingsrecht: afwijking ervan - en ook *deferral* zonder renteberekening - staan al decennia in het WTO *SCM agreement* als verboden exportsubsidie
- Politieke achtergrond *ruling*onderzoeken is mede US tax competition: Check-the-box + ineffective CFC + CSA = a US capital export subsidy (WTO heeft de DISC en FSC verboden), beloond door en profiterend van intra-EU belastingconcurrentie en ontwijking buiten US - US heeft *foreign tax credit*;
- ALP is in strijd met de werkelijkheid en intrinsiek arbitrair: integrated businesses require integrated taxation
- EU ALP-beginsel brengt CCCTB dichterbij (dat verklaart de weerstand)

The Triple Face of the Arm's Length Principle

- Tax base protection and prevention of double taxation; inbound profit allocation
- Smart/Covert tax competition; facilitating undertaxation of multinationals elsewhere: allocating tax base *away* to yonder voids (*Apple: Atlantis*; Belgische excess profits scheme)
- EU *competition* law principle? State aid 'instrument' for policing market conditions (*Starbucks* en *FIAT*)
- At any rate: ALP is an explicit WTO export subsidy criterion (footnote 59, Annex I, SCM-agreement)

WTO SCM-Agreement

“Annex I

Illustrative List Of Export Subsidies

(...)

(e) The full or partial exemption, remission, or deferral specifically related to exports, of direct taxes or social welfare charges paid or payable by industrial or commercial enterprises [footnote 59]”

WTO SCM agreement Annex I

Footnote 59:

“The Members recognize that **deferral need not amount to an export subsidy** where, for example, appropriate interest charges are collected. **The Members reaffirm the principle that** prices for goods in transactions between exporting enterprises and foreign buyers under (...) **the same control** should for tax purposes be the **prices which would be charged between independent enterprises acting at arm's length**. Any Member may draw the attention of another Member to (...) practices which may contravene this principle and which result in **a significant saving of direct taxes in export transactions**. (...) the Members shall normally attempt to resolve their differences using (...) existing bilateral tax treaties or other specific international mechanisms, without prejudice to the rights and obligations of Members under GATT 1994, including the right of consultation created in the preceding sentence.

Paragraph (e) is not intended to limit a Member from taking measures to avoid the double taxation of foreign-source income earned by its enterprises or the enterprises of another Member.”

ECJ Case law relied on by the Commission

- C-182/03 and C-217/03, *Belgium and Forum 187 v Commission*; unrealistic and unexplained cost-plus profit determination excluding many charges
- ECJ: Compare to ordinary tax system for an *undertaking operating in free competition*
- ECJ: Expenditure charge does not resemble *what would be charged in conditions of free competition*
- Berust dus inderdaad *niet* op *autonoom* EU ALP beginsel (maar vergelijkt met nationale *benchmark* en OECD *transfer pricing* regels)
- Algemeen Hof in *FIAT* en *Starbucks*: het nationale recht is de *benchmark*, maar als dat geen onderscheid maakt tussen gelieerde en ongelieerde entiteiten, is ALP een 'instrument' om de naleving van het mededingingsrecht (marktvoorwaarden) te controleren

Discrimination or State Aid or both?

Benchmark approach or discrimination test?

- Het HvJ ziet fiscale staatssteun als discriminatie van de ondernemingen die het fiscale voordeel niet krijgen
- Case C-169/08 *Regione Sardegna* (Tax on touristic stopovers)
- Cases C-106/09 P and C-107/09 P (*Commission v. Gibraltar*)
- Cases C-20/15P and C-21/15P *World Duty Group* and *Banco Santander* (foreign purchased goodwill write-off)

World Duty Free judgment:

- 74 (...). That measure [the Gibraltar tax regime] accordingly operated **de facto discrimination against undertakings** that were in a comparable situation in the light of **the objective pursued** by that regime, in that case the objective **of putting in place generalised taxation of all resident companies**
- Daaruit volgt al dat het niet zoveel ter zake doet dat het nationale belastingrecht de *benchmark* is als dat recht feitelijk onderscheid maakt bij de algemene winstbelasting

World Duty Free judgment:

86 It follows that a condition for (...) tax aid may be grounds for a finding that that aid is selective, if that condition leads to a distinction (...) between undertakings despite the fact that they are, in the light of the objective pursued by the tax system concerned, in a comparable factual and legal situation, and if, **therefore, it represents discrimination against undertakings which are excluded from it.**

Bezwaren tegen een EU-ALP-beginsel

Stephen Daly, *European Taxation*, 2020, No. 2/3: (i) ‘profound constitutional implications’ en (ii) ‘drastically undermine the fundamental constitutional principle that taxes must be levied with consent of the national legislature’:

- Ad (i): geldt voor het hele mededingingsrecht/EU-recht;
- Ad (ii): (a) bestrijdt iets dat *Starbucks* en *FIAT* niet zeggen; (b) kun je ook omkeren: het legaliteitsbeginsel eist dat verschuldigde belasting wordt geheven: dat een lidstaat niet selectief afwijkt van zijn eigen wet

Voornaamste bezwaar: voor toepassing van art. 107 VwEU bestaat er maar één *benchmark*: nationaal recht. *Autonom* EU-ALP is dus onbestaanbaar

- Klopt, maar dat is ook niet wat Commissie en AH stellen, en:
- *Gibraltar*: ook materiële selectiviteit door nationaal recht zelf discriminatoir in te richten is verboden; en
- het *Ierland/Apple*-argument (‘*no such rules*’) schiet in de eigen voet: impliceert discretionaire *rulings* en neemt niet weg dat het ongelieerden-regime (*legal entity approach*) de *benchmark* is

Bezwaren tegen een EU-ALP-beginsel

Aantasting unanimititeitsvereiste:

- Art. 107 en 108 wijzen de Commissie, het Algemene Hof en het HvJ aan als competent;
- gekwalificeerde meerderheid zit vanaf 1950 al in art. 116 VwEU (marktdistorsies); wegstemmen één lidstaat zit al in de *Code of Conduct*

ALP staat haaks op Commissie's eigen CCCTB-voorstel.

- Flauw: CCCTB maakt ALP intra-EU uiteraard (vrijwel) overbodig (maar niet jegens 3e Staten, en daar zitten de begunstigden) en:
- het Algemene Hof houdt in *Starbucks* expliciet rekening met eventuele *formula apportionment*: Commissie mag ALP-beginsel gebruiken als standaard voor normale marktvoorwaarden als de Vpb. is gebaseerd op *legal entity approach* (i.t.t. *economic entity approach*)

Bezwaren tegen een EU-ALP-beginsel

- Liza Lovdahl Gormsen, *European State aid and tax rulings*, Elgar, 2019: integrated and non-integrated businesses are not comparable, so only integrated businesses should be compared
- Verworpen door het AH in *Starbucks* en *FIAT* als nationale Vpb is gebaseerd op *legal entity approach*
- Commissie heeft Ierland in antwoord op dat argument in de *Apple* zaak om al zijn *rulings* voor multinationals gevraagd; kwam *niets* vergelijkbaars uit
- Leidt eerder tot méér winsttoerekening (synergie zit overal)
- Onvergelijkbaarheid van een bepaalde categorie ondernemingen is niet ondenkbaar, maar het onderscheid moet voortvloeien uit *the logic of the tax system*: C-78/08 *Paint Graphos* (fiscale transparantie)

Bezwaren tegen een EU-ALP-beginsel

- *Harmonisation through the back door*. Maar: lidstaten mogen elke Vpb. kiezen, mits ze die consistent heffen. Commissie kan alleen staatssteun stellen als lidstaat afwijkt van die door hem zelf gekozen *benchmark* (Problemen: (i) wat is het 'normale systeem' (*Gibraltar*)? En (ii) is er een (significante) 'afwijking'?)
- Richard Lyal (Panayi a.o., Research handbook EU Tax Law): how far should the Commission delve into the detailed assessment by national tax administrations? Comm. en Hof kunnen hun oordeel niet in de plaats stellen van de *ruling*, maar de *ruling* moet wel verdedigbaar zijn.
- Commissie richt zich op flagrante afwijkingen (*manifest errors*):
 - Algehele afwezigheid van documentatie of analyse (zoals in *Apple*);
 - Niet-fiscale indicatoren (bijv. koppeling werkgelegenheid) (*excess profits* zaak);
 - Onnodig complexe/gekunstelde methodes (negeren van *direct comparables*) (*excess profits* zaak).

Marginale toetsing?

- Dus: marginale toetsing? Dat zou het verschil in uitkomst tussen FIAT en Starbucks verklaren:
 - *FIAT* was van afstand hoe dan ook manifest onjuist (opsplitsing EV sloeg nergens op en nulrendement op 60% ervan nog minder)
 - *Starbucks*: Commissie vond TNMM zinloos omslachtig en wilde CUP; Hof vond dat Comm. dan moest bewijzen dat TNMM niet ALP was
- Het Algemene Hof dwingt de Commissie tot *scrutiny* van individuele *rulings* in het Belgische *excess profits scheme*, door dat *scheme* als zodanig niet te beoordelen zonder de daarop gebaseerde individuele beschikkingen van de Belgische fiscus

Slot

- Het staatssteunrecht in directe-belastingzaken is nu ongeveer waar de verkeersvrijheden 20 jaar geleden waren in de directe belastingen; dat is even wennen
- EU State aid ALP ('instrument') impliceert inderdaad een zekere minimum harmonisatie van nationaal TP recht, maar (i) dat volgt uit art. 107 VwEU als het nationale Vpb-recht een *legal entity taxation* inhoudt en (ii) kan een *blessing in disguise* zijn voor de lidstaten, maar ook voor multinationals
- Maar een EU ALP beginsel past niet in de tijdgeest:
 - oordeel van het *BVerfG* van 5 mei 2020 (2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15) dat het *Public Sector Purchase Programme* van de ECB ongrondwettig acht
 - politieke discussie over Eurobonds en 'schuldmutualisering' en 'schenkingen' (subsidies: dus direct of indirect EU-belastingheffing)
 - Cato de oudere: *ceterum censeo*: CCCTB. Past nog minder in de tijdgeest

Stellingen

1. 's Hofs erkenning van ALP als 'instrument' van de Commissie om haar taak ex art. 107 VwEU te vervullen impliceert een autonoom EU ALP
 - **Ja**, want alle lidstaten gaan uit van *legal entity taxation*
 - **Nee**, want een autonoom EU ALP is harmonisatie en daartoe is de Commissie niet bevoegd, maar alleen de *unanieme* lidstaten
2. Een EU ALP is een zegen voor zowel de lidstaten als MNE's
 - **Ja**, want het beperkt het *prisoner's dilemma* van lidstaten, biedt vereenvoudiging en een EU-antwoord op US tax competition. Het maakt US MNE's niet uit of zij hier of daar betalen (US foreign tax *credit*)
 - **Nee**, want het beperkt gezonde concurrentie en scheidt rechtsonzekerheid
3. ALP als 'instrument' van staatssteuncontrole door de Commissie stelt niet veel voor
 - **Correct**, want het gaat om een zeer marginale toets met zware bewijslast
 - **Incorrect**, want het (kleine) risico van 10 jaar terugvordering wil niemand

Bedankt voor uw deelname aan de livestream WFR Fiscaal Café

Wilt u de livestream nog eens volgen? Vanaf morgen kan dit ook via Taxlive.

Alvast bedankt.



Meer weten over de 'Starbuckszaak en haar dilemma's'?

[Wolterskluwer.nl/shop](https://wolterskluwer.nl/shop)